

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Abril-Junho/2007 – Ano 44 – Nº 174



Luiz Marcos Fernandes, "Mulher de Cabelo Azul", 2002. Acervo do Senado Federal.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 174

Abril/junho – 2007

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) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Francisco Rafael Amorim dos Santos, Andréa Garcia da  
Silva Pinto e Diana Augusta Formiga da Luz

REVISÃO DE PROVAS: Daniele Silva Costa, Cláudia Pantuzzo e Thaise dos Santos  
Leandro

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Carlos Felipe Wanderley e Francisco D. G. Fernandes

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 44 · nº 174 · abril/junho · 2007

Antônio Souza Prudente	A tutela coletiva e de evidência no Juizado Especial Federal Cível e o acesso pleno à Justiça 7
Fernando Dias Menezes de Almeida	Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal 15
José Carlos Buzanello e Graziele Mariete Buzanello	Exeqüibilidade da súmula vinculante 25
Angela Cristina Pelicioli	A sentença normativa na jurisdição constitucional 35
Fábio Martins de Andrade	Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC nº 45/2004 e Lei nº 11.417, de 19.12.2006) 49
Ángela Figueruelo Burrieza – Maria Auxiliadora Castro e Camargo (Tradutora)	Novas tendências do Direito Constitucional na Europa 73
Jorge Fontoura	A solução arbitral e as controvérsias em blocos econômicos 97
Eduardo Biacchi Gomes	Comunidade Sul-Americana de Nações e democracia. Condicionantes ao desenvolvimento da região 107
Samira Otto	União monetária no Mercosul? Considerações a partir do modelo europeu 119
Joanisval Brito Gonçalves	Monarquia republicana. Considerações sobre o sistema político canadense e seus princípios constitucionais 129
Leila Bijos	Desafios do terceiro milênio. Agravamento das ações terroristas 141
João Paulo M. Peixoto	Desenvolvimento institucional e modernização administrativa em Angola. Oportunidades e desafios no contexto da cooperação internacional em África 153
Gianluca Maria Bella	O “Direito” no espaço jurídico globalizado. Perfis de Direito Administrativo Internacional 165
Vladimir da Rocha França	Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos 175

João Rezende Almeida Oliveira	O conceito de participação dos interessados na gestão da seguridade social no direito espanhol 189
Leandro Martins Zanitelli	Planos de saúde e planos-referência. Considerações sobre uma eventual alteração da Lei nº 9.656/1998 195
Antonio de Freitas Júnior	O pensamento político de Maquiavel 205
Carlos Bastide Horbach	O parlamentarismo no Império do Brasil (II). Representação e democracia 213
Wremyr Scliar	Hegel – seu tempo e o Estado 233
Roberto Chacon de Albuquerque	A situação jurídica dos emigrantes brasileiros na Bolívia 241
Alberto Machado Cascais Meleiro e Leonardo Henrique M. Moraes Oliveira	A pesquisa com células-tronco embrionárias é inconstitucional? 259
Eduardo Silva Costa	Comunicação social. Significado e limites 267
João Carlos Rodrigues Baptista	O estado da arte do estudo das conseqüências do aquecimento global para o Brasil 273
Tarcisio Barroso da Graça	A promoção do desenvolvimento do mercado de capitais pelo estímulo ao investimento coletivo 279
Marcus Augustus Martins	As recentes tentativas de formulação de uma legislação para o audiovisual no Brasil 291

### *Resenha Legislativa*

#### *Artigo de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal*

Francisco Eduardo Carrilho Chaves	As contas de governo da República e os Tribunais de Contas 309
-----------------------------------	--

#### *Artigo de contribuição da Consultoria de Orçamento, Fiscalização e Controle do Senado Federal*

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt	A bagagem do viajante. Aspectos da auditoria como tecnologia 321
---------------------------------------	--

# A tutela coletiva e de evidência no Juizado Especial Federal Cível e o acesso pleno à Justiça

Antônio Souza Prudente

## Sumário

1. Fontes normativas do Juizado Especial.
2. Tutela coletiva no Juizado Federal Cível.
3. Tutela de evidência no Juizado Especial Federal Cível.
4. Conclusão.

### 1. Fontes normativas do Juizado Especial

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam 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 (art. 98, *caput*).

A Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com eficácia plena, no prazo de sessenta dias após a sua publicação (BRASIL, 1995), criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, como órgãos da Justiça ordinária, no Distrito Federal e Territórios e nos Estados da Federação, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência, estabelecendo que o processo, ali, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando,

Antônio Souza Prudente é Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Professor Decano da Universidade Católica de Brasília-DF.

sempre que possível, a conciliação ou a transação (arts. 1º e 2º).

Com a Emenda Constitucional nº 22/99, acrescentou-se um parágrafo único ao artigo 98 da Constituição Federal, ordenando que “Lei federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal”.

Cumprindo-se o comando constitucional em referência, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com essa Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

## 2. Tutela coletiva no Juizado Especial Federal Cível

Entre as hipóteses de exclusão de competência do Juizado Especial Cível, no âmbito da Justiça Federal, encontram-se as demandas sobre direitos ou interesses coletivos ou individuais homogêneos (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 10.259/2001), com o reforço agravante da norma restritiva a determinar que somente podem ser partes, no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (art. 6º, I, da referida Lei nº 10.259/2001).

Ao cuidar da legitimidade ativa, nas ações perante o Juizado Especial Cível, a Lei nº 9.099, de 26/09/95, determina que “somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas” (art. 8º, § 1º).

Tais comandos da legislação ordinária não resistem à garantia fundamental de que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (CF, art. 5º, XXI) e, ainda, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (CF, art. 8º, III).

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer essa legitimação extraordinária e anômala às entidades associativas, rompe com os grilhões do século XIX, na direção da máxima individualista de que “legitimado é aquele que tem um direito subjetivo para defender em juízo”.

Se da exposição de motivos, que acompanhou o projeto de lei do Superior Tribunal de Justiça, visando à criação dos Juizados Especiais Federais, assinalou-se, em termos de política judiciária, que

“cabe colocar, com todo relevo, que a proposição desafogará a Justiça Federal de primeiro e segundo graus e propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos, que hoje não podem ter acesso à prestação jurisdicional por fatores de custos, ou a ela não recorrem pela reconhecida morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação”, afigura-se paradoxal e agressora da própria Constituição a normativa ordinária que expulsa as associações, os sindicatos e outros entes dessa espécie, com representação processual, extraordinária, perante os Juizados Especiais Cíveis, a não admitir demandas sobre direitos ou interesses coletivos ou individuais homogêneos, porque outorga legitimidade ativa apenas às *pessoas físicas* para propor ação perante esses Juizados Especiais.

A irracionalidade do legislador ordinário, na adoção normativa dessa restrição inconcebível à legitimação ativa do ente associativo, portador da outorga constitucional para tanto, perante os Juizados Especiais, inclusive, veio abandoná-lo na contramão dos textos legislativos modernos, tais como os da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que consagram o pleno acesso à Justiça, por meio da tutela coletiva do consumidor em juízo, na fala de que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (art. 81, *caput*, do CDC), estabelecendo, ainda, como

direitos básicos do consumidor “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados” (art. 6º, VII), “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII), e, também, “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X), tudo mediante ampla legitimação ativa concorrente (art. 82, incisos I, II, III e IV, do CDC).

Em face da proibição expressa nos textos das leis dos Juizados Especiais para o ajuizamento de demandas sobre interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, do CDC) e sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 81, III), resulta, como consequência imediata, o acúmulo invencível de feitos individuais a gerar o fenômeno da pulverização dos litígios, perante esses Juizados Especiais, já tão despojados de recursos materiais e quase totalmente órfãos da assistência judiciária do Estado, restando, para seus jurisdicionados, uma situação de descrença e desalento, que se agrava, a cada dia, pela ampla assimetria ante o aparelhamento da pessoa jurídica de Direito Público, que figura no pólo passivo da demanda.

Não há como negar que o jurisdicionado desses Juizados Especiais é um autêntico hipossuficiente, a merecer do Estado a mais completa assistência jurídica e gratuita, nos casos previstos em lei (CF, art. 5º, LXXIV).

A tutela coletiva, nos Juizados Especiais Federais, mediante a representação, consti-

tucionalmente autorizada, das entidades associativas (CF, art. 5º, XXI), resolveria, com celeridade e economia processual, milhares de ações conexas, no bojo de um só processo, em que se realizaria o fenômeno da atomização dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, na linha de sucesso da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1999 (Código de Defesa do Consumidor).

Essa seria, sem dúvida, uma solução normativa, urgente e racional, para se enfrentar, com ótimos resultados, o estrangulamento dos Juizados Especiais Federais, ante a proliferação acumuladora de feitos individuais, possibilitando-se, por meio da tutela coletiva, uma Justiça verdadeiramente acessível, em tempo real, aos milhares de jurisdicionados, que, no fenômeno explosivo de suas demandas contidas, padecem, ainda, de inúmeros obstáculos de ordem econômica, social e cultural, no processo de gerenciamento insensível de políticas capitalistas, em nosso país.

Não vingaria, aqui, a alegação simplista de que a tutela coletiva encontra óbice no valor de alçada, que fixa a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais Cíveis, pois, nos termos de sua lei específica, compete a esses Juizados processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal somente até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças (Lei nº 10.259, de 12/07/2001, art. 3º, *caput*).

Esse possível argumento restaria superado, com inteira preservação do valor de alçada em referência, pela aplicação analógica da inteligência da Súmula nº 261/TFR, perante os Juizados Especiais Federais Cíveis, com estas letras: “No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes”. Isso porque, no fenômeno processual do litisconsórcio facultativo ou da cumulação subjetiva de lides, se o valor da causa foi dado de forma global, entende-se representar ele a soma dos valores referentes a cada autor (RTJ 124/783

e RTJ 125/1.246), o que, com certeza, não invalida a atividade processualmente econômica da entidade associativa, que os representa em juízo, na forma constitucionalmente autorizativa (CF, arts. 5º, XXI e 8º, III).

Nesse sentido, já vêm decidindo, reiteradamente, os nossos Tribunais Federais, conforme se vê, *inter plures*, dos julgados seguintes:

A - "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - LEGITIMIDADE ATIVA DE SINDICATO. 1 - O sindicato tem legitimidade para substituir, processualmente, seus filiados, em qualquer espécie de ação, independentemente de autorização, individual ou coletiva, desde que haja conexão entre o direito pleiteado e os interesses da categoria representada. 2 - Na ação coletiva proposta pelo Sindicato, buscando diferenças de correção monetária de saldo do FGTS, não cabe indeferir a inicial, com base no art. 125 do CPC, em razão do elevado número de substituídos, por suposta complexidade da execução, tanto mais que se trata de matéria já pacificada, a dispensar instrução probatória, e para cuja execução, de acordo com a LC nº 110/2000, caberá à Caixa Econômica Federal elaborar os cálculos e, ao menos quanto àqueles que permanecem em exercício, proceder aos créditos nas contas vinculadas, observado o rito da execução das obrigações de fazer, a qual pode, inclusive, realizar-se por partes, na forma preconizada no art. 98 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). 3 - Apelação do Sindicato provida." (AC nº 2000.01.00.051805-7/MG. Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel - Quinta Turma/TRF/1ª Região - Unânime - D.J.U. de 01/07/2002, p. 122). B - "AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. SINDICATO. LEGITI-

MIDADE. ART. 8º, III, CF. LEI Nº 7.788/89, ART. 8º E LEI Nº 8.036/90, ART. 25. 1 - Cabe aos *sindicatos* a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8º, III, da CF. 2 - O *sindicato* tem legitimidade para propor, em defesa de seus associados, ação visando à inclusão de expurgos inflacionários nas contas vinculadas ao FGTS. Precedentes do STJ. 3 - Agravo Regimental a que se nega provimento." (AGRESP 444028/AL; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 2002/0081118-1. Rel. Min. Luiz Fux - Primeira Turma/STJ - Unânime - D.J.U. de 04/11/2002, p. 00168).

Em face da inteligência jurisprudencial em foco, não há como manter-se a expulsória normativa das demandas sobre direitos coletivos ou individuais homogêneos, perante os Juizados Especiais Federais Cíveis, nos termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 10.259/2001, sob pena de condenar-se esses Juizados e seus desassistidos jurisdicionados à máxima frustração da inacessibilidade à Justiça, ante a proliferação estranguladora das ações individuais repetitivas, que, sequer, ao menos, conseguem ser recebidas, em tempo razoável, nesses acumulados Tribunais Especiais, vocacionados, geneticamente, em seu texto normativo, à celeridade e economia processual.

### 3. Tutela de evidência no Juizado Especial Federal Cível

Somando-se à instrumentalidade rica e eficaz da tutela coletiva, urge implantar-se, nos Juizados Especiais Federais, a figura processual da *antecipação da tutela de evidência*, mediante uma alteração expressa e indispensável da Lei especial nº 10.259, de 12/07/2001, a fim de adequá-la às inovações positivas do Código de Processo Civil e, se possível, com maior vantagem, autorizando-se a *antecipação de tutela, de ofício*, em favor de seus jurisdicionados, já contemplados pelos critéri-

os legais da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual.

A *tutela de evidência* se apresenta no texto maior da Constituição cidadã, de 1988, como garantia fundamental, por meio dos institutos do *habeas corpus*, do *habeas data*, do *mandado de injunção* e do *mandado de segurança*, individual ou coletivo, na *proteção do direito líquido e certo* (CF, art. 5º, incisos LVIII, LXIX, LXX, LXXI e LXXII, alíneas *a* e *b*), para o *acesso pleno à Justiça* (CF, 5º, XXXV).

Observa, no ponto, com inegável acerto, o eminente processualista Ovídio Baptista (1990, p. 273) que

“a processualidade do conceito de direito ‘líquido e certo’ pode adquirir importância decisiva para a compreensão do instituto do mandado de segurança, por duas razões fundamentais: a) se, no plano do direito material, todos os direitos são ‘certos’, dependendo apenas da maior ou menor disponibilidade de provas dos fatos que o constitui, de que possa valer-se seu titular, devemos concluir que toda classe de direitos pode ser amparada pelo mandado de segurança, desde que o titular seja capaz de demonstrar-lhe a existência, através da prova dos fatos, que o tornam incontroverso; b) o direito que se revista da condição que o faz ‘certo e incontestável’ determina o tipo de procedimento sumário, próprio do mandado de segurança.”

Nesse sentido, há de se observar que, nos feitos judiciais, em que seja cabível a antecipação da tutela jurisdicional, nos termos dos art. 273, II, do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, quando o juiz pode e deve, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, *os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e fique *caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*, determina-se o julgamento anteci-

pado da lide, com sumariade procedimental, similar àquela do mandado de segurança, de acordo com a disciplina do art. 330, I, do CPC, que ordena ao juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de se produzir prova em audiência, ainda que a decisão antecipatória da tutela, no espaço processual, não se confunda com a sentença que extingue o feito antecipadamente.

A *tutela de evidência*, sem dúvida alguma, reclama a exegese e aplicação do princípio da “*justiça adequada*”, a que se refere Luiz Fux (1996, p. 58),

“porque ao preceito constitucional de que ‘nenhuma lesão escapará à apreciação judicial’ deve encaixar-se a tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente, sem resposta, por si só representa uma ‘lesão’. Ademais, a fórmula constitucional foi ditada para ‘entrar em ação’ tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitando o direito evidente, incide a garantia judicial, que variará na sua efetivação, conforme a demonstração da lesão seja evidente ou duvidosa. Essa visão constitucional não passou despercebida à doutrina gaúcha de Ovídio e Galeno Lacerda. Ora, se o julgador já tem condições de saber, ao iniciar-se a demanda, que nenhuma contestação séria poderá ser contraposta ao direito líquido e certo, a legitimidade da tutela imediata torna-se um imperativo lógico e até mesmo constitucional (SILVA, 1990, p. 296). Nesse contexto, ‘a liminar é deferível mediante cognição exauriente, decorrente mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni juris*) peculiares à tutela de urgência cautelar”.

Ampliando a dimensão processual da antecipação da tutela de evidência, já pre-

vista nas letras do artigo 273, II, do CPC, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, com eficácia plena 3 (três) meses após sua publicação (D.O.U. de 08.05.2002), acrescentou o parágrafo 6º ao referido dispositivo legal, nestes termos: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrarem-se incontroverso.” Nessa hipótese, observa Luiz Marinoni (1997, p. 162-163) que seria “injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido”. Assim, se o processo prosseguir, não obstante a evidência de um direito, a tutela antecipatória é o único instrumento, dentro do atual sistema processual, que permite que o procedimento comum atenda ao direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, evitando que o autor seja obrigado a esperar indevidamente a tutela de um direito incontrovertido”.

Nesse contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal afastou a ortodoxia da hermenêutica fazendária quanto à inteligência da decisão proferida na ADC nº 4, firmando a convicção pretoriana sobre o assunto, nos termos seguintes:

“1 – Tutela antecipada concedida para reconhecimento do direito da viúva do servidor à percepção da integralidade da pensão, com fundamento no art. 40, § 5º, da Constituição. 2 – Reclamação buscando garantia da autoridade da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. 3 – Liminar indeferida, por implausibilidade da alegação, pelo reclamante, de dano irreparável, ante a coincidência, na questão de fundo (integralidade da pensão), entre o sentido da decisão reclamada e a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal.” (Ag. Reg. em Reclamação nº 1.067-8-RS. STF/Pleno – Unânime – D.J.U. de 17.06.99. Rel. Min. Octávio Galloti).

Nesse inteligente enfoque jurisprudencial do Alto Pretório, convém reconhecer-se, de plano, que, se o conteúdo do provimento

antecipatório coincidir com a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional ou do Superior Tribunal de Justiça em questões de natureza infraconstitucional, resta superado o argumento da irreparabilidade do dano ao Erário público, posto que, na decisão final, a tutela antecipatória será, certamente, mantida.

Por essa linha de raciocínio, o princípio da razoabilidade comanda o processo justo e efetivo, pois não é razoável nem justo obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido nos Tribunais.

Serve de ilustração, na espécie, a tutela de evidência, que se busca, na Justiça Federal do Brasil e nos Tribunais Superiores (STJ e STF), inclusive, perante os Juizados Especiais Federais Cíveis, visando a correção dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, pelos índices de janeiro de 1989 (42,72% – IPC) e de abril de 1990 (44,80% – IPC), quando o direito a esses percentuais de correção monetária já fora reconhecido e proclamado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 226.855-7-RS. Rel. Min. Moreira Alves – STF/Pleno – D.J.U. de 13.10.2000) e pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 252), a caracterizá-lo, assim, como *direito evidente*.

A tutela coletiva e de evidência se impõe, na espécie, tanto na Justiça ordinária quanto nos Juizados Especiais Federais Cíveis, como técnica eficaz de rápida solução de conflitos, evitando-se o acúmulo de feitos individuais e repetitivos, perante a Justiça comum e nesses Juizados, a ponto de livrá-los do total estrangulamento e de prejuízos irreparáveis para os jurisdicionados.

A tutela antecipatória, nesses casos, não se funda em probabilidade ou verossimilhança das alegações do autor, mas na certeza do direito declarado pelo Tribunal Superior competente, a não mais exigir um mero exercício de cognição sumária, mas uma cognição plenamente exauriente, sem riscos ao direito de defesa e ao contraditório constitucionais, nem mesmo de ser modifi-

cada ou revogada a qualquer tempo pelas vias recursais, posto que se acha afinada ao que já se decidiu na derradeira instância jurisprudencial.

Adverte, no ponto, Guilherme Marinoni (1998, p. 66) que

“a antecipação no caso de abuso de direito de defesa, na verdade, tem certo parentesco com o ‘référé provision’ do direito francês. Através da ‘provision’ é possível a antecipação quando ‘l’obligation ne soit pas sérieusement contestable’ (‘a obrigação não é seriamente contestável’, arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil Francês).”

Propõe-se, assim, *de lege ferenda*, que, ao menos, nos Juizados Especiais Federais Cíveis, a *antecipação da tutela de evidência, mesmo em termos coletivos, seja concedida, de ofício ou a requerimento das partes*, a exemplo do que já se prevê, *de lege lata*, naqueles Juizados, para o deferimento da antecipação da tutela cautelar, nos termos seguintes: “O Juiz poderá, *de ofício ou a requerimento das partes*, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.” (Art. 4º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001).

Na linha de prestígio e da economia processual das *tutelas de evidência*, a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, acrescentou o parágrafo 3º do artigo 475 do CPC, para afastar a remessa oficial nas hipóteses em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal superior competente.

Com a mesma inteligência, os parágrafos 3º e 4º do artigo 544 do CPC, na redação determinada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, criaram a figura processual, extraordinária, do *agravo mutante*, para a *concessão da tutela de evidência*, nos Tribunais Superiores (STJ e STF), atendendo às exigências imperativas dos princípios da razoabilidade, da economia processual e da tutela jurisdicional adequada, na determinação de que poderá o relator, se o acórdão recorrido

estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial ou ao recurso extraordinário, conforme o caso.

*De lege ferenda*, recomenda-se a aplicação desse fenômeno de mutação recursal, também, nas hipóteses previstas nos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º e 6º do artigo 14 da Lei nº 10.259/2001, para preservação da tutela de evidência, como resultante do incidente de uniformização de interpretação da lei federal perante os órgãos da jurisdição especial competentes.

#### 4. Conclusão

Urge que os trabalhos da *Reforma processual* prossigam, assim, guiados pelo espírito daqueles que acreditam na implantação de um *processo justo*, a serviço de uma *justiça célere, eficaz e efetiva*, para todos que dela necessitem nestes novos tempos, pois o *acesso pleno à Justiça*, na visão de Cappelletti (1988, p. 13), “pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não, apenas, proclamar os direitos de todos”.

No imaginário de uma Justiça ideal, para os cidadãos deste novo milênio, destacam-se, por sua relevância, entre as várias propostas de Reforma do Poder Judiciário, no Brasil, as que visam assegurar a todos “o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, bem assim “a vedação de prazos processuais diferenciados às partes, em razão de sua personalidade jurídica”.

Nesse contexto, a Lei do Juizado Especial Federal Cível (Lei nº 10.529, de 12/07/2001) precisa ser, urgentemente, alterada, para harmonizar-se, em plenitude, com o ideário da Constituição cidadã, abrindo as portas desses Juizados às entidades associativas e aos sindicatos, em geral, na instrumentalidade das *tutelas coletivas* e da *antecipação das*

*tutelas de evidência, inclusive, de ofício, com vistas à sobrevivência institucional dos próprios Juizados e de seus jurisdicionados, que deles muito esperam e neles ainda confiam, a fim de saciar a sua fome infinita de acesso pleno à Justiça.*

### *Referências*

BRASIL. Lei 9099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Gryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: 1988.

FUX, Luiz. *Tutela da Segurança e Tutela de Evidência*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: RT, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Fabris, Porto Alegre: 1990. 2 v

# Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

Fernando Dias Menezes de Almeida

## Sumário

1. Introdução. 2. Efeitos da resolução do Senado: retirada de validade ou retirada de eficácia? Questões correlatas. 3. Discussão sobre a possibilidade de o Senado alterar ou revogar sua própria resolução. Análise do MS 16.512 (STF). 4. Considerações finais.

## 1. Introdução

Ao realizar pesquisa<sup>1</sup> sobre a produção jurisprudencial de Victor Nunes Leal<sup>2</sup>, ocorreu-me recuperar, para uma discussão atualizada, relevante julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se do mandado de segurança nº 16.512<sup>3</sup>, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (pleno) em 25 de maio de 1966.

Dado o renovado interesse sobre o tema do controle de constitucionalidade, ante recentes mudanças constitucionais e legislativas, julguei adequado<sup>4</sup> voltar à discussão de mecanismo que, em que pese consolidado há décadas em nosso Direito, vem recebendo pouca utilização e que, todavia, teria grande potencial para garantir segurança jurídica e reforçar a finalidade essencial da decisão de inconstitucionalidade – eliminar do ordenamento jurídico normas conflitantes com a Constituição –, contribuindo ainda com a redução da quantidade de litígios judiciais.

Refiro-me à função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Fe-

Fernando Dias Menezes de Almeida é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

deral em controle incidental (hoje prevista no art. 52, X, da Constituição Federal<sup>5</sup>), dando assim efeitos *erga omnes* a decisão que, originalmente, teria apenas efeitos *inter partes*.

Observe-se ser pacífico o entendimento da doutrina (Cf. FERREIRA FILHO, 1997, p. 315; SILVA, 1998, p. 56; CLÈVE, 1995, p. 91-92; MENDES, 2004, p. 265; RAMOS, 1994, p. 120-123; VELOSO, 1999, p. 58), apesar do silêncio do texto constitucional, no sentido de que esse mecanismo apenas se aplica ao controle incidental. E a matéria é disciplinada, no mesmo sentido, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 178.

Com efeito, descabida seria a aplicação desse mecanismo às decisões de constitucionalidade em controle principal, posto que já dotadas de efeitos *erga omnes*.

O sentido dessa função do Senado Federal, portanto, é expandir, para todos os destinatários de determinada norma, julgada inconstitucional, os efeitos da inconstitucionalidade.

Mas esse raciocínio enseja uma questão<sup>6</sup> que entendo fundamental, inclusive para se discutir a utilidade atual desse instrumento: qual o alcance da expressão “suspender a execução” de lei declarada inconstitucional? Comporta o sentido de retirada de validade, ou apenas de retirada de eficácia?

## 2. Efeitos da resolução do Senado: retirada de validade ou retirada de eficácia? Questões correlatas

A expressão “suspender a execução” refletiria, originalmente, uma reverência à separação de funções constitucionalmente consagrada (MENDES, 2004, p. 266). Segundo esse modo de pensar, a revogação de uma norma deve, em regra, competir ao mesmo órgão que elaborou a norma (TEIXEIRA, 1991, p. 429; RAMOS, 1994, p. 123).

Como se vê, a opção pela expressão “suspender a execução”, em lugar, por exemplo, de “revogar”, não importa mero jogo de palavras. Ao contrário, implica a adoção de posturas conceitualmente bastante diversas<sup>7</sup>.

Segundo parte relevante da doutrina, “suspensão da execução” é conceito que remete ao plano da eficácia (FERREIRA FILHO, 1997, p. 316; MIRANDA, 1967, p. 86-87; TEIXEIRA, 1991, p. 428 et seq.; RAMOS, 1994, p. 123). Isso afastaria a noção de “revogação”, que remete ao plano da validade.

Essa questão é, em geral, abordada pela doutrina vislumbrando-se, como conseqüência da opção adotada, a produção de efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* da decisão do Senado. Relacionam-se, assim, efeitos *ex nunc* à revogação e efeitos *ex tunc* à suspensão da execução (aqui tomada como operando no plano da eficácia)<sup>8</sup>.

Contudo, em verdade, cuida-se de duas questões diversas: de um lado, se o ato do Senado afeta a validade ou apenas a eficácia da lei julgada inconstitucional; de outro, quais os efeitos desse ato do Senado no tempo.

Quanto à segunda questão, concordo com a possibilidade da produção de efeitos *ex tunc*<sup>9</sup>.

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que o caráter discricionário da decisão do Senado Federal é incompatível com a atribuição de retroeficácia, posto que a eventual postergação da decisão (inerente à discricionariedade) comprometeria a segurança das relações jurídicas, induzindo à prática de atos que posteriormente serão invalidados<sup>10</sup>.

Reconheço a engenhosidade da argumentação, porém redargüiria com duas observações: a) a relativa insegurança decorrente da retroação de efeitos, a partir de decisão, digamos, “discricionária”, em essência permeia todo o sistema de controle de constitucionalidade; b) a atribuição, pela Constituição, de poder discricionário ao Senado Federal pressupõe confiança na razoabilidade com que o órgão exercerá esse poder; se desconfiarmos, a tal ponto, do respeito que o Senado Federal tenha à segurança jurídica (ou, em geral, ao interesse público) e da razoabilidade com que se conduza politicamente, então certamente esta-

remos diante de um problema institucional muito mais grave, tornando praticamente irrelevante a discussão quanto ao seu desempenho da função prevista no art. 52, X, da Constituição.

Todavia, não me parece que a defesa da possibilidade da produção de efeitos *ex tunc* imponha como premissa a defesa da tese da “suspensão da execução” operando apenas no plano da eficácia. Pelo contrário, seria igualmente compatível com a tese da “retirada de validade”.

Aliás, nesse sentido, em se tratando do controle principal de constitucionalidade – no qual indiscutivelmente se está lidando com o plano da validade da norma, e não apenas o da eficácia –, sempre se admitiram, como evidentes, os efeitos *ex tunc* da decisão<sup>11</sup>.

Ocorre que, nessa polêmica, a palavra “revogar”, por vezes, é mal compreendida. De fato, “revogar” induz, em determinados sentidos técnicos estritos<sup>12</sup>, cogitar necessariamente de efeitos *ex nunc*.

Mas “revogar”, para a teoria geral do Direito, significa, em essência, “retirar a validade por meio de outra norma”<sup>13</sup> (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 182), não importando nenhuma conclusão necessária quanto à eficácia<sup>14</sup>.

Em verdade, a reforçar o ponto de que parte dessa discussão, explica-se antes por desconfortos na compreensão das palavras, nota-se que alguns argumentos, citados por autores<sup>15</sup> para sustentar o não cabimento do sentido de revogação (no disposto pelo inciso X do art. 52 da Constituição), admitem, no entanto, a idéia de retirada de validade implícita na suspensão da execução<sup>16</sup>.

Em suma, apartada a questão dos efeitos (*ex nunc* ou *ex tunc*) da resolução do Senado Federal, persiste a questão quanto a essa resolução operar no plano da validade<sup>17</sup> da norma julgada inconstitucional ou apenas no plano da eficácia.

Posiciono-me entre aqueles<sup>18</sup> que entendem ser mais adequada à situação em questão a noção de “revogar”, tomada em seu

sentido de retirada de validade de uma norma por meio de outra norma<sup>19</sup>.

Parece-me que a retirada de validade (“revogação”) da norma inconstitucional é muito mais compatível com a finalidade essencial da decisão de inconstitucionalidade – eliminar do ordenamento jurídico normas conflitantes com a Constituição – do que apenas a retirada de eficácia.

Desse modo, há que se fazer uma leitura ampliada da expressão “suspender a execução”, para incluir o sentido de “revogação”.

A objeção, acima mencionada de passagem, quanto à revogação de uma norma dever, em regra, competir ao mesmo órgão que elaborou a norma, não impede que haja exceções a essa regra<sup>20</sup>.

E é justamente esse o caso de uma exceção: o órgão competente para a revogação é o Senado Federal<sup>21</sup>.

Concordo que a resolução do Senado também retira a eficácia da norma constitucional, com efeitos retroativos<sup>22</sup> – aliás, caberia propor, de *lege ferenda*, que se introduza, no âmbito da discricionariedade do Senado Federal, possibilidade análoga à do art. 27 da Lei 9.868/99, facultando-se-lhe decidir o termo inicial da retirada da eficácia.

Porém – explorem-se aqui conseqüências da adoção da tese da qual estou a discordar –, parando-se no ponto da mera retirada de eficácia, seria possível que, perante uma nova decisão em sentido contrário, a norma inconstitucional suspensa – que teria restado, por hipótese, válida, mas ineficaz – voltasse a ser aplicada, com evidentes prejuízos para a finalidade de garantia de segurança jurídica.

Essa nova decisão – prosseguindo nesse raciocínio por hipótese – poderia ser, de um lado, do Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência; de outro, do Senado Federal, alterando ou revogando sua resolução.

Quanto à mudança de posição do Supremo Tribunal, a questão não é nova e essa

possibilidade já era admitida por autores (CAVALCANTI, 1996, p. 165-166; TEIXEIRA, 1991, p. 429) que aderiam à tese de que a suspensão de execução opera apenas no plano da eficácia.

É natural que possa ocorrer mudança de posição do Supremo Tribunal no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, cujas decisões produzem, por si, efeitos *inter partes*, preservando a validade da lei, ou seja, sua existência no ordenamento jurídico.

De fato, o Supremo Tribunal pode mudar sua posição após uma ou algumas decisões em controle incidental. Justamente por isso é que o Ministro Victor Nunes, em seu voto no MS 16.512, sustenta o caráter discricionário da decisão do Senado, que pode ou não suspender a lei julgada inconstitucional, seguindo sua prudência e sensibilidade política:

“Mas o Senado terá o seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.”

Contudo, uma vez editada a resolução, estendendo *erga omnes* os efeitos da decisão e imprimindo-lhes estabilidade, entendo ser consequência coerente não poder mais o Supremo Tribunal (nem nenhum outro órgão) voltar a aplicar a norma “suspensa”, posto que retirada do ordenamento, invalidada<sup>23</sup>.

Mas ainda – prosseguindo na exploração da hipótese acima levantada para ser refutada – poder-se-ia cogitar que a nova decisão que permitisse tornar a aplicar a norma inconstitucional suspensa apenas em sua eficácia fosse uma decisão do Senado Federal, alterando ou revogando sua própria resolução.

Essa a questão central que foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 16.512,

caso até hoje citado como referência para a matéria. Concluiu-se então – adiante-se – pela impossibilidade de que o Senado assim agisse; conclusão coerente com a posição que entende resultar da resolução do Senado a retirada de validade da norma inconstitucional.

### 3. Discussão sobre a possibilidade de o Senado alterar ou revogar sua própria resolução. Análise do MS 16.512 (STF)

Passo a analisar um pouco mais detidamente esse julgado, que foi o mote para o desenvolvimento deste estudo.

Em síntese, a questão é a seguinte: uma vez editada a resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei declarada inconstitucional, poderia o Senado alterar sua própria resolução ou revogá-la por completo?

Ainda que a idéia cause estranheza, em tese não seria um absurdo lógico supor que, se o Senado pode praticar ato para suspender a execução de lei, pudesse voltar a disciplinar o tema, alterando seu ato anterior.

No entanto, parece-me que – a par dos argumentos finalísticos acima já lançados –, consoante o tratamento dado à matéria pela Constituição, tal idéia mostra-se sim descabida.

A função, digamos, de natureza legislativa, exercida privativamente pelo Senado Federal nessa hipótese configura exceção constitucionalmente prevista ao processo de elaboração e revogação de leis<sup>24</sup>. Tratando-se de exceção, a norma que a prevê há de ser interpretada restritivamente.

Por consequência, há que se concluir que, uma vez editada a resolução, suspendendo a execução da lei e, assim, eliminando-a do ordenamento jurídico, exaure o Senado sua função.

Se voltasse à questão, alterando sua resolução ou revogando-a por completo, o Senado estaria a usurpar funções do Congresso Nacional e do Presidente da República em matéria de processo legislativo – impor-

tando ainda eventual violação de competência federativa, caso se tratasse de lei estadual ou municipal – e do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade.

Isso porque estaria atuando normativamente – seja legislativamente, seja em matéria de jurisdição constitucional – sem competência expressa para tanto, fundamentando-se apenas em interpretação extensiva de exceção constitucional, quando há outros órgãos constitucionalmente investidos, como regra geral, das funções em questão.

Esse problema foi enfrentado concretamente no MS 16.512. O caso continha uma questão então considerada inédita no âmbito do Tribunal, derivando de situação de fato bastante incomum na prática institucional – e que não consta tenha se repetido –, valendo, de todo modo, a decisão como paradigma ainda aplicável.

O Supremo Tribunal Federal julgara inconstitucional, em outro processo, via recurso extraordinário, dispositivo do Código de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (Decreto nº 22.022/53), que estabelecia hipóteses de incidência do imposto sobre transações.

A inconstitucionalidade então reconhecida referia-se ao disposto em uma alínea, que arrolava algumas atividades (“construção, reforma e pintura de prédios e obras congêneres, por administração ou empreitada”), sobre as quais incidia o imposto.

Naquela ocasião, determinado arquiteto, contratado para fiscalizar obra executada por conta do proprietário, sustentou não ser devido o imposto sobre seus honorários; com efeito, entendera, assim, o Supremo Tribunal Federal, decidindo não ser fato gerador da cobrança a renda auferida em virtude de contrato de locação de serviços (RE 38.538, com decisão prolatada em 19.8.60).

Tal decisão foi posteriormente (em 21.8.62) encaminhada ao Senado Federal, para fins de eventual suspensão de execução e o Senado efetivamente decidiu (em 25.3.65), por meio da Resolução nº 32, sus-

pendendo a execução da tal alínea, objeto do citado recurso extraordinário.

Ocorre que o Governador do Estado de São Paulo, ante a decisão do Senado Federal, apresentou (em 15.9.65) Representação àquela casa legislativa, com base em interpretação fixada pela Fazenda Estadual, pretendendo que a anterior decisão do Supremo Tribunal Federal apenas houvesse tido por efeito considerarem-se inconstitucionais situações de fato idênticas à do arquiteto então recorrente. Posta desse modo a questão, em tese seriam possíveis outras aplicações constitucionais da mesma alínea.

Ante a Representação, o Senado Federal editou (em 14.10.65) nova Resolução, de nº 93, revogando a anterior Resolução nº 32, e suspendendo a execução da norma estadual paulista apenas para a hipótese de locação de serviços profissionais, nos termos da situação concreta objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 38.538.

Contra essa nova Resolução do Senado Federal é que foi impetrado, originariamente no Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança que ora se comenta.

Entre os argumentos apresentados pelas impetrantes (vinte e sete empresas construtoras), destacam-se: a) ao editar a nova Resolução, o Senado teria usurpado função legislativa estadual, restabelecendo norma então inexistente; b) ademais, teria agido sem base em decisão judicial que o levasse a tanto; c) nesse mesmo ato, o Senado teria se sobreposto em relação ao Supremo Tribunal Federal, praticamente revogando decisão sua, atribuindo ao Tribunal pensamento que não expressara.

Em seu voto, o Ministro Relator Oswaldo Trigueiro admite que a ementa do acórdão no RE nº 38.538 foi imprecisa, mas afirma não ter dúvida de que, na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconhecera a inconstitucionalidade da cobrança do imposto, nos termos do dispositivo impugnado, dando, assim, razão aos impetrantes.

Em sua motivação, o Ministro Relator compreende o zelo da Fazenda Estadual,

mas argumenta que, caso entendesse imprecisa a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 38.538, poderia ter apresentado embargos de declaração; ou ainda, caso estivesse convicta da interpretação favorável à sua tese, seguir cobrando o tributo. Mas não lhe caberia buscar – como fez – tutela do Senado Federal, a quem não compete rever decisões do Supremo Tribunal Federal, nem suprir omissões da legislação estadual.

Pondera que, tivesse dúvida o Senado quanto ao alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal, poderia ter pedido esclarecimentos; porém, uma vez editada a Resolução, estaria exaurida a função do Senado, no caso.

Concordando com o Relator, o Ministro Victor Nunes acrescenta os seguintes argumentos:

a) sendo a lei ato normativo, a decisão do Senado que lhe “suspende a execução”, revogando-a para todos os efeitos, só pode ter a mesma natureza normativa:

“Se a lei é normativa e o Senado, ao suspendê-la, retira a eficácia da lei, ele acrescenta alguma coisa à decisão, e esse acréscimo tem força tão normativa como a da lei que é posta fora de circulação. Se essa eficácia normativa, que suspende a lei, não derivasse da resolução do Senado Federal mas do julgado do Supremo Tribunal, a intervenção do Senado seria desnecessária: a decisão seria executada, desde logo, com efeito normativo. Mas não é este o nosso sistema. Daí a necessidade de se acrescentar um *plus*, à decisão judiciária, tornando-a obrigatória *erga omnes*, por ser ela, por natureza, obrigatória somente para as partes.”;

b) essa natureza normativa do ato de revogação não é afetada pelo fato de ser ato emanado de diverso poder (no caso, Senado Federal – poder diverso do Congresso Nacional aprovando leis ordinárias com sanção do Presidente da República, ou do Presidente da República editando, na épo-

ca, decretos-lei), posto ter sido a própria Constituição a estabelecer modo excepcional de revogação: resolução do Senado Federal;

c) por outro lado, não previu a Constituição poder para o Senado, por resolução, criar nova norma; isso importaria, pelo que se acaba de dizer, violação da função legislativa;

d) daí por que não poder o Senado revogar resolução sua, restabelecendo a vigência de norma, o que só poderia ser feito por nova norma:

“Por tudo isso, parece-me que o ato suspensivo do Senado é de natureza normativa, porque tem o efeito de revogar a lei. Por ser normativo, com esse efeito revocatório da lei, parece-me de todo evidente que o Senado não pode voltar atrás, pois a lei revogada só se restaura por outra lei. O Senado só poderia restaurar a lei que ele, se suspender, revogou, se tivesse poder legislativo autônomo, se tivesse o poder de fazer a lei originária. Mas esse poder ele não tem, sequer, quanto às leis federais, muito menos quanto às estaduais, como é o caso dos autos.”<sup>25</sup>

Após ricos debates, com forte lastro nos argumentos oferecidos pelo Ministro Victor Nunes – com os quais concordo –, o Tribunal decidiu dar provimento à representação<sup>26</sup>.

#### 4. Considerações finais

Resta, por fim, uma questão: justifica-se, nos dias de hoje, o mecanismo previsto no art. 52, X, da Constituição?

Tome-se como referência o pensamento do Ministro Gilmar Mendes, que tem se manifestado em diversas ocasiões, com sólidos e ricos argumentos, pela obsolescência do instituto, ao menos em sua concepção tradicional<sup>27</sup>.

Nesse sentido, aponta o autor como razões para a perda de importância do instituto: a) a amplitude conferida pelo ordena-

mento vigente ao controle abstrato de constitucionalidade das normas, já possuidor de eficácia *erga omnes*; b) a não aplicação da função atribuída ao Senado a casos resolvidos com a aplicação de novas técnicas de controle (ex.: interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto); c) a ampliação das hipóteses de extensão dos efeitos processuais de decisões incidentais de inconstitucionalidade a outros casos (ex.: Código de Processo Civil, art. 557, *caput* e § 1º -A<sup>28</sup>); d) a existência de ações cujas decisões já contam com efeitos *erga omnes*, ainda que importando controle incidental de constitucionalidade (ex.: ação civil pública).

Em síntese, conclui: “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade” (MENDES, 2004, p. 280).

Em face de tão sólidos argumentos, sou levado a concordar, em grande parte, com a constatação de perda de importância do mecanismo analisado.

Com efeito, o instituto, que foi concebido em 1934, naturalmente tem reduzida sua relevância ante a tendência contemporânea de ampliação do controle abstrato e principal de constitucionalidade. Igualmente, não se mostra aplicável ante as citadas novas técnicas de interpretação e controle de constitucionalidade.

A esses argumentos acrescenta-se a constatação prática da parcimônia com que o próprio Senado Federal exerceu essa função ao longo dessas décadas. Com efeito, houvesse o Senado se valido do instrumento em questão em mais oportunidades, ou ao menos em mais oportunidades relevantes, sua importância haveria de ser política e juridicamente reconhecida.

De todo modo, como possível contraponto para parte das críticas, entendo cabível apresentar algumas ponderações, coerentes com a defesa da tese do poder revocatório da resolução do Senado Federal – que, talvez, se prevalecente desde o início, pudesse

ter resultado em outra prática, de maior utilidade para o instituto.

Mesmo que, atualmente, o controle incidental de constitucionalidade pela técnica tradicional, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, haja perdido destaque em termos relativos, em termos absolutos ainda é expressivo seu volume, bem como é expressiva a quantidade de leis integral ou parcialmente julgadas inconstitucionais por essa via.

A retirada de validade dessas leis, pelo Senado Federal, não apenas teria a virtude de garantir a segurança jurídica do sistema e de reforçar a finalidade essencial da decisão de inconstitucionalidade – eliminar do ordenamento jurídico normas conflitantes com a Constituição –, como ainda teria a vantagem de reduzir quantitativamente as demandas judiciais.

E – aqui outro aspecto –, a rigor, não constituem sucedâneos da retirada de validade dessas leis os mecanismos de extensão de eficácia *erga omnes* ou de concessão de efeitos vinculantes a decisões em controle incidental. Isso porque a retirada de validade atinge amplamente os destinatários das normas, a cujas condutas se refiram<sup>29</sup>, e não apenas os criadores e aplicadores do Direito.

O envolvimento do Senado Federal parece-me, ademais – não apenas por qualquer apego a visões tradicionais da “separação de Poderes” –, ser uma fórmula que dosa, com engenho e razoabilidade, a prudência judicial com a prudência política, em uma via alternativa para a revogação de leis<sup>30</sup>.

No nosso sistema, normalmente se admite que as leis, tomadas em tese, possam ser revogadas (no sentido de terem sua validade retirada por outra norma) (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 182) por ato de igual natureza, praticado pelo legislador, ou por decisão judicial em controle principal de constitucionalidade. Trata-se, de um modo ou de outro, de processos mais complexos, ou mais restritos em termos de legitimação para sua provocação, envolvendo concentradamen-

te ou o Congresso Nacional, ou a cúpula do Poder Judiciário.

Interessante experiência poderia decorrer da melhor aplicação desse processo, que envolve um misto de juízo jurídico e político, ao mesmo tempo podendo ser iniciado por qualquer indivíduo interessado.

O instrumento está disponível.

### Notas

<sup>1</sup> Para a série Memória Jurisprudencial, do Supremo Tribunal Federal, cujos primeiros volumes serão lançados em breve.

<sup>2</sup> Victor Nunes Leal, além de ter desempenhado importantes funções públicas, como a de Ministro Chefe da Casa Civil no Governo Juscelino Kubitschek, foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, nomeado em novembro de 1960 e aposentado em janeiro de 1969, por força do AI-5. Como doutrinador, produziu obras de extrema relevância, que ainda conservam grande atualidade, como *Coronelismo, Enxada e Voto* e *Problemas de Direito Público*.

<sup>3</sup> Que passarei a citar como MS 16.512.

<sup>4</sup> Prestando, ademais, homenagem à memória de Victor Nunes Leal.

<sup>5</sup> Nas Constituições anteriores: 1934, art. 91, IV; 1946, art. 64; 1967, art. 45, IV (com a EC 1/69, art. 42, VII). A Constituição de 1937 não acolheu o instituto; trouxe, por outro lado, o mecanismo previsto no art. 96, que, inversamente, atua no sentido de retirada de valor da decisão judicial de inconstitucionalidade por força de decisão política.

<sup>6</sup> Não é objetivo deste breve estudo abordar todas as possíveis questões envolvendo essa função do Senado Federal – questões essas sistematizadas de modo bastante completo por Clève (1995, p. 90-91) –, mas apenas as questões sugeridas pelo referido voto do Ministro Victor Nunes Leal, que constitui mote para esta análise.

<sup>7</sup> A polêmica sobre esse assunto, desde suas origens históricas, está muito bem registrada por Mendes (2004, p. 258 et seq.).

<sup>8</sup> Ramos (1994, p. 123-124), todavia, sustenta a tese dos efeitos *ex nunc* e a da retirada de eficácia.

<sup>9</sup> Clève (1995, p. 96-97) e Mendes (2004, p. 257 et seq.) sustentam a produção de efeitos *ex tunc*. Em sentido contrário, atualizando a polêmica, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p. 29-31).

<sup>10</sup> Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 30) argumentam: “sustentar a retroeficácia dessa deliberação implica afirmar que o Senado pode postergar o momento da edição da Resolução, para, em segui-

da, atribuir invalidade a todos os atos jurídicos praticados sob a égide dos atos normativos impugnados anteriores à edição desta, inclusive aqueles que vieram a lume no período em que o ato normativo submeteu-se ao juízo discricionário do Senado, que, desta feita, prorrogaria a eficácia de uma norma, legitimando um sem-número de atos jurídicos, que preconceria inválidos e, portanto, destinados ao desfazimento. Onde a estabilidade das relações jurídicas?”

<sup>11</sup> Pelo contrário, novidade são os efeitos *ex nunc*, ou a termo futuro, como previstos no art. 27 da Lei 9.868/99.

<sup>12</sup> Tal qual adotado pela doutrina administrativa, quanto aos atos administrativos, opondo revogação e anulação. Ou mesmo em matéria de revogação de leis por outras leis, quando se protegem direitos adquiridos.

<sup>13</sup> Revogação, assim definida, integra uma das regras estruturais que regulam a dinâmica do ordenamento jurídico. Ao lado da regra da revogação – retirada de validade por meio de outra norma –, há outra regra estrutural que regula a dinâmica: a perda da validade por ineficácia (caducidade, desuso e costume negativo). (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 182-183).

<sup>14</sup> Ferraz Júnior (1988, p. 182) até lembra que “revogar não significa, necessariamente, eliminar totalmente a eficácia”.

<sup>15</sup> Reitere-se, para que se tente fazer justiça ao seu pensamento: autores que, nesse ponto, estão preocupados em sustentar a tese – com a qual concordo – da possibilidade dos efeitos *ex tunc* da resolução do Senado Federal.

<sup>16</sup> Nesse sentido, a citação de pronunciamento do Senador Accioly Filho: “A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos. A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia” (MENDES, 2004, p. 263; CLÈVE, 1995, p. 97). Claramente esse sentido de revogação conflita com o sentido de revogação acima sustentado. E, após essa citação, Mendes (2004, p. 263) conclui: “Essa colocação parecia explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal. A suspensão constituía ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressaltava, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que ‘a suspensão de vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional’.”

<sup>17</sup> Queira, ou não, empregar-se a expressão “revogação”.

<sup>18</sup> E, como será visto a seguir, o Ministro Victor Nunes refere-se, com naturalidade, à revogação, nessa hipótese.

<sup>19</sup> No caso, a norma revogadora (resolução do Senado) não se reveste da mesma forma da norma revogada; mas igualmente se inclui no sentido de norma.

<sup>20</sup> Meirelles Teixeira (1991, p. 429) mesmo, ao lançar esse argumento, admite a exceção, ainda que sustente não ser aplicável ao caso discutido: “a revogação, em regra, deve competir ao mesmo órgão que elaborou a norma, isto é, ao Poder Legislativo federal, estadual ou municipal, conforme o caso, e excepcionalmente aos demais Poderes, quando lhes assista uma competência normativa anômala”.

<sup>21</sup> Nesse sentido a argumentação do Ministro Victor Nunes, no voto que mais adiante será examinado.

<sup>22</sup> E com as ponderações lembradas por Mendes (2004, p. 263).

<sup>23</sup> Pontes de Miranda (1967, p. 86), que, todavia, acolhe a tese de que a suspensão opera no plano da eficácia, assim se posiciona sobre a questão: “Suspensa a lei, não mais pode o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer tribunal, ou juízo, aplicá-la: não é eficaz; portanto, não incide. Se nova lei se faz e o Supremo Tribunal Federal não a tem como contrária à Constituição, é essa lei – e não a outra, que sofreu a suspensão – que se aplica”. Mendes (2004, p. 265) lembra a hipótese em que, após comunicada a decisão de inconstitucionalidade ao Senado, o Supremo Tribunal mude seu posicionamento, reconhecendo a constitucionalidade da lei. Nesse caso, conclui que o Tribunal pode assim agir e que “a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante”. Todavia, cogita-se de suspensão superveniente; portanto, de hipótese em que não houvera ainda resolução do Senado quando da mudança de posicionamento do Tribunal quanto à constitucionalidade da lei. E, nessa hipótese, poder-se-ia mesmo entender restar prejudicada a função do Senado, tornando-se sem efeito a anterior comunicação da decisão de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal.

<sup>24</sup> O art. 52, X, da Constituição Federal refere-se apenas à função do Senado Federal de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, não mencionando as hipóteses de alteração ou revogação da resolução.

<sup>25</sup> Outra interessante questão de mérito abordada nos debates diz com a interpretação da expressão “no todo ou em parte”, contida na norma constitucional que prevê a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Sobre o tema, o Ministro Victor Nunes expressou entendimento no sentido de que “no todo ou em parte” corres-

ponde à decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, se a decisão aponta inconstitucionalidade “em parte” da norma, a suspensão, pelo Senado, será “em parte”; se o Supremo Tribunal Federal considera “o todo” inconstitucional, a suspensão, pelo Senado, será “no todo”. Em suas próprias palavras: “O Senado não pode, por iniciativa própria, suspender a vigência de uma lei qualquer. Ele só pode suspender uma lei no pressuposto de haver o Supremo Tribunal decidido contra a sua validade. Está, pois, na contingência de observar os limites do que o Tribunal decidiu, porque o Senado não pode alterar a nossa decisão. Se o Senado, ao suspender a vigência de uma lei, pudesse escolher apenas parte do que decidimos e desprezar o restante, o resultado, em tese, poderia ser contraproducente, especialmente quando as diversas partes do julgado fossem indissociáveis. A Constituição não deu ao Senado, no art. 64, o poder de vetar parcialmente as decisões do Supremo Tribunal. Por isso, ele suspenderá no todo ou em parte a lei, consoante o Tribunal houver declarado a lei inconstitucional no todo ou em parte.”

<sup>26</sup> Contra o voto do Ministro Aliomar Baleeiro (no mérito) e do Ministro Hermes Lima (por entender descabida a discussão em tese da questão, senão via mandado de segurança, ante a justiça local, em caso concreto de violação do direito dos impetrantes).

<sup>27</sup> Seu pensamento sobre esse aspecto da matéria está registrado nas pp. 266/280 de sua obra citada. Não teria a pretensão de sintetizá-lo aqui, dadas as dimensões deste estudo, que certamente poriam a perder a riqueza de algum detalhe. Refiro-me, portanto, apenas aos seus pontos essenciais, remetendo o leitor à leitura, na íntegra, do original.

<sup>28</sup> A esse exemplo, acrescente-se a súmula vinculante (introduzida em nosso Direito em momento mais recente que o da edição da obra citada).

<sup>29</sup> Os indivíduos em geral, que devem observância ao Direito (Cf. KELSEN, 1962, p. 90).

<sup>30</sup> Concorde que o art. 52, X, não se refira apenas à lei formal (Cf. CLÈVE, 1995, p. 93-94). De todo modo, o argumento vale, com as devidas adaptações, para outras hipóteses de normas.

## Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1962.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. 3 t.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

# Exeqüibilidade da súmula vinculante

José Carlos Buzanello  
Graziele Mariete Buzanello

## Sumário

Introdução. 1. Natureza das súmulas. 2. Procedimentos de criação, revisão e revogação das súmulas. 3. Reclamação constitucional. Considerações finais.

## *Introdução*

Com o advento da Constituição de 1988, parcela do povo brasileiro descobriu o Poder Judiciário, buscando a tutela jurisdicional dos seus direitos, que são alvo de constantes agressões, em especial, pelo Poder Público. Houve o crescimento da demanda jurisdicional e viu-se esse poder estatal atulhado de processos, conduzindo a uma inevitável lentidão, situação agravada pela insuficiência de pessoal e a má aparelhagem do Poder Judiciário.

Nesse prisma, na atualidade, tem-se um Judiciário que vem sofrendo de graves mazelas, relacionadas, entre outras questões, à litigância abusiva do Poder Público e a outras partes que litigam de má-fé, e à deficiência de um julgamento mais efetivo. De um lado a enormidade de problemas que lhe são submetidos e, de outro, o descrédito perante a população, que tem no Poder Judiciário a única opção viável para fazer valer seus direitos.

Nesse contexto, aumenta a necessidade de se proceder a uma reformulação na estrutura do Poder Judiciário, assim como em nosso sistema processual, reformulação que ainda está em andamento e que ganhou

José Carlos Buzanello é Doutor em Direito (UFSC), Diretor da Escola de Direito da UNIGRANRIO (Duque de Caxias/RJ) e professor da UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro).

Graziele Mariete Buzanello é Bacharel em Direito pela USP, onde defendeu em monografia de conclusão de curso "A valorização da jurisprudência após a reforma do judiciário: súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos e artigo 518, §1º, do CPC".

maior destaque com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, a chamada Reforma do Judiciário, que, entre as muitas novidades, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as súmulas com efeito vinculante.

Assim, houve a valorização da jurisprudência com a consagração constitucional da súmula com efeito vinculante, que passa a ter uma natureza cogente na ordem jurídica brasileira, principalmente aos órgãos do Judiciário e da Administração. Com isso, surge a diferença da condição jurídica anterior das súmulas, em que apenas serviam como orientação para as decisões dos magistrados, que mantinham sua livre convicção para aplicá-las ou não ao caso em julgamento. Observe-se, contudo, que não se trata de instituto totalmente novo, visto que tal fato está em constante aprimoramento desde meados do século XIX. De fato, convém lembrar que, desde 1963, o STF e, posteriormente, os Tribunais Superiores comportam a edição de súmula.

Fato consecutivo é a exequibilidade das súmulas, agora regulamentada pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, fixando os pressupostos de admissibilidade, requisitos e legitimidade para edição, revisão e cancelamento da súmula. De qualquer forma, a certeza de que deve haver mudanças construtivas na prestação jurisdicional é inquestionável; basta ao STF que se pronuncie e defina quais súmulas serão ou não vinculantes.

### *1. Natureza das súmulas*

Súmula, palavra originária do latim *summa*, significa sumário, restrito, um resumo de todos os casos semelhantes decididos daquela mesma maneira, unificados por meio de uma proposição clara e direta. Dessa forma, entende-se que súmula vinculante é um enunciado interpretativo, objetivo e sintético, de comando normativo preexistente, sobre entendimento uniformizado do STF acerca de determinado tema jurídico constitucional, com efeito vinculante sobre os órgãos judiciais e os órgãos da Administra-

ção Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal, com vistas a proporcionar maior clareza e segurança aos jurisdicionados, bem como a conferir autoridade e uniformidade interpretativa à Constituição e às leis federais.

A denominada súmula com efeito vinculante não inaugura a ordem jurídica, criando direitos e obrigações, mas sim define o alcance e a exegese da norma elaborada pelo legislador; é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei. Versa sobre a exegese da norma, ao refletir a consolidação de uma jurisprudência dominante. Não há, portanto, qualquer violação da separação de poderes, do Judiciário usurpando as funções típicas legislativas.

Nesse prisma, o STF, como intérprete legítimo do comando normativo elaborado pelos outros poderes, apenas potencializa sua atuação, ao fixar, com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, o entendimento de determinada norma. Reforçando essa idéia, Humberto Theodoro Junior lembra que a súmula vinculante tão-somente poderá versar sobre norma preexistente. Isso porque o STF, dentro do rol de competências fixadas na Constituição, não tem função de criar o direito, mas sim de aplicá-lo, no exercício de intérprete de regras legais trazidas à sua apreciação exegética, para dirimir lides no caso concreto (Cf. THEODORO JUNIOR, 2005, p. 28).

Mediante a obtenção de força cogente, a súmula alcançará autoridade para funcionar com força normativa similar à da lei, que a todos obriga e de cujo império não podem escapar os juízes em suas decisões e a Administração em seus atos e processo.

#### *1.1. Natureza das súmulas anteriores à Emenda Constitucional*

As súmulas anteriores à EC 45/04, criadas pelo STF a partir de 1963 pelo trabalho do Ministro Victor Nunes Leal, possuem eficácia persuasiva, ou seja, os juízes e Tribunais não estão obrigados a segui-las e podem acordar ou discordar livremente. E assim permanecem as atuais setecentas e trinta e seis

súmulas, mesmo após a criação da súmula vinculante pela Reforma do Judiciário (ainda que, com a edição da Lei nº 11.417/06, a expectativa é de que estas logo sejam editadas, pelo menos, em matérias mais urgentes).

Todavia, dispõe o artigo 8º da EC nº 45/04: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”. Logo, as súmulas facultativas poderão adquirir força vinculante, desde que submetidas à nova apreciação pelo STF, quando deverão ser aprovadas por oito dos Ministros do STF e publicadas na imprensa oficial.

Nesse contexto, o STF deverá proceder a um *juízo de deliberação* sobre suas próprias súmulas, relativo ao conteúdo e à verbalização destas, do que resultará um tríplice resultado, nas linhas mestras de Rodolfo de Camargo Mancuso: I) súmulas mantidas: algumas súmulas ainda atuais permanecerão válidas; II) súmulas alteradas: outras sofrerão mudanças em seu conteúdo e/ou fórmula, para melhor se adaptarem às alterações doutrinárias e jurisprudenciais posteriores à sua edição; e III) súmulas revogadas: ainda, restarão algumas obsoletas, que, então, deverão ser revogadas, como aquelas editadas antes de a Corte perder a competência para o STJ (Cf. MANCUSO, 2001, p. 78). Ressalte-se, outrossim, que, embora não haja mais relevância prática, o Regimento Interno do STF ainda prevê a possibilidade de edição de súmulas comuns, que, consultivas ou persuasivas, figurarão ao lado daquelas de caráter obrigatório.

### 1.2. Limites objetivo e subjetivo

O limite objetivo da súmula vinculante é o enunciado que resulta de sua formulação. Esse poderá ser mais bem compreendido se forem analisados os acórdãos (precedentes judiciais) que, reiterados, forneceram a base para a decisão sumulada. Tal estudo poderá auxiliar o magistrado no momento de aplicação da súmula ao caso concreto, assim como ocorre no sistema jurídico anglo-saxônico.

Por sua vez, o limite subjetivo está relacionado às pessoas que ficam sujeitas à força vinculante. Nos termos do *caput* do artigo 103-A da Constituição, as súmulas vinculantes serão de observância cogente pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelo Executivo (administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal). A fim de evitar a violação da separação dos poderes, o legislador excluiu dessa vinculação o Poder Legislativo, à semelhança do que já ocorre com a decisão de mérito da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade. Isso, consoante ponderado em outro tópico, serve para possibilitar a renovação do conteúdo do enunciado, que poderá ser revisto ou cancelado com a promulgação de lei que o contrarie. Atente-se, porém, que tal comando vinculante somente não atinge diretamente o Poder Legislativo enquanto exercente de sua função típica – função legislativa.

Os particulares também ficarão vinculados, ainda que indiretamente, aos ditames sumulados, pois, apesar de atos privados contrários a estes não ensejarem o ajuizamento de reclamação, os conflitos daí decorrentes que buscarem tutela jurisdicional devem ser julgados em conformidade com o enunciado, sob pena de reclamação (Cf. JANSEN, 2005, p. 209).

Aliás, é de se esperar que a súmula vinculante também vincule o STF, numa espécie de instrumento de autodisciplina, o que este ensaio julga acertado. Nesse contexto, a Suprema Corte somente estará desvinculada da obediência ao preceito sumulado se o fizer formalmente, de modo a deixar assentado que determinada orientação vinculante não pode mais subsistir, ou seja, com o cancelamento da súmula (Cf. MENDES, 2005, p. 372).

### 2. Procedimentos de criação, revisão e revogação das súmulas

A fim de facilitar a análise das súmulas contida na reforma do Judiciário, transcreve-se o *caput* do art. 103-A e o parágrafo 1º da CF:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de *dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º: A súmula terá por *objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*” (grifo nosso)

### 2.1. Da criação

A criação da súmula com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* deverá ser editada unicamente pelo STF, de ofício ou por provocação do rol de legitimados presente no artigo 103, CF. Ademais, exige-se aprovação de, no mínimo, oito dos Ministros e publicação no Diário Oficial da União, como meio a conferir força vinculante ao enunciado.

Para serem criadas as súmulas com efeito vinculante pelo STF, devem ser obedecidos os seguintes critérios, que já se encontram disciplinados na Lei nº 11.417/06\*: 1) ser aprovada, revista e cancelada pelo STF; 2) ser aprovada por dois terços dos Ministros do STF (mínimo de oito Ministros); 3) ser aprovada, revista e cancelada de ofício ou mediante provocação dos legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, previsto no art. 103 CF, e pelas pessoas ou entes autorizados na lei regulamentadora; 4) incidir sobre matéria constitucional; 5) superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar

insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos; 6) refletir decisões reiteradas do Tribunal; 7) e ser publicada na imprensa oficial para assegurar seu caráter vinculante. Busca-se, com essa providência, assegurar, assim, o princípio da publicidade constitucional.

A norma constitucional explicita que a súmula de força vinculativa deve corresponder à controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Nesse prisma, a súmula de eficácia vinculante não pode envolver qualquer controvérsia, mas sim controvérsia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas certas, visando a revelar o entendimento sedimentado sobre determinadas teses jurídicas atinentes à exegese constitucional normativa.

Deve haver também a preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ou seja, é necessário que a questão controvertida já se encontre maturada, debatida, suficientemente decantada, sedimentada na Corte, por meio de reiteradas decisões no STF (Cf. LAMY, 2005, p. 308). Nesse sentido, afasta-se a possibilidade de edição de súmula com fundamento em decisão judicial isolada; ao contrário, garante-se uma jurisprudência que reflita o entendimento dominante da Corte Suprema, como observa o Ministro do STF Gilmar Mendes, eis que a jurisprudência sumulada somente será editada após decisão do Plenário do STF ou de decisões reiteradas das Turmas (Cf. MENDES, 2005, p. 345).

Surge uma indagação: o enunciado vinculante abordará questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais? Além disso, importante exigência é que a controvérsia, além de concreta e atual, acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos so-

bre questão idêntica. Quanto ao último elemento, pode ser facilmente constatado pelo elevado número de processos que abrangem a mesma tese jurídica, mas que oferecem respostas diferenciadas, em clara ofensa ao princípio constitucional da igualdade substancial das partes. Por sua vez, a questão da gravidade da insegurança jurídica, apesar de certa vagueza, é constatada quando os jurisdicionados não conseguem identificar uma conduta clara e uniforme dos órgãos judicantes. Esse requisito é algo muito salutar, pois envolve um valor indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado, como bem ressalta Cândido Dinamarco (Cf. DINAMARCO, 1999, p. 63).

Outro ponto de enorme relevância, que ocasiona dúvidas e divergências, diz respeito às matérias que podem ser sumuladas. Não existe limitação material, de modo que quaisquer normas que suscitem controvérsia sobre sua validade, interpretação ou eficácia poderão ser objeto de deliberação vinculante, desde que, é óbvio, dentro da esfera de competência do STF. Porém, os Ministros do STF deverão atentar ao limite formal dessas matérias, qual seja, a existência de divergência jurisprudencial ou controvérsia atual entre órgãos judiciais e a Administração Pública sobre matéria constitucional objeto de múltiplas demandas sobre questões idênticas. A súmula dirá respeito a discussões reiteradas, por exemplo, em temas de direito administrativo, como reposição salarial de 28,6% e outros direitos dos servidores públicos.

A redação do enunciado da súmula deve ser clara e precisa, a fim de evitar significados dúbios e inúmeras interpretações divergentes de uma mesma súmula. Dessa forma, os Ministros do STF devem prezar por uma redação passível de ser compreendida na sua extensão e profundidade, por todos os jurisdicionados e seus destinatários imediatos (órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública). Caso contrário, haverá a reclamação constitucional com embargos de declaração sobre o sentido e a inter-

pretação da súmula ou, então, à revisão ou cancelamento desta pelo STF.

## 2.2. Revisão e cancelamento

Por sua vez, os procedimentos de revisão e cancelamento também dependem da manifestação de dois terços dos Ministros do STF e podem ocorrer de ofício ou por provocação pelos entes legitimados para a criação, previstos no art. 103 CF, e outros previstos na Lei nº 11.417/06.

Terá lugar a revisão quando for necessária a alteração do próprio conteúdo da súmula, em virtude de alteração no entendimento jurídico sobre o tema, na legislação ou nas circunstâncias fáticas. Por sua vez, o cancelamento implica a revogação do enunciado, com sua retirada do sistema jurídico brasileiro em virtude de alterações legislativas, na interpretação de uma determinada norma constitucional ou, até mesmo, em decorrência de modificações políticas da sociedade. O equilíbrio, porém, deve estar presente nos requisitos de revisão e cancelamento, de modo a dosar adequadamente a relação entre a mobilidade jurisprudencial e a estabilidade desejada. Afinal, assim como se dará na edição da súmula, a solenidade de alteração ou modificação exigirá análise cuidadosa e reiteração de casos.

Atualmente, a técnica de revisão dos atuais preceitos sumulados de força persuasiva está prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), desde a época da criação das súmulas (artigos 102 e 103). O *quorum* exigido é maior do que aquele exigido para aprovação de emendas constitucionais (três quintos), o que demonstra a dificuldade para criação, revisão e cancelamento da súmula de efeitos vinculantes, com o propósito de estabilizar os julgados no tempo. Na atualidade, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmula com efeito vinculante estão disciplinados pela Lei nº 11.417/06, com aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

### 3. Reclamação constitucional

Estabelece o § 3º do artigo 103-A, em consonância com o artigo 102, inciso I, alínea I, da CF/88:

“§ 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

A princípio, houve dúvidas no caso da não aplicação das súmulas pelo Judiciário ou Administração Pública, prejudicando sua exequibilidade; por fim, incluiu-se no § 3º *supra* a possibilidade de que, contra decisão judicial ou administrativa que inobserve tal súmula, seja aforada reclamação constitucional no STF. Trata-se de instituto destinado a tutelar o cumprimento obrigatório do preceito vinculante por parte de juízes e administradores públicos.

Ampliou-se, assim, o uso de reclamação contra atos judiciais contrários às decisões dotadas de efeitos vinculantes nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, alínea I, CF). Contudo, receia-se que a excessiva quantidade de recursos extraordinários seja substituída por outro problema: a multiplicação de reclamações contra a Administração e juízos inferiores perante o STF.

A reclamação pode versar sobre mero erro de interpretação ou sobre o descumprimento do enunciado. Se a julgar procedente, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, além de exigir que a autoridade violadora exerça suas funções de acordo com o entendimento sumulado.

Nada obstante, é oportuno lembrar que o STF terá de cingir-se à apuração de aplicação indevida ou contrária à súmula, sem estender sua cognição a outros aspectos,

estranhos àquele âmbito. A inobservância do preceito vinculativo configura *error in procedendo*, por se tratar de erro de atividade. Nesse caso, a decisão é necessariamente inválida.

De fato, precisam ser distinguidas duas situações diferentes: (i) quando não é cabível realmente a aplicação da súmula e (ii) quando os juízos de instâncias menores estão diante de uma situação fática substancial igual àquela prevista na súmula, hipótese em que não lhes será permitido distanciar-se do precedente vinculativo. Isso porque a obrigatoriedade do precedente exige identidade de situação fática substancial entre o caso anterior e o caso analisado. Nesse sentido, havendo descumprimento da súmula, cabe o ajuizamento da reclamação. O correto, nessas circunstâncias, é que o magistrado siga o enunciado sumulado. Pode até discordar e ressaltar seu ponto de vista contrário, mas deve seguir a tese jurídica consagrada, com a menção desta e a devida fundamentação, ainda que breve, para atender a exigência constitucional de motivação das decisões (artigo 93, inciso IX, da CF/88).

Nesse prisma, pode-se concluir que o ajuizamento da reclamação pode conviver com a interposição do recurso cabível segundo a lei processual contra a decisão reclamada, o que faz sentido, em face da diversidade de objeto de cada meio, consoante dispõe o artigo 7º, *caput*, da Lei nº 11.417/06. Por outro lado, tratando-se de ato administrativo contrário à súmula vinculante, o STF irá anulá-lo.

Além disso, não deverá haver uma fase instrutória, sendo que, à semelhança do mandado de segurança, só poderá ser admitida a prova documental pré-constituída, juntada já na petição inicial, em que o “réu” terá dez dias para se defender e o Ministério Público poderá ter vista dos autos; dessa maneira, como uma *ação*, ou a decisão final prolatada pelo Pretório Excelso poderá ser impugnada por agravo regimental e embargos de declaração. Ademais, ficará acoberto-

tada pelos efeitos da coisa julgada e será rescindível, desde que se configure alguma das hipóteses encartáveis no artigo 485 do CPC (Cf. WAMBIER, 2005, p. 387).

### *Considerações finais*

As súmulas com efeito vinculante podem apresentar problemas político-jurídicos, mas salta aos olhos os benefícios que o instituto cria, superando de longe os malefícios, ao propiciar maior segurança jurídica, economia processual e ao evitar resposta judiciária incerta, confusa e diversa para idênticos casos, sujeita, ainda, a recursos e mais prejuízos do tempo inimigo. Em conseqüência, as formas de uso perverso do Judiciário, que fomentam a “mora judicialmente legalizada” e a deslealdade processual caracterizada no uso procrastinatório de recursos com vistas a postergar o cumprimento das obrigações, serão eventualmente afastadas, além de se conferirem aos juízes melhores condições de dedicar-se a casos mais sérios e inovadores, com maior proficiência e celeridade.

De outro lado, temos nossas próprias limitações políticas, em virtude de que o “maior cliente do Judiciário” é o próprio Estado (Administração Pública), que insiste em congestionar os serviços forenses mediante a apresentação de teses repetitivas, mesmo muito tempo depois de estarem pacificadas ou mesmo uniformizadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Pois, toda ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar um clima de confiança da sociedade quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever conseqüências do descumprimento próprio ou alheio, que chamamos de sentimento jurídico.

Esse sentimento está relacionado ao valor da segurança jurídica, indispensável na projeção da vida social para que tenha uma expectativa de que seja assegurado um rol de direitos e garantias constitucionais, que será expresso na sentença judicial. Ora, se

para o mesmo pedido, o mesmo réu, a resposta for divergente de julgados, estamos diante de um elemento extremamente comprometedor dessa segurança e desagregador da harmonia social. Na abalizada opinião de Cândido Rangel Dinamarco sobre o fato, a exemplo da força vinculante dos *holdings* (máximas contidas nos julgamentos da *common law*), a adoção pelo direito pátrio da súmula de efeitos vinculantes tem a quádrupla vantagem de propiciar *igualdade-segurança-economia-respeitabilidade*. Afinal, não é mais possível conviver com um sistema que permite decisões desiguais para casos absolutamente iguais, devendo, pois, afastarem-se as mazelas de teses repetitivas e jurisprudência lotérica (Cf. DINAMARCO, 1999, p. 55).

Há dois anos da promulgação da EC nº 45/04, nada mudou quanto à exequibilidade das súmulas, pois ainda o STF não se pronunciou para afirmar quais das atuais súmulas terão caráter vinculante ou para aprovar novos enunciados com vinculação uniformizadora. Trata-se de questão que demanda rápida providência, pois dificulta a exequibilidade do instituto e compromete a própria Reforma do Judiciário. Todavia, cumpre reconhecer que a sanção e publicação da lei regulamentadora (Lei nº 11.417/06) já configura inegável avanço.

Sob outro aspecto, mister se faz uma mudança na própria magistratura, no sentido de haver juízes mais conscientes da importância de seu papel na tutela jurisdicional e prudência para verificar a aplicabilidade ou não da súmula ao caso sob exame, nunca se abstendo de motivar satisfatoriamente suas decisões.

Com relação aos Ministros do STF, o correto seria a sua indicação para o tribunal por critérios mais jurídicos do que políticos. Afinal, eles exercem papel de extrema relevância, ainda mais agora, com a possibilidade de aprovarem enunciados de caráter *erga omnes* e eficácia vinculante. Nesse cenário, os Ministros dessa alta Corte devem proceder a muitos debates e estudos sobre

as matérias em que cabe sumulação e o modo de redação das súmulas. Já foi visto em itens anteriores que – apesar de divergências – é mais prudente sumular somente determinadas matérias, em ocasiões específicas (questões jurídicas e fatos idênticos), e o enunciado da súmula vinculante demanda boa redação.

Por fim, outra questão relevante é que as súmulas devem ser dirigidas a resolver questões de direito que geram grave insegurança e incerteza jurídicas. Não podem, pois, ser editadas para atender “interesses” de pequenos grupos do próprio Judiciário ou mesmo políticos. Além disso, devem limitar-se a extrair o conteúdo interpretativo do texto da lei, sem inovar a produção legislativa, sob pena de ocorrer realmente violação das funções de poder.

### Nota

\*A lei 11.417/06 que regulamenta o artigo 103-A, CF, com vistas a disciplinar a edição, revisão e o cancelamento de súmulas com efeito vinculante do STF, prevê como legitimados para tanto: I) Presidente da República; II) Mesa do Senado Federal; III) Mesa da Câmara dos Deputados; IV) Procurador-Geral da República; V) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI) Defensor Público-Geral da União; VII) partido político com representação no Congresso Nacional; VIII) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X) Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI) Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares. Outra regra nova e curiosa atribui legitimidade ao Município para propor, incidentalmente, no curso de processo em que faça parte, a edição, revisão e cancelamento de tais enunciados. Ademais, o § 2º do artigo 3º autoriza o relator a admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, vislumbrando-se a figura do *amicus curiae*. Além disso, no artigo 4º, possui disposição semelhante às leis que disciplinam a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois dispõe que, por razões de segu-

rança jurídica ou excepcional interesse público, o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que a súmula só tenha eficácia a partir de certa data. O artigo 5º contém regra interessante, em consonância com a preocupação de resguardar a separação dos poderes e de evitar a existência de *súmulas perpétuas*: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”. Ademais, mister ressaltar que, diferentemente do projeto de lei, a Lei nº 11.417, mais concisa e objetiva, não traz regras morfológicas e sintáticas minuciosas sobre o enunciado da súmula vinculante. Enfim, na parte final da lei constam regras específicas acerca do procedimento da reclamação, registrando que o ajuizamento desta não exclui a interposição de outros meios de impugnação (artigo 7º). Quanto à reclamação ajuizada para impugnar ato administrativo, exige, como condição de admissibilidade, o esgotamento da instância administrativa (§ 1º do artigo 7º). Outrossim, os artigos 8º e 9º prevêem o acréscimo de um parágrafo e de dois artigos à Lei nº 9.784/99, destinados à aplicação da súmula vinculante no âmbito do processo administrativo. Em síntese, essas são as principais regras constantes da lei regulamentadora da súmula vinculante, que, ainda, obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

### Referências

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, n. 347, set. 1999.
- JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 101, v. 380, jul./ago. 2005.
- LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm;

BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns reflexos da emenda constitucional n° 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano VI, n. 35, maio/jun. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004". In: \_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



# A sentença normativa na jurisdição constitucional

Angela Cristina Pelicioli

## Sumário

1. Introdução. 2. As funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal. 2.1. A função de controle de constitucionalidade. 2.1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade. 2.2. A função interpretativa com efeito vinculante. 2.2.1. Considerações históricas. 2.2.2. O conceito de efeito vinculante. 2.2.3. Súmula vinculante. 2.3. A função normativa. 3. A sentença normativa na jurisdição constitucional. 4. Considerações finais.

## 1. Introdução

Nos Estados Democráticos de Direito, a Constituição encontra-se acima de qualquer lei e os Tribunais Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, têm o dever de defendê-la, transformando-se em um poder independente, desvinculado de todos os demais Poderes e, como tal, garantidor de sua concretização.

Nos Estados Democráticos de Direito, a pessoa humana e sua intrínseca dignidade são a razão de ser da vida política. Assim, não apenas os direitos fundamentais de defesa, mas também os direitos fundamentais de prestação devem ser concretizados, pois os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, são o conteúdo essencial da Constituição.

Nada justifica a não efetividade dos direitos fundamentais e a violação sistemática dos valores e princípios constitucionais por parte dos titulares dos poderes políti-

Angela Cristina Pelicioli é Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Clássica de Lisboa, Subcorregedora de Autarquias e Fundações Públicas da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, Procuradora do Estado de Santa Catarina.

cos. No entanto, são os próprios Poderes Executivo e Legislativo, representantes da maioria, aqueles que mais violam e deixam de implementar os direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, entre elas: a falta de competência do administrador público, a falta de organização de receitas e despesas, a falta de prioridade nos planos de governo e, conseqüentemente, a falta de orçamento do ente público. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: não legislar infra-constitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, ao Poder Judiciário passou a ser reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo.

A sentença normativa, fenômeno recente na jurisdição constitucional, demonstra o aspecto mais sedutor e, certamente, o mais problemático do fenômeno da falta de efetividade constitucional dos direitos fundamentais, que é justamente o encontro entre os Poderes Legislativo e Judiciário e suas funções: “o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” (CAPPELLETTI, 1992, p. 26).

## *2. As funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal*

O Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, deve zelar para que a Constituição de 1988 seja concretizada em seu objetivo principal de implementação dos direitos fundamentais, pois estes estão a todo momento à mercê da “tirania da maioria” (REBUFFA, 1993, p. 37). Deve assegurar também a observância do “sistema no qual a Constituição seja dificilmente modificada e a divisão dos poderes não comporte recíproca impermeabilidade dos atos de quaisquer poderes por parte dos outros”

(REBUFFA, 1993, p. 37). Como já sabido, a ordem constitucional não é garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pelo seu conflito, razão por que a própria Constituição garante o controle jurisdicional das leis e atos normativos dos poderes políticos. O Supremo Tribunal Federal se torna, então, de certa forma, o centro de convergência dos Poderes Executivo e Legislativo, atuando, em última instância, como efetivo defensor dos direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, para efetivar sua função de guardião da Constituição, exerce, além da função jurisdicional, comum a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de interpretação com efeito vinculante e a função normativa.

Não se diga que os Poderes estão vinculados materialmente a uma única atribuição na sociedade moderna, de modo que a cada órgão corresponda uma função, ou seja, para os órgãos do Poder Executivo, a função executiva; para os órgãos do Poder Legislativo, a função legislativa; para os órgãos do Poder Judiciário, a função judiciária (Cf. ARISTÓTELES, 1991, p. 93). Na atualidade, as funções estatais foram significativamente redimensionadas e redistribuídas (Cf. QUEIROZ, 1990, p. 99).

A Constituição nos Estados Democráticos de Direito, quando sustenta expressamente a separação dos poderes, o faz em uma perspectiva apenas aparente. Um exemplo dessa aparência é a função legislativa que “é distribuída entre vários órgãos, mas somente a um deles é dado o nome de órgão ‘legislativo’. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida.” (KELSEN, 1992, p. 266).

Desse modo, para que o Supremo Tribunal Federal cumpra com seu papel de Tribunal Constitucional, que consiste em ser o centro de convergência dos poderes políticos, agindo como efetivo defensor dos direi-

tos fundamentais, é necessária a prática de mais de uma função pela jurisdição constitucional; e assim deve ser, a despeito da persistente incompreensão, em muitos setores, acerca do real sentido do princípio da separação dos poderes na atualidade.

### *2.1. A função de controle de constitucionalidade*

O controle de constitucionalidade<sup>1</sup> é “um meio institucionalizado, um sistema, um aparelho orgânico ou um processo criado a título mais ou menos específico para tal fim” (MIRANDA, 2005, p. 51). Esse controle é um mecanismo, previsto na própria Constituição, que, mediante uma ação política ou jurisdicional, garante a primazia da mesma.

A natureza do controle de constitucionalidade, em certo sentido, é política, porque esse controle, como ensina Jorge Miranda (2005, p. 50), “recai sobre atos ou sobre omissões, sobre comportamentos certos e individualizados ou individualizáveis” de autoridades políticas. O controle de constitucionalidade é efetivado por meio de outro órgão, que não seja o autor da lei, como é o caso do Conselho Constitucional da França (ZAGREBELSKY, 1977, p. 19)<sup>2</sup>, ou, ainda, mediante órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade também possui natureza jurídica, já que, para sua existência, devem concorrer os seguintes pressupostos: a) a Constituição rígida, ou seja, a superlei, que possui um procedimento especial de votação e de reforma; b) o órgão de controle independente, que não pode ser o Parlamento, pois foi este órgão que emitiu a lei e, em razão disso, “é o menos apropriado para converter-se em defensor da Constituição. Não se pode esperar da Assembleia, ou da maioria de seus membros, que se corrija a si mesma” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 317); c) a definitividade e a irreversibilidade das decisões do controle de constitucionalidade, além da vinculatividade em relação a todos os governantes e governados; d) um pressuposto ponderável diz respeito à legiti-

mação ativa do controle de constitucionalidade, que a doutrina entende deva ser reconhecida a todos os cidadãos, para ser mais democrática. No entanto, em vários países, inclusive no Brasil, Peru<sup>3</sup> e Colômbia, restringe-se a legitimação ativa a determinadas autoridades públicas; e, por fim, e) a submissão ao controle de constitucionalidade de toda a atividade estatal, que consiste em englobar qualquer resolução, ato ou omissão da autoridade pública (SAGÜES, 1989, p. 21).

#### *2.1.1. Os sistemas de controle de constitucionalidade*

Existem organizados, nos Estados Democráticos de Direito, dois sistemas de controle: o controle político e o controle jurisdicional. O controle jurisdicional, por sua vez, subdivide-se em dois: o sistema de controle difuso (modelo americano) e o sistema de controle concentrado (modelo europeu).

##### *2.1.1.1. O controle político de constitucionalidade*

Em determinados países, existe um controle de constitucionalidade que é essencialmente político, realizado por um órgão não integrante do Poder Judiciário.

As características do controle político de constitucionalidade são (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 59):

- a) o órgão encarregado desse controle tem uma composição política, resultante da eleição parlamentar, e seus membros não necessitam de qualificação técnico-jurídica;
- b) o controle é preventivo, uma vez que se concretiza antes da entrada em vigor da lei;
- c) o efeito da decisão do órgão, que exerce esse controle, não é vinculante, possui efeito consultivo.

O exemplo, mais freqüentemente citado, do sistema de controle político de constitucionalidade é o da França, com o Conselho Constitucional, que possui várias funções, entre elas, a de controle de constitucionalidade das leis.

### 2.1.1.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade

O controle jurisdicional de constitucionalidade far-se-á por aspecto “subjetivo ou orgânico” (CAPPELLETTI, 1992, p. 66), ou seja, por meio dos órgãos que realizam efetivamente esse controle. Para tanto, distinguem-se dois sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso (modelo norte-americano) e o concentrado (modelo europeu).

#### 2.1.1.2.1. O controle difuso de constitucionalidade: via incidental

O controle difuso de constitucionalidade é aquele em que todos os juízes, exercendo, incidentalmente, esse controle, têm a obrigação de aplicar a Constituição preferencialmente às leis (FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 1036). É preciso esclarecer que o juiz constitucional não declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mas deixa de aplicar a lei e/ou o ato normativo quando os considerar inconstitucionais.

As características do controle difuso são (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 60):

- a) todos os órgãos jurisdicionais inferiores, superiores, estaduais e federais podem e devem pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos perante eles invocada;
- b) deve ser alegada de forma incidental e não direta;
- c) a legitimação para argüir inconstitucional uma lei ou ato normativo é das partes em conflito, que pretendem a desaplicação da suposta norma inconstitucional, e dos juízes, que poderão alegá-la *ex officio*<sup>4</sup>;
- d) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão limitados ao caso concreto, uma vez que a lei ou o ato normativo será considerado nulo somente entre as partes.

#### 2.1.1.2.2. O controle concentrado: via direta

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade se caracteriza por ser um processo principal de inconstitucionalidade, ou processo por via de ação, que “tem por objeto uma pretensão dirigida à declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas jurídicas. É um processo de controle de normas, destinado, de forma abstrata, a verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 873). Além dessa característica, citem-se as seguintes:

- a) o procedimento para o requerimento do controle de constitucionalidade se dá por ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade;
- b) a legitimação é concedida a determinados órgãos e pessoas com certas restrições e obedecendo a certas limitações;
- c) os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, contrariamente ao controle difuso, são gerais ou *erga omnes*, determinando a invalidade de uma lei ou ato normativo.

#### 2.2. A função interpretativa com efeito vinculante

Se a função de interpretação das leis e atos normativos é comum a todas as jurisdições, a função de interpretação com efeito vinculante é restrita à jurisdição constitucional.

##### 2.2.1. Considerações históricas

No Brasil, a primeira previsão de efeito vinculante na função interpretativa consta do art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a chamada representação interpretativa (art. 119, I, “I”, da Constituição de 1967, introduzido pela Emenda n. 7, de 13/04/77).<sup>5</sup>

Já sob a égide da Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/93, foi criado o efeito vinculante nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, acrescentando-se o § 2º ao art. 102, da Constituição.<sup>6</sup>

A partir da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 28, parágrafo úni-

co<sup>7</sup>, o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal foi estendido para além da ação declaratória de constitucionalidade, alcançando a ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, constitucionalizou a matéria, concedendo o efeito vinculante às ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”<sup>8</sup>

Igualmente, a Emenda Constitucional n. 45/04 acresceu o art. 103-A à Constituição de 1988, instituindo a súmula vinculante, com “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”<sup>9</sup>. A Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando o art. 103-A da Constituição de 1988, acresceu os arts. 56, § 3º, 64-A e 64-B à Lei n. 9.784, de 29 de maio de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

### 2.2.2. O conceito de efeito vinculante

Preliminarmente, importa distinguir a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante nas decisões em sede de controle concentrado abstrato. A respeito, o voto de Gilmar Mendes, quanto à eficácia *erga omnes*, esclarece que:

“[...] os processos ‘sem partes formais’ somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos. Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos. Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em

representação de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2004b).

Sobre o efeito vinculante, o voto de Gilmar Mendes (BRASIL, 2004b) elucida:

“[...] o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal [...] Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.”

Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão, enquanto o efeito vinculante prende-se aos limites objetivos da decisão, isto é, qual parte da decisão deverá ser respeitada pelo poder público.

No que diz respeito ao efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo no sentido de empregá-lo de acordo com o instituto desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões daquela Corte Constitucional, estendendo a obrigatoriedade não só à parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão (MARTINS; MENDES, 2001, p. 339). A reclamação n. 1.987-0 (BRASIL, 2004a)<sup>10</sup> é exemplo, entre tantos (BRASIL, 2002a; BRASIL, 2002b; BRASIL, 2004b; BRASIL, 2005a), de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece o efeito vinculante, com transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 1662-7<sup>11</sup>, “uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades administrativas, contex-

to que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional” (BRASIL, 2004a).

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-0, também o fez mediante o reconhecimento de que o efeito vinculante alberga os motivos determinantes dos precedentes da Corte:

“[...] em substância, deu exegese ao artigo 100 da Constituição, assentando que somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o seqüestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista. A decisão impugnada, ao reverso, vislumbrando a possibilidade de saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito, deferiu a ordem. Independente de inexistir invocação ao ato normativo invalidado pelo STF, o fato incontestável é que a determinação de seqüestro desobedece ao *conteúdo essencial* do julgado desta Corte. [...] A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2002b), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segundo a qual a *‘eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros’*, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”<sup>12</sup> (BRASIL, 2004a).

Assim, no ordenamento jurídico nacional, é admitido o fenômeno da “transcendência dos motivos determinantes que em-

basaram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”, em processo de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo que o efeito vinculante refere-se também à própria razão de decidir. Em outras palavras, “a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos fundamentos do julgado que o Supremo Tribunal proferir em sede de controle abstrato.”<sup>13</sup>

Prevalendo no Supremo Tribunal Federal a orientação no sentido de reconhecer que o efeito vinculante também alcança as razões de decidir, não se pode deixar de constatar que, reflexamente, o Supremo Tribunal Federal estará agindo como legislador positivo, pois, em toda decisão que reconhecer a vinculatividade dos motivos determinantes, estar-se-á, como preliminar, proferindo uma sentença normativa. E por que é assim? Pela simples razão de que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria, com caráter geral e abstrato, o texto normativo do art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/99, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, além de recriar, com as mesmas características, o texto normativo do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99, reguladora do procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>14</sup>

Tais dispositivos determinam que o Supremo Tribunal Federal, dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 28, da Lei n. 9.868/99 – e a partir do trânsito em julgado da decisão – no caso do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99 –, fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União “a parte dispositiva do acórdão”. O que significa dizer que, para o Poder Legislativo ordinário, segundo se infere das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, somente a parte dispositiva das decisões no controle concentrado abstrato vinculava o poder político, não sua razão de decidir, já que apenas àquela era dada publicidade.

À parte as divergências doutrinárias, cumpre reconhecer que o fenômeno da transcendência reflete uma preocupação jurisprudencial com a *força normativa da Constituição*, cuja preservação não prescinde do reconhecimento de que a eficácia vinculante estende-se também aos fundamentos determinantes da decisão proferida pela Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade (BRASIL, 2005c).

Deve-se ressaltar, por outro lado, que tanto a eficácia *erga omnes* quanto o efeito vinculante, em sede de controle abstrato, configuram-se, simultaneamente, apenas em relação ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal não se sujeita ao efeito vinculante, podendo rever suas decisões, se assim entender necessário. Igualmente o Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que poderá editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão (BRASIL, 2005b).

Além de nas decisões proferidas em sede de controle abstrato, vislumbra-se, como possibilidade futura, o aprofundamento das implicações da função de interpretação com eficácia vinculante na edição de súmulas vinculantes.

### 2.2.3. Súmula vinculante

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acresceu-se o art. 103-A à Constituição de 1988, criando a súmula vinculante, *in verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

O art. 1º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, determina que o alcance subjetivo da súmula ressalva o próprio Supremo Tribunal Federal – resguardando a evolução da jurisprudência – e o Poder Legislativo.

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”<sup>15</sup>

A súmula vinculante é a síntese de decisões reiteradas sobre um determinado caso, tendo por fim a uniformização da interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria constitucional.

A súmula vinculante de matéria constitucional:

“[...] representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela (a Súmula) se refere. Dito de outro modo, vai ser norma constitucional (ou vai ser o sentido da norma) aquilo que a Súmula determinar que seja. O *entendimento sumulado* é, assim, uma *Constituição imanente*, ou seja, é o sentido das normas constitucionais. [...] Desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, mas sua particular interpretação, fruto da (re)definição do intérprete, até porque o texto normativo – como diz Müller – não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de

concretização do direito” (STRECK, 1998, p. 241).

Com a súmula vinculante, o que há é a realização da função interpretativa, ainda que com efeito vinculante, pois o Supremo Tribunal Federal, para sua edição, nada mais faz do que uniformizar sua jurisprudência.

Portanto, diferentemente da função normativa em que a atuação do juiz constitucional é de legislador positivo, criando norma não existente no ordenamento jurídico, a súmula vinculante é função interpretativa com eficácia vinculante, em que o juiz constitucional aplica norma já existente, apenas padronizando seu sentido. Não é porque há efeito vinculante na súmula que ela corresponde ao exercício de função normativa. Para que exista a função normativa, na jurisdição constitucional, deve haver a criação de norma geral e abstrata, não pelo legislador ordinário, mas sim pelo juiz constitucional.

### 2.3. A função normativa

De modo geral, pode-se dizer que, “quando uma lei é interpretada, o verdadeiro legislador não é aquele que, originalmente, fez a lei; o verdadeiro legislador é o intérprete” (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005, p. 61).

Não obstante as potencialidades da função interpretativa, a função normativa é um avanço funcional em relação a ela. Daí a razão pela qual esta, não aquela, é considerada a mais nova função da jurisdição constitucional. E é nova em termos de jurisdição constitucional, porquanto, desde os editos dos magistrados judiciais romanos, a função normativa não é estranha à atividade jurisdicional.

No Brasil, os precedentes da função normativa exercida pelos tribunais datam desde o final do século XIX, por meio de seus regimentos internos e, posteriormente, por meio das instruções e resoluções dos tribunais eleitorais e, ainda, pela via da sentença normativa da jurisdição do trabalho.

É na função normativa do Supremo Tribunal Federal que se verifica o fenômeno da

sentença normativa, que surge através da possibilidade da integração judicial do ordenamento consistente na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade. A função normativa do Supremo Tribunal Federal evoca manifestação paradoxal: a uma, no sentido de que as intervenções do Tribunal Constitucional se concretizam em razão de sua força jurídico-política; e a duas, porque devem existir limites estreitos e certos entre os Poderes, sendo que o Poder Judiciário não é legitimado para, ao mesmo tempo, legislar e executar a lei. No entanto, é meramente aparente o paradoxo com que se ocupam as sentenças da Corte Suprema, pois o juiz deve não só aplicar a justiça dos códigos e processos, mas deve estar inserido em uma cultura de princípios de liberdade e de justiça e esses princípios, uma vez que entrem em contato com os casos da vida, devem orientar a aplicação da lei, e a atividade das partes e dos juizes, de modo que a missão do Poder Judiciário não seja apenas de “boca da lei”, mas de garante da supremacia dos valores e princípios constitucionais (ZAGREBELSKY, 2003).

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Essa legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais, isso porque a Constituição, no Estado Democrático de Direito, possui não só forma, mas conteúdo. Não é processo sem produto, não é atividade sem forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida (Cf. HELLER, 1942, p. 268). Como os direitos fundamentais representam a vida do indivíduo na Constituição, os poderes políticos não podem deles dispor a seu bel prazer, por conveniência política ou como mercadoria nas prateleiras de um supermercado.

O Supremo Tribunal Federal, assinalado pela Constituição de 1988 como defensor e garantidor da efetividade dos direitos

fundamentais, coroa sua legitimidade democrática, não em decorrência da democracia política, vinculada aos Poderes Executivo e Legislativo e à vontade das maiorias, em que sua representatividade está no seu caráter de escolha por meio de eleições, mas sim por meio da democracia substancial vinculada à intangibilidade dos direitos fundamentais.

Igualmente, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo surge da existência de um segundo poder constituinte originário.

As decisões da Corte Suprema, como segundo poder constituinte originário, atualizam e rejuvenescem a Constituição, observando as modificações da realidade social (BONAVIDES, 2006, p. 186). Sem esse segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível perceber quando se constatam as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.

### *3. A sentença normativa na jurisdição constitucional*

Amparada, portanto, na legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, surge a sentença normativa na jurisdição constitucional.

Essa sentença normativa possui o “efeito de ‘fazer dizer’ a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e freqüentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era seu significado original” (CRISAFULLI, 1985, p. 239), ou melhor, àquilo que era seu texto original. O juiz da Corte Constitucional, ao proferir sentença normativa, cria norma geral e abstrata a partir de um texto pré-existente, construindo “uma entidade normativa qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração àquele texto” (SILVESTRI, 1985, p. 757). Em suma, sentença normativa é o termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam nor-

ma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.

A sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal quando se trata da edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter seu texto, evitando um vazio normativo: a) manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo pré-existente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, ou a partir de momento que definir, para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito; b) interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo; e c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior. Além desses casos, pode ser verificada a sentença normativa na jurisdição constitucional: a) na declaração de inconstitucionalidade por omissão relativa, quando houver infringência ao princípio da igualdade, quando “o legislador, ao realizar a norma para obedecer o mandato constitucional, favorece certos grupos e esquece de outros ou acerta vantagens a uns que não são dispensadas a outros” (BAZÁN, 2006, p. 479); e b) no mandato de injunção coletivo.

Os requisitos da sentença normativa são: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos os critérios estabelecidos pelas Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999; e b) a observância da realidade história e do resultado possível. A reserva do possível não pode ser uma

objeção ao Supremo Tribunal Federal para proferir sentenças normativas, que possam gerar despesas públicas; se as sentenças normativas são o resultado de uma imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever (ZAGREBELSKY, 1993, p. 111). No entanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercandose de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Esses cuidados dar-se-iam com a análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, esses dois últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública (art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99).

#### 4. Considerações finais

O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal se fundamenta formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois a quem se atribui a função de guardião da Constituição devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está autorizado, em princípio, a proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.

Exemplo contundente é a sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na Adin n. 3.854-1 (BRASIL, 2007), por meio de inter-

pretação conforme à Constituição, mediante redução teleológica, tendo sido excluída a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, previsto no art. 37, inc. XI e § 12, da Constituição de 1988, o primeiro dispositivo inserido pela Emenda Constitucional n. 41 de 19 de dezembro de 2003 e o segundo, introduzido pela Emenda Constitucional n. 47 de 5 de julho de 2005.

Nessa sentença normativa, o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento do caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, especialmente no que toca à estrutura nacional da remuneração dos magistrados, prevista no inciso V do art. 93 da Constituição de 1988, não se limitou a encontrar e explicitar uma norma já existente no ordenamento, mas utilizou-se do material normativo do inc. XI do art. 37 para construir uma norma qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração à existente, qual seja, “a prevalência como teto máximo da remuneração da magistratura dos subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal”. A sentença, nesse caso, transforma-se de ato substancialmente jurisdicional em ato substancialmente normativo, com caráter geral e abstrato. Verifica-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, nesse caso específico, utilizou-se da legitimidade democrática da sentença normativa não com o objetivo de concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição, mas para assegurar interesses corporativos.

Fato inconteste é que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo, por meio da sentença normativa, mas oculta esse fato quando confrontado a respeito.<sup>16</sup>

A sociedade, por sua vez, precisa saber que a Corte Suprema assim atua, até para que se justifique racionalmente esse procedimento e se possam distinguir as possibilidades e os limites dessa atuação. É preciso ter em mente que os juízes “não são os senhores do direito no mesmo sentido que não o era o legislador do século XIX. São mais exatamente os garantes da comple-

vidade estrutural do direito no Estado Democrático de Direito, isto é, os garantes da necessária e serena coexistência entre lei, direitos e justiça” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 213).

### Notas

<sup>1</sup> O controle de constitucionalidade pode ser chamado também de fiscalização de constitucionalidade e está previsto na Parte IV, Título I, da Constituição portuguesa (arts. 277 a 283).

<sup>2</sup> O Conselho Constitucional francês, previsto na Constituição francesa de 1958, é órgão que desenvolve uma espécie de controle externo quanto ao órgão competente, mas interno ao procedimento legislativo. É anterior à entrada em vigor da lei. Tem como objetivo indicar ao parlamento os casos nos quais a lei possui conteúdo incompatível com a Constituição.

<sup>3</sup> Neste país, a legitimação ativa para a ação popular condiciona-se à presença de cinco mil assinaturas de cidadãos comprovadas pelo Jurado Nacional de Eleições.

<sup>4</sup> “[...] 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. [...]” (BRASIL, 2004c).

<sup>5</sup> Emenda Constitucional n. 7/77 – “Art. 119 – l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

<sup>6</sup> Emenda Constitucional n. 3/93 – “Art. 102 – [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

<sup>7</sup> Lei n. 9.868/99 – “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à 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>8</sup> Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 – “Art. 102 – § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

<sup>9</sup> Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 – “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>10</sup> “Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI n. 1662-SP. Sequestro de verbas públicas. Precatório. Vencimento do prazo para pagamento. Emenda Constitucional 30/00. Parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal.[...] Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação”.

<sup>11</sup> Esclarecendo o caso: A ação direta de inconstitucionalidade n. 1662-7 foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, em 1997, tendo por objeto a Instrução Normativa n. 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuida da uniformização dos “procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações”. Neste ato normativo impugnado, houve a equiparação à hipótese de preterição do direito de precedência, prevista, no art. 100, § 2º, da Constituição de 1988, a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente público devedor e a de pagamento inidôneo (a menor ou realizado fora do prazo), de modo a permitir, nesses casos, o sequestro de verbas públicas para a quitação de dívidas judiciais trabalhistas. Contra essa autorização se insurgiu o autor da ação direta de inconstitucionalidade. No julgamento cautelar da ADI n. 1662, o Supremo Tribunal Federal determinou que “o constituinte de 1987-1988 não foi pródigo na autorização de sequestros, ao prever a sua efetivação exclusivamente para o caso de

preterimento do direito de precedência". Além do que suspendeu os efeitos dos itens III e XII da IN 11/97, sob o argumento de que "tanto a não-inclusão no orçamento da verba necessária ao pagamento dos precatórios como o seu pagamento a menor, por não estar atualizado ou porque feito fora do prazo, constituem-se em evidente descumprimento de ordem judicial, sujeitando o Estado infrator à intervenção federal, como expressamente prevê o inciso VI, do art. 34, da Constituição". Constatou também da ementa do julgado que "a equiparação promovida pela norma impugnada à hipótese de quebra da ordem cronológica 'cria, na verdade, nova modalidade de seqüestro, além da única prevista na Constituição (parte final do § 2º, do art. 100)'. Adotou-se, portanto, a exegese de que, tratando-se de débitos trabalhistas, de evidente natureza alimentar, somente se admite o saque forçado de verbas públicas na hipótese de comprovada preterição do direito de precedência." (Voto do Min. Maurício Corrêa. BRASIL, 2004a).

<sup>12</sup> Voto do Min. Maurício Corrêa (BRASIL, 2004a).

<sup>13</sup> "Fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade constitucional da legislação do Estado do Piauí que definiu, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, o significado de obrigação de pequeno valor. Decisão judicial, de que ora se reclama, que entendeu inconstitucional legislação, de idêntico conteúdo, editada pelo Estado de Sergipe. Alegado desrespeito ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Adi 2.868 (Piauí). Exame da questão relativa ao efeito transcendente dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, 'in abstracto', de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. Admissibilidade da reclamação. Medida cautelar deferida". (BRASIL, 2005c).

<sup>14</sup> Além da recriação dos dispositivos, suso mencionados, também se entende que a decisão que estende o efeito vinculante aos motivos determinantes recria o art. 469, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;"

<sup>15</sup> Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 - Art. 1º.

<sup>16</sup> Exemplo disso, entre tantos, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.459-6, do Rio Grande do Sul, de 24/08/2005, em que foi decidido que: "Uma vez surgindo, como consequência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao Crivo da Casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica" (BRASIL, 2006).

## Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1991.

BAZÁN, Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. In: ANUÁRIO de derecho constitucional latinoamericano. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. 1 t.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Reclamação n. 1169-PR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Curitiba, 6 mar. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 maio 2002a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 1987-DF. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 1 out. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 maio 2004a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2126-SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. São Paulo, 6 mar. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 maio 2002b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2256-RN. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Natal, 11 set. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 2004b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2363-PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Belém, 23 out. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 abr. 2005a.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2617- MG. Relator: Cezar Peluso. Belo Horizonte, 23 fev. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 maio 2005b.

\_\_\_\_\_. Reclamação n. 2986-SE. Relator: Ministro Celso de Mello. Acaraju, 11 mar. 2005. *Informativo do STF*, Brasília, n. 379, 2005c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3854-DF. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 28 fev. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3459-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Porto Alegre, 24 ago. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 abr. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário n. 219.934/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. São Paulo, 13 out. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 nov. 2004c.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado*. Tradução de

- Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.
- CRISAFULLI, Vezio. Giustizia costituzionale e potere legislativo. In: STATO, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionale. Milano: Giuffrè, 1985.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Tradução de Carlos Souza. 27. ed. São Paulo: Manole, 2005.
- HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. 6 t.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- REBUFFA, Giorgio. *La funzione giudiziaria*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- SAGÜES, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. 1 t.
- SANTIVÁÑEZ, José A. Rivera. Supremacia constitucional y sistemas de control de constitucionalidad. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda. (Org.). *Derecho procesal constitucional*. 2. ed. Lima: Jurista Editores, 2004. 1 t.
- SCHIMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. In: SCRITTI su la giustizia costituzionale in onore di vezio crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.
- \_\_\_\_\_. Il giudice per diritto ad per rovescio. *La Stampa*, Lunedì, 26 mar. 2003. Disponível: <<http://www.lastampa.it/redazione>>. Acesso em: 2007
- \_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- \_\_\_\_\_. Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali. In: CORTE costituzionale: le sentenze della corte costituzionale e L'art. 81, U.C., della costituzione. atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991. Milano: Giuffrè, 1993.



# Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante

(EC nº 45/2004 e Lei nº 11.417, de 19.12.2006)

Fábio Martins de Andrade

## Sumário

1. Introdução. 2. A súmula vinculante na Reforma Constitucional do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004). 2.1. A inclusão do dispositivo constitucional. 2.2. Notas sobre a legitimidade ativa. 2.3. Crítica ao dever legal de recorrer. 2.4. Norma transitória – as súmulas existentes. 2.5. O cancelamento de súmula com efeito vinculante. 3. A súmula vinculante na Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário (Lei nº 11.417/2006). 3.1. Necessidade? 3.2. Objeto da lei. 3.3. Competência e abrangência. 3.4. Objeto da súmula vinculante. 3.5. Manifestação do Procurador-Geral da República. 3.6. *Quorum* qualificado. 3.7. Publicação. 3.8. Legitimidade ativa – direta ou incidental. 3.9. Proposta por Município no curso de processo em que seja parte. 3.10. Manifestação de terceiros. 3.11. Eficácia e efeitos da súmula vinculante. 3.12. Revisão ou cancelamento de súmula fundada em lei modificada ou revogada. 3.13. Reclamação. 3.14. Modificações no processo administrativo. 3.15. Aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 3.16. Vigência. 3.17. Perspectiva próxima das primeiras edições de enunciados de súmulas vinculantes. 3.18. Demais dispositivos previstos no Projeto de Lei nº 6.636/2006. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Conclusão. Anexo.

Fábio Martins de Andrade é Graduado pela PUC-Rio; doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mestre pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilla-La Mancha, Espanha; pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca, Espanha; pós-graduado em *Control Judicial de Constitucionalidad* na Universidad de Buenos Aires; especialização e aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na UERJ.

## 1. Introdução

A temática relacionada à morosidade do Poder Judiciário vem crescentemente preocupando profissionais de diferentes segmentos ao longo dos últimos anos.<sup>1</sup>

Como ponto culminante do reconhecimento político de necessárias modificações, os três Poderes do Estado se reuniram solenemente e subscreveram de comum acordo o “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano” (BRASIL, 2004).<sup>2</sup>

Contemporaneamente, estava sendo promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu significativas modificações no texto constitucional. Visivelmente preocupada com a demora no trâmite dos processos no Poder Judiciário, essa reforma veio caracterizada com o prestígio da celeridade. Entre as diversas modificações que introduziu no texto constitucional, será destacada apenas a criação da súmula com efeito vinculante, bem como sua posterior regulamentação no âmbito legal.

Este estudo consiste em comentários descritivos e críticos a respeito da criação e regulamentação da súmula com efeito vinculante no âmbito da Reforma do Poder Judiciário, tanto aquela inicialmente levada a cabo em sede constitucional, como também a de cunho legal que regulamentou o novo instituto.

## 2. A súmula vinculante na Reforma Constitucional do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004)

### 2.1. A inclusão do dispositivo constitucional

Com o objetivo de equacionar o problema da morosidade e principalmente prestigiar a necessidade de imprimir celeridade ao sistema processual, a primeira parte da Reforma Constitucional do Poder Judiciário<sup>3</sup> veio explicitamente marcada pelo compromisso com esses objetivos, inclusive vinculando a atividade do legislador ordinário neste sentido (art. 7º).<sup>4</sup>

Entre as diversas modificações que promoveu, o art. 1º da Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o art. 103-A no texto da Constituição da República. Esse dispositivo criou, no direito brasileiro, a possibilidade de edição, revisão e cancelamento

de enunciado de súmula com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dirigido para todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública em geral, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, *na forma estabelecida em lei*.”

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º *Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei*, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

À luz da dicção desse novo dispositivo constitucional, verifica-se que estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para editar, revisar e cancelar o enunciado

da súmula com efeito vinculante,<sup>5</sup> o *quorum* necessário para tal decisão,<sup>6</sup> os efeitos de sua publicação, o objetivo de sua edição, a legitimidade para propô-la e a medida cabível em caso de sua violação.

Não obstante, o dispositivo constitucional remete, por duas vezes e de maneira explícita, à regulamentação legal. Inicialmente, a lei é considerada necessária para dar os contornos finais a respeito da edição, revisão ou cancelamento do enunciado da súmula com efeito vinculante pelo Tribunal. Ademais, o dispositivo possibilita a extensão do rol de legitimados a tais iniciativas além daqueles enumerados no art. 103 da Constituição da República. Nesse caso, a lei poderia acrescentar outros possíveis legitimados, como de fato o fez, mas jamais subtrair de seu rol aqueles previstos no art. 103, isto é, capazes de propor ação direta de inconstitucionalidade (e ação declaratória de constitucionalidade).<sup>7</sup>

## 2.2. Notas sobre a legitimidade ativa

A respeito da redação do § 2º do art. 103-A, duas observações se impõem. A primeira é uma crítica, já que esse dispositivo parece não ter levado em consideração outras modificações que também foram introduzidas na Lei Maior pela Emenda Constitucional nº 45/2004. É que essa emenda, além de ampliar a legitimidade ativa constante no *caput* do art. 103 (antes exclusiva da ação direta de inconstitucionalidade) para abranger também a ação declaratória de constitucionalidade, também previu, no seu art. 9º, a revogação expressa do antigo § 4º do art. 103.

Para que a redação fosse mais adequada, deveria o dispositivo fazer referência tanto a ação direta de inconstitucionalidade como também a ação declaratória de constitucionalidade, ou, ainda, simplesmente fazer menção ao art. 103, *caput*, da Constituição da República.

Ainda sobre o § 2º do art. 103-A, a sua regulamentação pelo dispositivo legal pertinente conduz a uma observação positiva. O elenco de legitimados previsto nos inci-

dos do art. 103 foi rigorosamente contemplado no rol da lei regulamentadora (art. 3º).<sup>8</sup> Essa lei foi além e acrescentou no referido rol o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, bem como o Município (nesse caso, apenas incidentalmente no curso de processo em que seja parte).<sup>9</sup>

A inclusão desses órgãos, especialmente todos aqueles vinculados ao Poder Judiciário, foi uma inovação muito feliz. Potencialmente podem ser os melhores catalizadores capazes de perceber o excesso de trabalho repetitivo a partir da segunda instância e a necessidade de desafogamento do Supremo Tribunal Federal a partir dos recursos extraordinários interpostos contra os seus acórdãos. A contribuição desses órgãos para a proposição de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes certamente será de grande valia para a pacificação das questões já decididas definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2.3. Crítica ao dever legal de recorrer

Os tribunais poderão prestar outra contribuição inestimável para que o enorme volume de recursos extraordinários interpostos meramente por “dever legal” e pendente de decisão seja rapidamente decidido (em atendimento ao enunciado de determinada súmula vinculante). Frequente exemplo verifica-se com a interposição de recursos extraordinários de matérias já pacificadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A referência dirige-se aos órgãos públicos com tal “dever legal” de recorrer,<sup>10</sup> dos quais são exemplos no campo tributário as procuradorias da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios, bem como, na área previdenciária, a Procuradoria do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

De fato, muitas vezes, essas procuradorias insistem em interpor recursos contra acórdãos fundamentados em sólidos precedentes da Suprema Corte, seja em virtude do pretexto do “dever legal” de recorrer, seja em decorrência de interesse meramente protelatório.

Geralmente, verifica-se que tais recursos já têm destino certo no primeiro pronunciamento do Ministro Relator no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>. Com isso, o Tribunal logra manter a coerência interna de suas decisões, a uniformidade da jurisprudência nacional e o respeito ao elevado princípio da segurança jurídica.

A título meramente ilustrativo, pinça-se a seguinte situação fática ainda existente em alguns tribunais de justiça do país. Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou expressamente a inconstitucionalidade da incidência do Imposto sobre Serviços para aquelas receitas decorrentes da operação de locação de bens móveis (item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei nº 406/1968).

Além disso, quando o Presidente da República promulgou a Lei Complementar nº 116/2003, por proposta expressa do Ministro de Estado da Fazenda, entendeu por bem vetar o item 3.01 (que pretendia colocar naquela Lista de Serviços a locação de bens móveis) em consonância com o relevante precedente da Suprema Corte que, nas razões de veto, é expressamente mencionado como seu fundamento.

Todavia, existem Municípios que arbitrariamente cobraram o Imposto sobre Serviços sobre a receita decorrente da operação de locação de bens móveis e, pior, ousam ainda litigar quando o contribuinte simplesmente deixa de pagar esse tributo ou ingressa com a medida judicial cabível objetivando o afastamento de tal incidência. Como se não bastasse, há tribunais de justiça que ainda resistem ao precedente e dão ganho de causa a tais Municípios, sob as mais fan-

tasiosas justificativas. Ora, por mais criativos que sejam tais fundamentos, um vício de inconstitucionalidade já declarado em precedente definitivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal não pode – e nem deve – subsistir sob qualquer hipótese.

Atitudes como essa relatada acima – de alguns procuradores de municípios e de algumas turmas ou câmaras de tribunais de justiça – conduzem ao paulatino abarrotamento de processos e, conseqüentemente, ao excesso desumano de trabalho no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário a quem incumbirá, finalmente, aplicar o seu precedente definitivo.

Trata-se simplesmente da interposição do recurso pelo mal compreendido dever de recorrer. Com isso, criam-se entraves negociais, licitatórios e de toda a ordem para as empresas que atuam no mercado brasileiro. Ademais, geram insegurança jurídica de mercado e institucional. Como se não bastasse, congestionam os canais de acesso dos cidadãos e contribuintes ao sagrado direito de efetiva entrega da prestação jurisdicional, entendido aquele tempestivo e eficaz. Por fim, retira do Poder Judiciário e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, “a agilidade necessária para o enfrentamento das questões novas e urgentes”.<sup>12</sup>

Naturalmente, hão de ser resguardadas aquelas situações em que se discutem questões jurídicas com particularidades de direito ou de fato que as distinguem do caso paradigma, hipótese em que o dever legal de recorrer há de subsistir integralmente.

#### *2.4. Norma transitória – as súmulas existentes*

A norma transitória do art. 8º da EC nº 45/2004 prescreve que: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”. Essa regra atribui às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal o efeito vinculante, desde que confirmadas por dois terços dos Ministros

(ou seja, o *quorum* qualificado correspondente a oito integrantes).

Pela dicção desse dispositivo, depreende-se que, a partir de sua regulamentação, o Supremo Tribunal Federal poderá editar, revisar e/ou cancelar duas espécies distintas de súmulas: (a) aquela com efeito orientador, de *observância recomendável* no âmbito da jurisprudência nacional e da prática da administração pública em geral; (b) e aquela com efeito vinculante, de *observância obrigatória* para os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública em geral.

Essa distinção encontra respaldo no arcabouço normativo vigente. No âmbito do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o art. 102 prescreve que: “A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na *Súmula do Supremo Tribunal Federal*”. O § 1º do art. 102 é claro em preceituar que: “A inclusão de enunciados na *Súmula*, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta”.<sup>13</sup>

De um lado, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece o *quorum* decisório como maioria absoluta para a hipótese de súmula com efeito orientador (seis Ministros). De outro, o novo dispositivo constitucional, recentemente regulamentado, prescreve o *quorum* decisório como qualificado, isto é, com decisão de dois terços dos Ministros (oito).

Para que as súmulas já editadas – e, portanto, de caráter orientador – possam alcançar o patamar de vinculante, será necessário que sejam confirmadas por decisão de dois terços dos Ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal (oito), em coerência ao procedimento previsto para a edição, revisão ou cancelamento da súmula com efeito vinculante.<sup>14</sup>

#### 2.5. O cancelamento de súmula com efeito vinculante

Questão interessante é indagar sobre o efeito vinculante do cancelamento de súmula. Como se verifica? A orientação colocada

anteriormente no enunciado da súmula vinculante e posteriormente cancelada não só deixa de existir como também passa a prevalecer – a partir do cancelamento – a orientação inversa àquela anteriormente contemplada? Nesse caso, qual a modulação dos efeitos temporais dessa nova orientação, explicitada a partir do cancelamento da súmula (já não mais com efeito vinculante)?

Em um primeiro passo, parece que o cancelamento de súmula com efeito vinculante levará necessariamente à orientação inversa daquela que vinha contemplada no enunciado cancelado, sempre que possível (via interpretação *a contrario sensu*). Para evitar eventuais perplexidades, seria recomendável que o cancelamento do enunciado de súmula vinculante contemple em sua letra a orientação que passa então a prevalecer e que efeito lhe é atribuído.

Nesse ponto, impõe-se outra cautela de observância fortemente recomendável. Em determinadas situações, será necessária a adoção dos efeitos prospectivos ou *ex nunc*. Essas situações verificar-se-ão nas hipóteses difíceis de ponderação, especialmente em matéria de direito administrativo e direito tributário, por exemplo.

O professor Luís Roberto Barroso (2006), em parecer de sua lavra, trata de questão específica de direito tributário e analisa profundamente as questões da mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária e da modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais à luz do princípio da segurança jurídica, dos princípios da boa-fé e da confiança legítima, bem como da regra da irretroatividade da norma tributária e a segurança. Ao final, conclui que: “eventual decisão do STF que modifique entendimento anterior e consolidado da própria Corte em relação ao crédito de IPI, produzindo resultado equivalente à majoração do tributo, somente poderá ter efeitos prospectivos (*ex nunc*)”.<sup>15</sup>

Tratando-se de tema tributário, cuja mudança no entendimento anterior e consoli-

dado do Supremo Tribunal Federal produza resultado equivalente à majoração do tributo, se os efeitos deverão ser prospectivos, como muito bem demonstra o professor Barroso, então com muito mais razão, cuidando-se de situação semelhante no âmbito do cancelamento de súmula com efeito vinculante.

O cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante que resulte em qualquer espécie de majoração de tributo deverá necessária e logicamente ter seu efeito limitado no tempo para a partir da publicação do texto, cancelando o entendimento anterior, ou seja, valerá a partir da sua publicação em diante (efeito *ex nunc* ou prospectivo).

Dessa forma, a resposta às indagações levantadas anteriormente parecem indicar no sentido positivo, desde que observada a produção do efeito apenas de maneira prospectiva ou *ex nunc*, nos casos específicos em que a ponderação indique essa solução, tal como pontuado acima.

### 3. A súmula vinculante na Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário (Lei nº 11.417/2006)

#### 3.1. Necessidade?

A respeito de acesa polêmica que vinha envolvendo a questão da adoção ou não da súmula vinculante no direito constitucional brasileiro, Luiz Rodriguez Wambier (2005, p. 109) defende que:

“Somados os prós e contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desfogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”.<sup>16</sup>

À luz da inclusão constante no art. 103-A, o autor citado vai ainda mais longe, quando afirma que:

“(…) conclui-se que a referida norma constitucional contém todos os elementos necessários à sua efetivação, pois: 1º) estabelece as situações em que poderá ser elaborada súmula vinculante (...); 2º) define, com precisão, quem tem legitimidade para provocar a deliberação sobre a criação de súmula vinculante (...); 3º) a norma regula, com precisão, quem pode decidir a respeito da criação, revisão ou cancelamento da súmula; 4º) enfim, o § 3º do art. 103-A resolve até mesmo o modo através do qual se pode impugnar a decisão que não acata a súmula vinculante”.<sup>17</sup>

A despeito dessas considerações, a Lei nº 11.417 foi recentemente publicada no Diário Oficial da União em 20.12.2006 e disciplinou dito dispositivo constitucional, além de trazer outras providências, como veremos. Dessa maneira, qualquer debate acerca da efetiva necessidade ou não de disciplina do referido dispositivo constitucional por via legal perdeu qualquer interesse prático.

#### 3.2. Objeto da lei

O art. 1º enuncia o objeto da lei: disciplinar a edição, revisão e o cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>18</sup>

#### 3.3. Competência e abrangência

O art. 2º regulamenta o art. 103-A, *caput*, da Constituição e dispõe que:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas

federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei".<sup>19</sup>

Esse dispositivo legal estabelece a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para editar, rever ou cancelar enunciado de súmula vinculante e determina que tal decisão deva ser fruto de reiteradas decisões sobre matéria constitucional no mesmo sentido. Essa nova função da Suprema Corte poderá ser deflagrada por provocação ou levada a cabo de ofício.

O enunciado deverá versar sobre matéria de índole constitucional. Temas materialmente constitucionais, como o alcance dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e os limites ao poder de tributar, não suscitam qualquer tipo de dúvida a respeito de sua natureza eminentemente constitucional.

Questão que surge desde logo se refere à zona cinzenta de tal delimitação: matéria processual, por exemplo, pode ser considerada como constitucional? Por rigor técnico e em sentido estrito, parece que não é materialmente constitucional, mesmo que cuide de aspectos instrumentais relacionados ao recurso extraordinário e/ou às ações diretas regulamentados na forma do Código de Processo Civil e demais legislações extravagantes.

Todavia, admitindo-se um sentido amplo e levando-se em consideração que o texto da Lei Maior efetivamente dispõe sobre as ações e recursos de competência do Supremo Tribunal Federal, então qualquer aspecto instrumental ou substancial desses meios que conduza ao fim a que se destina será também considerado como matéria constitucional e, portanto, passível de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante.

Registre-se que se excluirá desse rol as matérias que indiscutivelmente não sejam de cunho constitucional, como são as decorrentes de relações contratuais entre particulares e outras matérias de índole

eminentemente legal ou infraconstitucional.

Além disso, o art. 2º da lei explicita a abrangência do efeito vinculante da nova súmula. Dirige-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A intenção foi abranger tanto o Poder Judiciário como também o Executivo na obrigação de cumprimento de referidos enunciados. Assim, espera-se maior segurança e previsibilidade nas relações entre administrador e administrado, bem como uniformidade na aplicação da jurisprudência nacional em matéria constitucional.

#### 3.4. Objeto da súmula vinculante

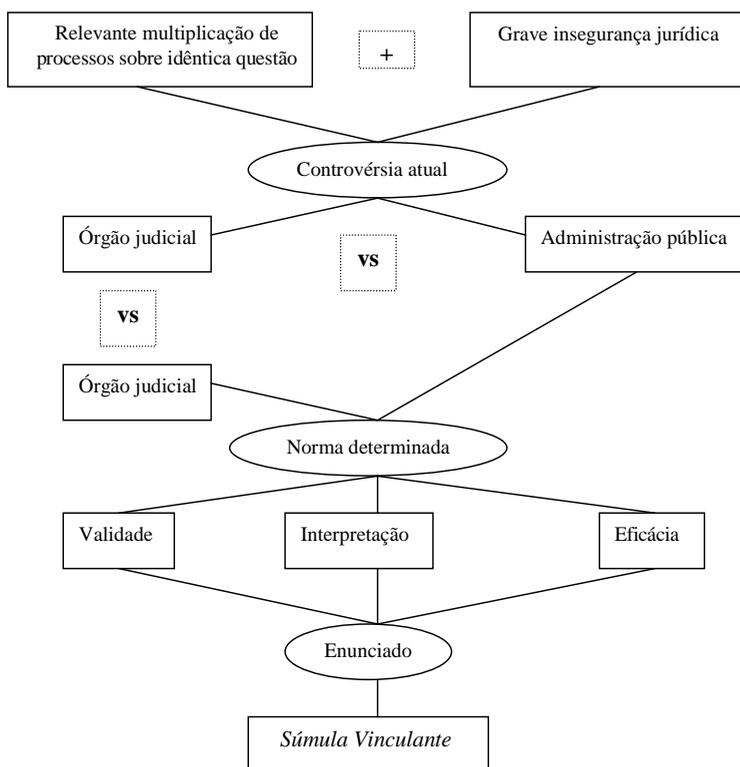
O § 1º do art. 2º da lei preceitua que:

“O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

Esse dispositivo regulamenta o § 1º do art. 103-A da Constituição.

O dispositivo legal traz diversas regras que esclarecem o objeto da súmula com efeito vinculante. O seu enunciado deve ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, isto é, aquelas submetidas à apreciação em reiterados julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, essas normas determinadas devem ter instaurado no âmbito dos órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública controvérsia atual. E finalmente, essa controvérsia atual deve acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Para facilitar a compreensão sobre a seqüência lógica de regras encadeadas por esse dispositivo legal, propõe-se o seguinte quadro esquemático:



O quadro esquemático evidencia que: (1) a relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão e a grave insegurança jurídica relaciona-se a (2) controvérsia atual, que poderá ocorrer entre órgãos judiciários ou entre órgão(s) judiciário(s) e a administração pública, no tocante a (3) norma determinada, ocasião em que caberá ao Supremo Tribunal Federal se pronunciar acerca da sua (4) validade, interpretação ou eficácia, quando então poderá editar ou revisar um (5) enunciado de súmula vinculante.

### 3.5. Manifestação do Procurador-Geral da República

O § 2º do art. 2º estabelece que: “O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante”.<sup>20</sup>

Nos casos em que o Procurador-Geral da República não tenha proposto a edição, re-

visão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, então sua manifestação será indiscutivelmente obrigatória.

Na hipótese restante, em que ele a propõe, então com base no art. 103-A, § 2º, e art. 103, inciso VI, da Constituição da República conjugados com o art. 3º, inciso IV, da Lei nº 11.417/2006, a opinião do ilustre Chefe do Ministério Público Federal poderia eventualmente modificar-se durante o tempo transcorrido entre a proposição e a final edição, revisão ou cancelamento,<sup>21</sup> motivo pelo qual deveria ser colhida novamente.

Por isso, nesses casos, a exemplo do que ocorre quando propõe a ação direta de inconstitucionalidade,<sup>22</sup> seria recomendável que fosse dada vista para que o Procurador-Geral da República se manifestasse imediatamente antes da deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.<sup>23</sup>

### 3.6. Quorum qualificado

O § 3º do art. 2º da lei, em disciplina ao *caput* do art. 103-A da Lei Maior, reza que: “A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária”.<sup>24</sup>

Pela conjugação dos parágrafos 3º e 4º do art. 2º do Projeto de Lei nº 6.636/2006, verifica-se que o *quorum* qualificado de oito Ministros era requerido apenas e tão-somente para fins presenciais (*quorum* presencial), quando então poderia ser alcançada a maioria necessária (de igual número) à aprovação da súmula. Caso essa maioria (*quorum* decisório) não fosse alcançada por ausência de Ministro(s) em número que pudesse influir na decisão, tornar-se-ia necessário aguardar o(s) comparecimento(s) respectivo(s) até que se chegasse ao número necessário.

Embora não houvesse, no projeto, dispositivo que explicitasse qual seria essa maioria, simples ou qualificada (*quorum* decisório), recorde-se que o *caput* do art. 103-A já previa o *quorum* qualificado de 2/3 de Ministros, motivo pelo qual a decisão deveria ser tomada por oito Ministros.

A redação definitiva do dispositivo foi mais clara, vez que: (a) não se referiu ao *quorum* presencial e (b) determinou categoricamente qual o *quorum* decisório (dois terços ou oito Ministros), o qual deve necessariamente ser atingido para que exista decisão legítima acerca do enunciado da súmula com efeito vinculante.<sup>25</sup>

Note-se que o *quorum* qualificado previsto no *caput* do art. 103-A (dois terços ou oito Ministros) é maior que o *quorum* absoluto do art. 97 da Constituição da República<sup>26</sup> (voto da maioria absoluta de seus membros ou seis).

### 3.7. Publicação

O § 4º do art. 2º estipula que: “No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal

Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo”.

Pela conjugação do *caput* com o parágrafo quarto do art. 2º, conclui-se que: (a) após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, (b) será publicado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União no prazo de dez dias, e (c) a partir daí terá o enunciado de súmula o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

### 3.8. Legitimidade ativa – direta ou incidental

O *caput* do art. 3º, em disciplina ao art. 103-A, § 2º, da Constituição da República, arrola como legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante os seguintes órgãos: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares; além dos Municípios (nas ações em que for parte).

Cuidando-se desses legitimados, à exceção dos Municípios, tal proposição poderá dar-se de maneira direta e independentemente de qualquer causa em que sejam parte ou mesmo incidentalmente no curso de processos em que sejam partes. Nesse últi-

mo caso, parece que o referido processo não será suspenso<sup>27</sup> e tampouco serão aqueles em que se discutam a mesma questão e que não estejam relacionados com os legitimados arrolados anteriormente.

Com efeito, o art. 6º da lei reza que: “A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”.

Tal como está regulamentada, poderão ocorrer situações contraditórias no trâmite dos processos relacionados a tema que esteja sendo objeto de apreciação quanto à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante. De fato, seria recomendável que, após a formalização da proposta por qualquer um dos legitimados ou o início de análise de ofício pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, todos os recursos em trâmite na Suprema Corte fossem sobrestados até que fosse finalmente tomada a decisão por maioria absoluta de seus Ministros. Os demais processos que estivessem tramitando no Superior Tribunal de Justiça ou nas instâncias inferiores tramitariam normalmente, isto é, sem qualquer suspensão em razão da eventual pendência de apreciação de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

### *3.9. Proposta por Município no curso de processo em que seja parte*

O § 1º do art. 3º da lei estabelece que: “O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

De maneira distinta dos demais legitimados constantes nos incisos do artigo 3º, a proposição de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante por Município somente poderá ocorrer incidentalmente ao curso de processo em que seja parte. Tratando-se de Município, portanto, a hipótese de proposição li-

mita-se ao tipo incidental no curso de processo em que seja parte.

De maneira semelhante ao que ocorre nas demais hipóteses, a proposta formulada por Município não autoriza a suspensão do processo em que seja parte.

### *3.10. Manifestação de terceiros*

O § 2º do art. 3º dispõe que: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.<sup>28</sup>

A manifestação de terceiros tem sido um mecanismo cada vez mais saudavelmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na busca do amadurecimento necessário ao julgamento ponderado de relevantes questões jurídicas submetidas à sua apreciação, especialmente aquelas que dizem respeito aos interesses de todos os cidadãos indistintamente ou a de grande número deles, como os contribuintes, consumidores, entre outros.

### *3.11. Eficácia e efeitos da súmula vinculante*

O art. 4º preceitua que: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.<sup>29</sup>

Quando da decisão acerca da edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante, o Plenário do Supremo Tribunal Federal poderá decidir também a partir de que momento passará a ter eficácia, isto é, no presente ou futuro determinado. Ademais, o Plenário decidirá também sobre o efeito vinculante que atribui a determinado enunciado, ou seja, pleno ou restrito, a depender do objeto e do teor

do enunciado. Em qualquer caso, as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público deverão necessariamente estar presentes.

### 3.12. *Revisão ou cancelamento de súmula fundada em lei modificada ou revogada*

O art. 5º da Lei nº 11.417/2006 reza que: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.<sup>30</sup>

Esse dispositivo está coerente com aquele do § 1º do art. 2º da lei. Se o objeto do enunciado de súmula com efeito vinculante é a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas nas condições que menciona, então, sempre que a lei em que foi fundada tal edição for modificada ou revogada, nada mais lógico do que a respectiva revisão ou cancelamento de tal enunciado.

### 3.13. *Reclamação*<sup>31</sup>

O enunciado de súmula com efeito vinculante pode ser violado de três formas distintas: (a) por contrariedade; (b) por negação de sua vigência; e (c) por aplicação indevida. Cada uma dessas três formas de afronta ao referido enunciado pode ocorrer em duas diferentes esferas: ou no âmbito administrativo ou na esfera judicial. Em qualquer um desses casos, a medida judicial cabível na hipótese será a reclamação, tal como estabelecida no art. 7º da Lei nº 11.417/2006.<sup>32</sup> Esse artigo da lei disciplina o § 3º do art. 103-A da Lei Maior.

O art. 7º regula o cabimento de reclamação nos casos de decisão judicial ou ato administrativo que contrarie enunciado de súmula vinculante, negue-lhe vigência ou aplique-a indevidamente, “sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

O § 1º do art. 7º reza que: “Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas”.

O § 2º do art. 7º reza que: “Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Esse singelo arcabouço normativo estipula que a violação ao enunciado de súmula com efeito vinculante (contrariando-o, negando-lhe vigência e/ou aplicando-o indevidamente) pode ocorrer tanto na esfera administrativa como também no âmbito judicial.

Se decorrer de ato administrativo – entendido como ato ou omissão da administração pública –, o prévio esgotamento da via administrativa se impõe. Depois, é facultado o uso da reclamação. Caso seja, ao final, julgada procedente a reclamação, então o ato administrativo em questão será anulado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>33</sup>

Se decorrer de decisão judicial, não há necessidade de prévio esgotamento das vias cabíveis, podendo conviver a interposição dos recursos cabíveis com a eventual reclamação. Caso seja, ao final, julgada procedente, então o Supremo Tribunal Federal cassará a referida decisão judicial impugnada e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme exigir o caso concreto.

### 3.14. *Modificações no processo administrativo*

Além das modificações apontadas, a Lei nº 11.417/2006 introduziu alguns dispositivos na Lei nº 9.784/1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

Assim, por exemplo, o art. 8º da Lei nº 11.417/2006 acrescentou o § 3º ao art. 56 da Lei nº 9.784/1999, que cuida da possibilidade de interposição de recurso da decisão administrativa e sua revisão, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à

autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”.

Quando o recurso administrativo trouxer em suas razões alegações de que a decisão contrariou o enunciado de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, então caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, no prazo de cinco dias, reconsiderá-la ou explicitar as razões pelas quais entendeu aplicável ou inaplicável a referida súmula no caso concreto (antes de encaminhar o recurso à autoridade superior).

Esse dispositivo acrescido na mencionada lei está coerente com as demais regras contidas no art. 56, especialmente o seu parágrafo primeiro, pelo qual: “O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior”.

O art. 9º da lei comentada acresceu também os arts. 64-A e 64-B na lei que disciplina o processo administrativo no âmbito federal:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade, conforme o caso”; “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”.

O primeiro dispositivo refere-se à imposição legal de que o órgão competente para decidir o recurso administrativo no qual se alega violação de enunciado da súmula vin-

culante manifeste-se de maneira explícita no sentido de sua aplicação ou não.

O segundo dispositivo legal cuida da hipótese de acolhimento da reclamação ajuizada contra decisão administrativa que tenha violado o enunciado de súmula com efeito vinculante. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal dará ciência tanto à autoridade prolatora da decisão como também ao órgão competente para o julgamento do recurso para que, a partir de então, ambos passem a adequar suas futuras decisões em casos semelhantes.

Cabe destacar que, desde 13.10.1997, o Decreto nº 2.346 estabelecia que: “As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto” (art. 1º).

Essas regras são de observância obrigatória no âmbito do processo administrativo federal. Tratando-se de outros processos administrativos, estaduais e municipais, por exemplo, tais regras também deverão ser observadas quando atendidas as hipóteses nelas previstas.

### *3.15. Aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*

O art. 10 submete o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a ser aplicado de maneira subsidiária.<sup>34</sup>

### *3.16. Vigência*

Por fim, o art. 11 estabeleceu, como cláusula de vigência, que a lei entrará em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.<sup>35</sup>

### *3.17. Perspectiva próxima das primeiras edições de enunciados de súmulas vinculantes*

Como dito anteriormente, o último verbebo de súmula com efeito orientador foi

aprovado anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Tratando-se da edição de súmula com efeito vinculante, no entanto, a perspectiva é de que, tão logo entre em vigor a Lei nº 11.417/2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal agilmente submeta à decisão a edição de alguns enunciados dessa natureza. Essa informação pode ser facilmente corroborada pelas notícias que vêm sendo veiculadas nos últimos dias, dando conta de que já houve circulação entre os Ministros da Suprema Corte dos primeiros enunciados que se revestirão do efeito vinculante<sup>36</sup> e de que temas seriam inicialmente neles tratados.<sup>37</sup>

### 3.18. Demais dispositivos previstos no Projeto de Lei nº 6.636/2006

Além dos dispositivos analisados anteriormente, que guardam evidente correspondência entre a redação definitiva da lei e aquela original do seu projeto, há ainda dispositivos que estavam previstos no projeto e que não constam da redação final da lei.<sup>38</sup>

Assim, por exemplo, o parágrafo único do art. 5º do projeto distinguia entre a proposta de edição de súmula com efeito vinculante perante a turma e perante o plenário do Supremo Tribunal Federal.

O art. 6º tratava da proposta, mediante petição, de revisão e cancelamento de súmula vinculante pelos legitimados do art. 3º (à exceção dos Municípios), independentemente da existência de processo em curso.

O art. 7º cuidava dos requisitos da petição a ser encaminhada à livre distribuição que versasse sobre a revisão e o cancelamento de súmula com efeito vinculante.

O art. 8º estabelecia que os enunciados da súmula com efeito vinculante deveriam ser redigidos com clareza e precisão. Nos respectivos incisos, previa meticulosamente as regras para a obtenção de clareza e precisão.

Essas normas não constam na redação definitiva da Lei nº 11.417/2006. Foram suprimidas ainda no âmbito do processo le-

gislativo do Congresso Nacional.<sup>39</sup> Registre-se, por fim, que nenhum dispositivo dessa lei foi objeto de veto presidencial.

## 4. Controle de constitucionalidade

No âmbito do controle de constitucionalidade de atos normativos exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade pode resultar do sistema difuso (via recurso extraordinário – modelo norte-americano) e do sistema concentrado (via ação direta – modelo austríaco).

A edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante versará sobre matéria constitucional e terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas que, mesmo após reiteradas decisões, ainda suscitem controvérsia atual, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública.

Nesse contexto, a súmula com efeito vinculante somente faz sentido se tratar sobre matéria que tenha sido objeto de apreciação no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade, isto é, solução de casos levados ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.

De fato, na realidade, a edição de súmula vinculante poderá ser considerada como uma espécie de “substituta” da resolução do Senado Federal, que atribui efeito vinculante e eficácia *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, quando então suspende total ou parcialmente a execução de lei declarada inconstitucional, consoante dispõe o art. 52, inciso X, da Constituição da República.

É que a súmula com efeito vinculante somente terá sentido lógico se for editada antes de eventual resolução do Senado Federal. Depois da resolução, teria efeito apenas pedagógico, ou seja, para corroborar ainda mais uma vez que a orientação do

Supremo Tribunal Federal é firme naquele sentido. Isso não conduziria a qualquer efeito de fato, embora o caráter pedagógico ainda seja necessário na realidade recursal e judiciária do país.

Tratando-se de julgamentos em ações diretas, em qualquer uma de suas espécies principais, não fará sentido lógico a edição de súmula com efeito vinculante. A razão é simples. Esse efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* já são ínsitos à própria natureza das decisões tomadas em tais ações. Isso decorre de expressa previsão constitucional e legal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade; e legal, no caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

De fato, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal já produzem eficácia contra todos e têm efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, consoante dispõe o § 2º do art. 102 da Constituição da República, na sua redação modificada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Posteriormente, a Lei nº 9.868/1999, que veio regulamentar o julgamento dessas ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu expressamente que:

“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” (consoante prescreve o parágrafo único do art. 28).

De igual maneira, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, o §1º do art. 102 da Constituição da República

remete a sua regulamentação à Lei nº 9.882/1999, que expressamente atribui à decisão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do § 3º do art. 10.

Embora não haja qualquer sentido lógico em editar enunciado de súmula com efeito vinculante nas ações diretas (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental), seria possível editá-la apenas para o efeito pedagógico mencionado anteriormente, isto é, para corroborar ainda mais uma vez que a orientação do Supremo Tribunal Federal é firme naquele sentido.

À luz da realidade prática do sistema recursal brasileiro e da insistência de órgãos públicos em recorrer a qualquer custo, muitas vezes o efeito pedagógico poderá tornar-se necessário para que milhares de novos recursos não sejam por eles interpostos, a despeito da existência do Decreto nº 2.346, em vigor desde 1997.

Em conclusão, o enunciado de súmula com efeito vinculante será logicamente editado em razão de reiteradas decisões proferidas em recursos extraordinários e antes da edição da resolução do Senado Federal. A edição de súmula com efeito vinculante após a resolução do Senado Federal ou decorrente de decisões em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e/ou argüição de descumprimento de preceito fundamental somente terá efeito pedagógico, como explicado anteriormente.

Outra interessante questão que poderá surgir refere-se à eventual possibilidade de controle de constitucionalidade das próprias súmulas vinculantes. A doutrina já vislumbrou algumas possibilidades, a depender do entendimento que prevalecer oportunamente.

Se as súmulas vinculantes forem tratadas como espécies de atos normativos, então serão impugnáveis por meio de ação direta de inconstitucionalidade.<sup>40</sup> Caso não se

tratem disso, mas de atos emanados pelo Poder Público, então serão impugnáveis por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental, desde que o teor da súmula evidencie descumprimento de preceito fundamental.<sup>41</sup>

## 5. Conclusão

Após anos de debates nas searas legislativa, doutrinária e acadêmica, a súmula com efeito vinculante foi criada no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, recentemente, regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006.

Sem adentrar na questão acerca da conveniência ou não da adoção da súmula com efeito vinculante, este trabalho pretendeu trazer comentários capazes de descrever como será o funcionamento desse novo instituto no âmbito do Supremo Tribunal Federal e tecer algumas críticas sobre alguns dispositivos constitucionais e legais que regem a matéria.

Entre as reflexões que foram colocadas no estudo, destacam-se:

a) as notas sobre a legitimidade ativa, pois a redação do § 2º do art. 103-A da Constituição é omissa e a do art. 3º da lei mereceu uma observação positiva;

b) a crítica ao dever legal de recorrer, de que se utilizam alguns órgãos públicos, especialmente as procuradorias da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios, bem como do Instituto Nacional do Seguro Social, causando enormes transtornos ao nosso aparelho judiciário e às empresas que atuam no mercado brasileiro;

c) a recomendação de que o cancelamento de súmula com efeito vinculante explicita a orientação que passará a prevalecer e cuidando-se de determinadas matérias (direito tributário e direito administrativo, por exemplo) e em determinados casos, o efeito seja prospectivo, isto é, *ex nunc*.

d) o que será abrangido como matéria constitucional para a finalidade de edição de súmula com efeito vinculante;

e) a conveniência de ouvir o Procurador-Geral da República antes da deliberação acerca da edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante nos casos em que foi por ele proposta;

f) a possível contradição que poderá ocorrer em situação na qual processo, em que se discuta questão idêntica àquela submetida à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, não for suspenso;

g) as modificações que a lei introduziu no processo administrativo, especialmente no âmbito da Administração Pública Federal;

h) a perspectiva de que tão logo entre em vigor a Lei nº 11.417/2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal agilmente submeta à decisão a edição de alguns enunciados de súmula com efeito vinculante;

i) os demais dispositivos previstos no Projeto de Lei nº 6.636/2006 que foram suprimidos no processo legislativo e não constam da lei comentada;

j) a conclusão de que o enunciado de súmula vinculante só será logicamente editado em razão de reiteradas decisões proferidas em recursos extraordinários e antes da edição da resolução do Senado Federal;

l) e a possibilidade de contestar o teor do enunciado de súmula vinculante por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, a depender do entendimento que se venha adotar a respeito de sua natureza jurídica (ato normativo ou mero ato emanado pelo Poder Público).

Além disso, será importante o acompanhamento de eventual modificação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser aplicado de maneira subsidiária ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante, nos termos do art. 10 da lei.

Espera-se, finalmente, que essa parte da Reforma do Poder Judiciário seja efetivamente capaz de minimizar o mal que pretendeu combater, isto é, a morosidade na entrega

da prestação jurisdicional. Como tudo em nosso país, dependerá do uso prático que será dado a esta idéia que foi a criação da súmula vinculante no direito brasileiro.

Ademais, dependerá da clarividência, já exibida em tantas situações, dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal utilizá-la de maneira racional e que realmente conduza ao seu desafogamento e do Poder Judiciário de maneira geral.

Assim, será de se esperar que a Suprema Corte possa vir a se dedicar com mais tranquilidade ao exame das questões de alta indagação jurídica e que o Poder Judiciário como um todo possa dar vazão às suas atribuições constitucionais de forma compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Isso poderá levar à melhoria na qualidade da prestação jurisdicional oferecida ao povo brasileiro e, conseqüentemente, ao aprimoramento do ambiente democrático em que vivemos, com a garantia sagrada de maior segurança e previsibilidade por parte desta relevante instituição que é o Poder Judiciário, especialmente por seu órgão de cúpula.

O tempo dirá se foi uma modificação bendita no ordenamento jurídico brasileiro ou mais uma entre tantas alterações maléficas e que mais atrapalham o aparelho estatal do que ajudam. Fica a esperança no sentido de que seja um instrumento capaz de distribuir justiça com qualidade, isto é, de maneira eficaz e célere.<sup>42</sup>

### Anexo

<i>Projeto de Lei nº 6.636/2006</i>	<i>Lei nº 11.417/2006</i>
Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, revisão e o cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.	Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.
Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.	Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.
§ 1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.	§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.
§ 2º No procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante, é obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República.	§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.
§ 3º A decisão sobre a aprovação ou rejeição de súmula com efeito vinculante somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros.	§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

<i>Projeto de Lei nº 6.636/2006</i>	<i>Lei nº 11.417/2006</i>
§ 4º Se não for alcançada a maioria necessária à aprovação da súmula por estarem ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento este será suspenso a fim de que se aguarde o seu comparecimento, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão num ou noutro sentido.	
§ 5º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que aprovar, rever ou cancelar a súmula, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o respectivo enunciado.	§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.
Art. 3º São legitimados a provocar a edição, a revisão ou o cancelamento de súmulas com efeito vinculante:	Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
I - o Presidente da República;	I - o Presidente da República;
II - o Advogado-Geral da União;	
III - a Mesa do Congresso Nacional ou de suas Casas;	II - a Mesa do Senado Federal;
IV - o Procurador-Geral da República;	III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;	IV - o Procurador-Geral da República;
VI - o Defensor Público-Geral da União;	V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VII - partido político com representação no Congresso Nacional;	VI - o Defensor Público-Geral da União;
VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;	VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;	VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;	IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
XI - o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal;	X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
XII - o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado ou do Distrito Federal e Territórios;	
XIII - o Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;	
XIV - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.	XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.
§ 1º Os Municípios e as pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, poderão propor a edição de súmula com efeito vinculante, na forma do <i>caput</i> do art. 5º.	§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.
§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros, mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão, na forma estabelecida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.	§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<i>Projeto de Lei nº 6.636/2006</i>	<i>Lei nº 11.417/2006</i>
Art. 4º O procedimento para a edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa.	Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.
Art. 5º A edição de súmula com efeito vinculante, quando não se der de ofício, será proposta incidentalmente durante o julgamento de feitos de competência do Supremo Tribunal Federal, e sobrestará o seu julgamento, se necessário. Parágrafo único - A proposta de edição de súmula: I - se for feita perante a turma, a remessa dos autos ao plenário estará condicionada a anuência de 2 (dois) Ministros, e independêrã de lavratura de acórdão; II - se apresentada perante o plenário, adotar-se-ã o procedimento estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.	
Art. 6º Os legitimados nos incisos I a XIV do art. 3º poderão propor, mediante petição, a edição de súmula vinculante, independentemente da existência de processo em curso.	
Art 7º A revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, quando não ocorrerem de ofício, serão propostos mediante petição, sujeita a distribuição, independentemente da existência de processo em curso. § 1º A petição, que deverá ser acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, indicará: I - o número do enunciado impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - a existência de mudança jurídica ou fática substancial, capaz de justificar a alteração do entendimento que presidiu a edição da súmula.	
§ 2º Revogada a lei à qual a súmula está vinculada, tratando-se de súmula interpretativa, esta perde automaticamente a eficácia.	Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederã à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.
§ 3º A proposta de revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante não enseja suspensão dos processos nos quais a matéria versada na súmula for discutida.	Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.
Art. 8º Os enunciados da súmula serão redigidos com clareza e precisão, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I - para a obtenção de clareza; a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando o enunciado versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja sumulando; b) usar frases curtas e concisas;	

Projeto de Lei nº 6.636/2006	Lei nº 11.417/2006
<p>c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;</p> <p>d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto dos enunciados, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;</p> <p>e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;</p> <p>f) evitar o uso de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados;</p> <p>g) restringir o conteúdo de cada enunciado a um único assunto;</p> <p>II - para a obtenção da precisão:</p> <p>a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objeto da súmula e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o Tribunal pretende dar ao enunciado;</p> <p>b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;</p> <p>c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;</p> <p>d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;</p> <p>e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;</p> <p>f) grafar por extenso quaisquer referências a números percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto.</p>	
<p>Art. 9º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos cabíveis ou do uso de outros meios de impugnação.</p> <p>§1º Julgada procedente a reclamação referida no <i>caput</i>, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.</p> <p>§2º Quando a reclamação de que trata o <i>caput</i> impugnar ato administrativo será exigido, como condição de procedibilidade, o esgotamento da instância administrativa, observado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ciência do ato impugnado, desde que não se trate de ato omissivo ou desde que nessa instância se possam obstar os efeitos do ato.</p> <p>§3º O procedimento da reclamação de que trata o <i>caput</i> deste artigo será estabelecido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.</p> <p>§1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.</p> <p>§2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.</p>

<i>Projeto de Lei nº 6.636/2006</i>	<i>Lei nº 11.417/2006</i>
Art. 10 Caberá ao Supremo Tribunal Federal estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias ao cumprimento desta Lei.	Art. 10 O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
Art. 11 O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º: “Art. 56 (...) § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria súmula com efeito vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”	Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º: “Art. 56 (...) § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”
Art. 12 A Lei nº 9.784, de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B: “Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de súmula com efeito vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de súmula com efeito vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”	Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B: “Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”
Art. 13. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação oficial.	Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

### *Notas*

<sup>1</sup> Com efeito, neste último decênio, a enorme frustração com a morosidade do Poder Judiciário foi refletida em vários campos profissionais: (a) militantes da área jurídica criticavam o excesso de formalismo e de recursos previstos no sistema processual; (b) especialistas no campo econômico destacavam as cifras envolvidas no custo de tanta lentidão para o país; (c) os noticiários jornalísticos da grande mídia insistiam em preencher suas matérias destacando casos emblemáticos de demora ou aparente ineficiência da prestação jurisdicional; (d) aos olhos dos leigos, o problema existia e a situação se agravava exponencialmente; (e) em decorrência da atualidade recorrente do tema e da insatisfação generalizada, os políticos usaram em diversas ocasiões como plataforma de campanha a urgente necessidade de implementação da Reforma do Judiciário.

<sup>2</sup> Este pacto evidencia a preocupação com a celeridade do sistema processual. Por exemplo, no

seu item 2, referente a “Reforma do sistema recursal e dos procedimentos”, lê-se que: “Tramitam hoje nas Casas Parlamentares muitos projetos de lei propondo alterações nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, bem como em aspectos do processo trabalhista. Tais reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais. Os signatários comprometem-se a coordenar iniciativas para auxiliar o Congresso Nacional na conclusão desse trabalho”.

<sup>3</sup> Foi veiculada por meio da Emenda Constitucional nº 45 e publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004.

<sup>4</sup> Eis a redação deste dispositivo: “O Congresso Nacional *instalará*, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, *comissão especial mista*, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como *promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais*

amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

<sup>5</sup> O dispositivo constitucional refere-se expressamente à competência do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não é possível que tribunais de segunda instância ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça editem qualquer enunciado com a pretensão de efeito vinculante.

<sup>6</sup> O *quorum* qualificado requerido (dois terços de Ministros ou oito) distingue-se do *quorum* absoluto (seis Ministros, no caso do Supremo Tribunal Federal) previsto no art. 97 da Constituição da República.

<sup>7</sup> Uma questão que poderia ter surgido desde logo se relacionava à efetiva necessidade ou não de regulamentação legal do dispositivo constitucional sob exame. À luz da recente regulamentação da Lei nº 11.417/2006, essa questão perdeu qualquer interesse prático, mas será sucintamente ventilada no tópico 3.1 adiante.

<sup>8</sup> Registre-se que este rol foi ampliado anteriormente por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. No inciso IV, além da Mesa de Assembléia Legislativa, incluiu também “a Câmara Legislativa do Distrito Federal”; e no inciso V, ao lado do Governador de Estado, acresceu o “Governador do Distrito Federal”. Ambos estão incluídos expressamente na lei regulamentadora em questão (incisos IX e X do art. 3º). Este elenco será visto no tópico 3.8.

<sup>9</sup> Cf. § 1º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006, que será examinado no tópico 3.9 adiante.

<sup>10</sup> A má compreensão que estes órgãos públicos têm do “dever legal” de recorrer, apesar de instigante, merece um estudo em separado. Daí porque se opta em não aprofundá-lo nesta ocasião.

<sup>11</sup> Eis o dispositivo: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, a eminente Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, em discurso durante a Sessão Solene de Abertura do Ano Judiciário de 2007, ressaltou expressamente que: “A edição de súmulas com efeito vinculante para a Administração dificilmente poderá ser suficientemente louvada. Tudo porque é fato inconteste que a Administração, em suas diversas esferas – por motivos vários, mas também pela falta de mecanismo que desse aos seus representantes judiciais o necessário respaldo – tantas vezes insiste em ignorar interpretação reiterada do Supremo Tribunal Federal, e com tal proceder obriga o cidadão a in-

tentar mais uma das milhares de causas idênticas que congestionam os serviços forenses, retirando-lhes a agilidade necessária para o enfrentamento de questões novas e urgentes” (Trecho extraído do discurso veiculado na matéria de Maria Fernanda Erdelyi por meio da *Revista Consultor Jurídico*, no dia 1º.02.2007).

<sup>13</sup> Ademais, o parágrafo único do art. 143 do regimento, que se refere ao *quorum* presencial para votação de matéria constitucional no Pleno, estabelece que: “O *quorum* para votação de matéria constitucional (...) é de oito Ministros”.

<sup>14</sup> Em pesquisa realizada em 07.02.2007 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.gov.br>), constatou-se que o último verbete de súmula existente é o nº 736, aprovada na sessão plenária de 26.11.2003 e publicada no D.J.U. de 9, 10 e 11 de dezembro de 2003. Portanto, ainda não existe qualquer súmula editada posteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31.12.2004.

<sup>15</sup> Para aprofundamento destas questões, ver: Barroso (2006, p. 261-288). Embora o professor trate de questão específica de direito tributário no parecer, seu estudo a respeito da mudança da jurisprudência do STF e a modulação dos efeitos temporais de suas decisões à luz da ponderação do princípio da segurança jurídica constitui verdadeira aula de Direito Constitucional, de leitura obrigatória para quem se interessar pelo tema. Por ser anterior à publicação da Lei nº 11.417 (D.O.U. de 20.12.2006), o parecer não contempla a recente regulamentação dada por esse diploma legal.

<sup>16</sup> Insta registrar a preocupação do autor acerca da utilização que será dada a tal mecanismo. De um lado, o doutrinador reconhece que: “É absolutamente imprescindível que se tenha uma noção daquilo que pode ser sumulado”. De outro, entende que: “A súmula, na verdade, deve ser menos abrangente do que a lei e deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas, principalmente quanto à sua INCIDÊNCIA” (WAMBIER, p.120-121).

<sup>17</sup> Em conclusão, ressalta que: “Assim, pode-se concluir que, embora haja referência, no final do *caput* do art. 103-A, a algo que deveria ser definido ‘na forma estabelecida em lei’, a lei que poderia dispor sobre a súmula vinculante pouco ou nada poderia acrescentar ao dispositivo constitucional em questão, a fim de atribuir-lhe eficácia. Lembre-se de que, a rigor, por norma constitucional de eficácia limitada deve-se entender aquela que realmente depende de lei posterior que explique e determine o seu conteúdo. Ou, por outras palavras, exige-se a formulação de lei posterior porque a norma constitucional, se não fosse regulamentada, ficaria sem sentido. Isto não ocorre com o art. 103-A da Constituição Federal, segundo pensamos, já que

esta norma basta em si mesma para a implementação da súmula vinculante no direito brasileiro” (WAMBIER, 2005, p. 126-128).

<sup>18</sup> A redação aprovada na lei é idêntica àquela do seu projeto. Isso ocorreu com a maior parte desta lei, apesar de ligeiras modificações na redação e na ordem das palavras nas orações. Por isso, quando não houver nenhuma referência ao Projeto de Lei nº 6.636, entender-se-á que se manteve igual, semelhante ou próximo disso, na redação final. Nos casos de relevante discrepância, serão apontadas as diferenças. Para um cotejo desde já entre os dispositivos do projeto e da lei publicada, basta ver o quadro comparativo ao final anexado.

<sup>19</sup> A repetição explícita da necessidade de decisão de dois terços dos Ministros (Cf. art. 103-A, *caput*, da Lei Maior) foi suprimida na redação final da lei.

<sup>20</sup> A redação final deste dispositivo discrepou daquela do projeto, que previa a manifestação obrigatória do Procurador-Geral da República em todos os procedimentos de edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante. Para constatar a distinção entre ambas, confira o quadro comparativo ao final anexado.

<sup>21</sup> Acresça-se que o membro do *Parquet* poderia modificar sua opinião inicialmente colocada em razão do debate travado em torno de determinada norma, os influxos acadêmicos dela originários e sobretudo após a manifestação de terceiros acerca da questão sob análise, esta admitida pelo relator por decisão irrecurável nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006.

<sup>22</sup> Embora não seja possível que o Procurador-Geral da República desista da ação direta de inconstitucionalidade que ajuizou, é possível que modifique seu entendimento durante o trâmite da ação. Neste sentido, o art. 5º da Lei nº 9.868/1999, que regulamenta o trâmite da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dispõe que não será admitida a desistência de ação proposta. De igual maneira, o § 1º do art. 169 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”.

<sup>23</sup> De fato, cuidando-se da legitimidade ativa do Procurador-Geral da República na ação direta de inconstitucionalidade, o professor Luís Roberto Barroso (2004, p. 121-122) explica de maneira clara que: “O Procurador-Geral da República, na linha dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente à Constituição de 1988, possui juízo discricionário acerca da propositura ou não de ação direta. Afigura-se, todavia, como boa prática institucional que o Chefe do Ministério Público Federal encaminhe para conhecimento da Su-

prema Corte todas as representações que receba e que sejam fundadas em argumentação revestida de seriedade e plausibilidade. Posteriormente, ao emitir parecer sobre a matéria, poderá opinar pelo acolhimento ou não do pedido”.

<sup>24</sup> O mesmo dispositivo na versão do projeto previa que: “A decisão sobre a aprovação ou rejeição de súmula com efeito vinculante somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros” (Cf. Anexo).

<sup>25</sup> Assim, por exemplo, na sessão plenária em que algum enunciado for objeto de análise, presencialmente será necessária a soma de oito Ministros no mínimo (número compatível com o *quorum* decisório) que deverão convergir para que dali exista uma decisão legítima a respeito de sua edição.

<sup>26</sup> Eis a dicção do referido dispositivo: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>27</sup> No Projeto de Lei nº 6.636/2006, o *caput* do art. 5º estabelecia que a edição de enunciado proposta incidentalmente durante o julgamento de feitos da competência do Supremo Tribunal Federal poderia sobrestá-los, caso necessário. Todavia, esse dispositivo foi modificado na versão definitiva da lei, passando a ser o art. 6º, e o seu parágrafo único não foi adotado. Para visualizar essas e outras distinções, ver o quadro comparativo ao final anexado.

<sup>28</sup> À redação inicial do dispositivo correlato no Projeto de Lei era acrescida no trecho referente à manifestação de terceiros, “mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão”, expressão que foi suprimida na redação definitiva da lei. Confira no final deste estudo Anexo que traz quadro comparativo entre ambos.

<sup>29</sup> Trata-se de restrição da eficácia temporal do enunciado. Este dispositivo legal seguiu a linha do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e do art. 11 da Lei nº 9.882/1999.

<sup>30</sup> No Projeto de Lei nº 6.636/2006, este dispositivo equivalia ao art. 7º, § 2º, e limitava o vínculo do enunciado à lei apenas e tão-somente quando a súmula tivesse caráter interpretativo, ocasião em que perderia automaticamente a eficácia no caso de sua revogação. Para conferir a distinção entre os dois dispositivos em cotejo (do projeto e da lei), veja o quadro comparativo anexado ao final do trabalho.

<sup>31</sup> Atualmente, o Regimento Interno prevê o procedimento da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, nos seus artigos 156 a 162.

<sup>32</sup> A redação definitiva dos dispositivos legais que regularam a reclamação foi distinta daquela proposta originalmente no Projeto de Lei nº 6.636/2006, como se verifica no quadro comparativo ao final anexado.

<sup>33</sup> O art. 9º da Lei nº 11.417/2006 incluiu o art. 64-B na Lei nº 9.784/1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Esse dispositivo legal cuida da hipótese de procedência ou acolhimento da reclamação ajuizada contra decisão administrativa que tenha violado o enunciado de súmula com efeito vinculante. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal dará ciência tanto à autoridade prolatora da decisão como também ao órgão competente para o julgamento do recurso para que, a partir de então, ambos passem a adequar suas futuras decisões em casos semelhantes, “sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”. Conferir breves comentários a essa modificação no tópico 3.14 abaixo.

<sup>34</sup> De acordo com o art. 10 constante do Projeto de Lei nº 6.636/2006, caberia ao Supremo Tribunal Federal estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias ao cumprimento da lei (Cf. a distinção entre ambas no quadro comparativo anexo).

<sup>35</sup> O § 1º do art. 8º da Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, preceitua que: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

<sup>36</sup> Confira-se, por exemplo, o seguinte trecho do discurso da eminente Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal durante a Sessão Solene de Abertura do Ano Judiciário de 2007, no qual ressaltou expressamente que: “Folgo em dizer que o Poder Judiciário, confiando nesse desdobramento [edição da Lei nº 11.417/2006], já vinha se preparando para dar consequência imediata às inovações. Já fizemos circular entre os Ministros desta Casa, desde o final do ano passado, as primeiras propostas-tentativas de enunciados de súmula vinculante, elaboradas por nossa comissão de jurisprudência. Elas serão formalmente encaminhadas à apreciação do Plenário, após a tramitação prevista pela nova Lei nº 11.417/06” (Trecho extraído do discurso veiculado na matéria de Maria Fernanda Erdelyi por meio da *Revista Consultor Jurídico*, no dia 1.02.2007).

<sup>37</sup> Em matéria veiculada pelo Jornal Valor Econômico, o jornalista Juliano Basile (2007, p. 13) informa que: “O vice-presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, explicou ao *Valor* que existem alguns projetos de súmula prontos, como o problema do aumento na base de cálculo da Cofins (que afeta diretamente às empresas) e a correção das contas vinculadas ao FGTS (um caso de interesse dos trabalhadores). Mas, o rombo da pensão por morte será o primeiro caso de grande repercussão

em que a súmula deverá ser aplicada já que envolve, segundo o ministro, uma ‘infinitude de casos’. Existem sete mil processos sobre este assunto apenas no STF e alguns ministros estão com os seus gabinetes lotados por causa do excesso de ações sobre este problema”.

<sup>38</sup> Para melhor visualização da redação, confira no quadro comparativo anexado ao final os respectivos dispositivos.

<sup>39</sup> Tratou-se do Projeto de Lei nº 13/2006 originário do Senado Federal e que, na Câmara dos Deputados, tomou o nº 6.636/2006.

<sup>40</sup> Para isso, é necessário que se adote a seguinte premissa: as súmulas que passarão a trazer o efeito vinculante (força normativa) e a eficácia *erga omnes* (generalidade e abstração) tornar-se-ão espécies de ato normativo primário.

<sup>41</sup> Em resumo: “Mesmo que se forme uma corrente doutrinária e jurisprudencial, oposta à possibilidade de Controle de Constitucionalidade das súmulas vinculantes, por meio de ADIN, sob o argumento de não se estar tratando de espécie de ato normativo e sim jurisdicional. Será inegável, a aceitação de que por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o controle se viabilizará, vez que esta modalidade de ação de jurisdição constitucional, admite o confronto não apenas de leis, mas sim de qualquer ato emanado do poder público em confronto com a Carta Magna, quando evidente o descumprimento de preceitos fundamentais” (Cf. ARTEIRO, 2005).

<sup>42</sup> Para aprofundamento deste tema e outros a ele relacionados, ver também Andrade (2006a; 2006b; 2007).

## Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. A garantia da razoável duração do processo no âmbito internacional. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. 10, n. 217, 31 jan. 2006a.

\_\_\_\_\_. A repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários: EC n. 452004 e lei n. 11.418, de 19 dez. 2006. *Informativo Eletrônico Dialex*, Brasília, a. 25, n. 17, 24 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Reforma do poder judiciário: aspectos gerais: o sistema de controle das leis e a regulamentação da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006b.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. O trâmite procedimental da súmula vinculante e seu controle de constitucionalidade sob a égide da emenda constitucional n. 45. *JURID Publicações Eletrônicas*, Bauru, 15 mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista do Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASILE, Juliano. Supremo deve estrear súmula vinculante em decisão sobre o INSS. *Valor Econômico*, Brasília, 2-4 fev. 2007.

BRASIL. Exposição de Motivos/MJ n. 204. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, p. 8, 16 dez. 2004.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. São Paulo: [s.n.], 1 fev. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004: reforma do judiciário: lei 10.444/2002, lei 10.358/2001 e lei 10.352/2001*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# Novas tendências do Direito Constitucional na Europa

Ángela Figueruelo Burrieza  
Maria Auxiliadora Castro e Camargo (trad.)

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução do conceito de Constitucionalismo. 3. O moderno Constitucionalismo europeu, os Direitos Fundamentais e os Tribunais Constitucionais. 4. O atual sistema europeu de Justiça Constitucional. 5. Particularidades do Constitucionalismo europeu. 6. Desafios do Constitucionalismo europeu do presente. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

As modificações experimentadas pelo Direito Constitucional<sup>1</sup> dos últimos cinquenta anos no ocidente democrático, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, permitem que um elevado número de estudos dessa matéria fale sobre um Estado neoconstitucional<sup>2</sup>. Não é pacífica a opinião da doutrina quando utiliza esse termo porque com ele se aludem a questões diferentes que, por um lado, contemplam os fenômenos evolutivos que tiveram influência no paradigma do Estado Constitucional e, por outro lado, com a mesma expressão “neoconstitucionalismo”, faz-se alusão à teoria do direito que se ocupou dessas mudanças e lhes favoreceu com um balanço positivo<sup>3</sup>.

Não é nosso objetivo, numa breve exposição como a presente, esgotar ambos os aspectos. Por isso, considerando nossa ocupação no estudo do Direito Constitucional, centrar-nos-emos na análise das novas tendências da disciplina no continente europeu no âmbito indicado pelos textos consti-

Ángela Figueruelo Burrieza é Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade do Departamento de Direito Público da Universidade de Salamanca.

Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal, especialista e mestre em Direito pela UFG e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha.

Texto - com pequenas modificações - da conferência magistral proferida no dia 31 de agosto de 2005 no *Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Nuevo León*, México, nas seções do Foro “Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho”.

tucionais aprovados depois do Segundo Conflito bélico mundial. As mais significativas podem ser: a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e o texto espanhol de 1978. Também seguem esse paradigma a maior parte das Constituições de novo cunho aprovadas nos últimos anos nos países da Europa do Leste, parte do mundo antes liderada pela extinta U.R.S.S. Todos esses modelos se emolduraram no paradigma do modelo *neo-iuspositivista* do Estado Constitucional de Direito, que na Europa se caracteriza pela existência de Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias<sup>4</sup>.

Não nos ocuparemos do modelo inglês que – embora pertença à primeira experiência de um Estado de Direito forte em que os poderes públicos estão submetidos à lei, não só na forma, mas também no que se refere aos conteúdos – dispõe de uma Constituição não escrita e flexível e permanece ligado à tradição do “common law”. O sistema do “rule of law” inglês inspirou todas as vicissitudes do Estado de Direito europeu, mas seguiu trajetórias evolutivas diferentes<sup>5</sup>.

Com o advento do Estado Moderno e com a conseqüente afirmação do princípio de legalidade, como norma de reconhecimento do direito positivo existente, produziu-se a primeira mudança de paradigma do Direito; a seguinte ocorreu na segunda metade do século XX com a submissão da legalidade às Constituições dotadas de um caráter rígido e hierarquicamente supra-ordenadas às leis, como normas de reconhecimento de sua validade<sup>6</sup>.

Pelo que foi dito, as condições de validade das leis mudam porque estas devem respeitar não só a forma de produção estabelecida nas Constituições, mas também os conteúdos dos princípios nelas reconhecidos. Isto é assim porque, no Estado Constitucional de Direito, as Constituições atuais, além de acolher as normas de produção normativa, estabelecem uma série de proibições e obrigações de conteúdo que podem afetar

tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais. Esses conteúdos podem gerar lacunas que se não se preencherem pela ciência jurídica alteram o papel da jurisdição, que não pode ficar reduzido à aplicação da lei constitucionalmente válida, mas, sim, que deve efetuar um juízo de relevância emitindo censura e decretando sua invalidade se não se adaptar aos postulados constitucionais. Trata-se da dimensão pragmática da jurisdição desconhecida no velho *iuspositivismo* formalista (Cf. FERRAJOLI, 1999; 2003, p. 18 et seq.).

Contudo, é necessário reconhecer que a dimensão fundamental da lei, por estar submetida aos princípios constitucionais, incide também na democracia à qual limita e complementa. Os direitos reconhecidos nas constituições impõem obrigações e limitações à maioria política e aos operadores públicos e, além disso, convertem-se em garantias para todos contra os abusos do poder público que, erodindo os direitos, lesionam o método democrático<sup>7</sup>.

Em resumo, o atual constitucionalismo rígido dá completude ao Estado de Direito como o fazia o positivismo jurídico, já que não só os poderes públicos estarão sujeitos à lei, mas também o próprio poder legislativo, que antes era absoluto, estará submetido a uma norma de caráter superior que é a Constituição. Nela se encontram as razões das condições da existência do Direito e seu “dever-ser”, ou as distintas opções que presidem suas condições de validade.

As transformações institucionais (e o Direito Constitucional as sofreu) sempre surgiram das mãos das correspondentes mudanças culturais. As experiências jurídicas de cada momento histórico se manifestaram nas correspondentes filosofias jurídicas e políticas, por isso, o iusnaturalismo triunfou na época pré-moderna quando não existia um monopólio estatal na produção normativa. O iuspositivismo encontrou seu lugar depois do nascimento do Estado moderno a partir das codificações, e o constitucionalismo aprofundou suas raízes de-

pois da quase generalização universal da garantia jurisdicional da rigidez das Constituições<sup>8</sup>.

## 2. *Evolução do conceito de Constitucionalismo*

Os aspectos sobre a evolução do conceito de constitucionalismo, que com caráter geral expusemos, obrigam-nos a reconduzir as idéias em atenção a uma melhor clareza na exposição. O ponto de partida deve ser, necessariamente, o conceito de Constituição que sustentamos. Trata-se da “norma que define em um instrumento único ou codificado a estrutura política superior de um Estado a partir de determinada hipótese e com um conteúdo determinado”. Esta “última forma de organização do poder que existiu na história” surgiu no Ocidente no fim do século XVIII e seus dois marcos mais representativos foram os textos que se promulgaram pela ocasião da Revolução Americana até chegar à Constituição Federal de 1787, ainda vigente; e as que se aprovaram na Europa depois da Revolução Francesa (Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, 1981, p. 49 et seq.; PÉREZ ROYO, 2003).

Esses paradigmas nos mostram uma origem popular, ou comunitária, com fundamento no pacto social e no postulado básico da auto-organização como fonte de toda legitimidade do poder e do Direito. Com evidente clareza se expressa o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”.

A evolução que esse conceito de Constituição sofreu foi totalmente diferente nos dois lados do oceano Atlântico. Na Europa, tanto a direita como a esquerda utilizaram-se das idéias revolucionárias francesas de tal modo que, às monarquias restauradas, só restou a idéia que sustenta tratar-se de uma Codificação formal de um sistema político superior. O conhecido “princípio mo-

nárquico” e as “Constituições outorgadas” desvirtuam, assim, a idéia originária. A esquerda por sua parte, com fundamento na influência do Hegel e Marx, reduz a norma constitucional formal à estrutura do poder real que a sustenta. Assim, a Constituição escrita seria “uma mera folha de papel” e a Constituição real e efetiva estaria integrada pelas relações de poder que não costumam aparecer expressamente integrada no texto normativo.

Essas críticas conseguiram que, com o passar do século XIX, desaparecesse na Europa o conceito genérico de Constituição, que reapareceria de forma balbuciante na Constituição de Weimar em 1919, e se consolidaria depois da Segunda Guerra Mundial. Durante esse largo período de tempo, a Constituição deixa de ser uma norma com uma origem e conteúdo determinado suscetível de ser invocada em sede judicial, ficando limitada a constituir a exigência lógica da unidade do ordenamento jurídico. Seria, então, uma simples peça lógico-sistemática presente em qualquer Estado à margem do tempo, do espaço e dos conteúdos, ficando reduzida a um conceito formal e abstrato a teor das doutrinas positivistas dominantes (FIORAVANTI, 2001)<sup>9</sup>. Essa idéia de Constituição foi exposta com profundidade na teoria sustentada por K. Schmitt (1992) ao afirmar que o Estado não tem Constituição; qualquer Estado é Constituição.

O conceito de Estado abstrato que subjaze nessa teoria elimina os problemas-chave de toda organização política como são a legitimidade do poder, sua titularidade e seus limites (Cf. SCHMITT, 1992)<sup>10</sup>.

Já em 1927, H. Héller (1971, p. 95 et seq.) sustentou que era “verdadeiramente notável que nossos constitucionalistas nada sabiam dizer da proposição: o poder do Estado provém do povo”. Esse é o fundamento da teoria da Constituição.

O conceito de Constituição tem origem em uma corrente medieval que se cristaliza no fim do século XVIII e começo do XIX e que, depois das vicissitudes deste século e

do primeiro terço do século XX, voltou para o caminho correto, uma vez terminada a Segunda Guerra Mundial e com ela os totalitarismos imperantes em algumas nações do velho continente.

No começo, a idéia moderna e atual de Constituição adquiriu seu fundamento nos pactos entre o Rei e o Reino com a finalidade de limitar o exercício do poder (por exemplo o Bill of Rights inglês de 1688). A partir daí se entendeu por Constituição a capacidade do povo de decidir por si mesmo na hora de estabelecer uma ordem política determinada, fixando sua estrutura básica e seu funcionamento. Assim, no momento de fixar essa estrutura, o povo deve participar por meio de seus representantes, que serão seus agentes, mas não seus proprietários<sup>11</sup>.

O poder há de aparecer como uma construção da sociedade na qual o povo se reserva certas zonas de liberdade, de participação e de controle efetivo, com o objetivo de que esse poder jamais possa ser superior à sociedade, mas permaneça reduzido a ser seu instrumento. A Constituição como instrumento jurídico deve expressar o princípio da autodeterminação política comunitária, como pressuposto do caráter originário da mesma e do princípio da limitação de poder.

Esses dois princípios que já estavam reconhecidos no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 continuam, atualmente, tendo plena validade.

O conceito de Constituição que defendemos permaneceu invariável para os constitucionalistas norte-americanos, desde a Constituição Federal de 1787, para os suíços e para os franceses que o recuperaram depois da Segunda Guerra Mundial (embora neste caso fosse necessário introduzir matizações exigidas pelo dogma da soberania parlamentarista tão arraigada nesse país europeu). Os italianos e os alemães o recuperaram ao final da Segunda Guerra Mundial; e os portugueses e espanhóis, em 1976 e 1978, respectivamente.

Desta forma, sustentamos, veementemente, que o princípio limitador do poder e o reconhecimento dos âmbitos de liberdade pessoal são o fundamento do moderno constitucionalismo. A liberdade é consubstancial à própria idéia do poder como relação entre homens e o conceito de um poder sem limites é contraditório com a idéia de liberdade. Por isso, é imprescindível que, quando se estabelecer uma forma determinada de poder, este venha limitado desde sua origem. Essa idéia se robustece quando, nas palavras de Rousseau (1979), a Constituição se apresenta como um contrato social. Diz o autor genebrino: “trata-se de uma forma de associação que defende e protege com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedece, entretanto, mais que a si mesmo”. Essa técnica de decisão coletiva caminhou unida de forma indissociável ao pensamento iusnaturalista material sobre os direitos inatos ao homem e de caráter pré-estatal que o Estado deve respeitar, garantir e procurar fazer efetivos<sup>12</sup>.

O moderno constitucionalismo surge, então, como instrumento dessas idéias que hoje continua sustentando e defendendo. A tradição individualista européia, de base religiosa, que desconfia do Estado como potencial transgressor dos direitos humanos, e que por isso tem que ser limitado em seu poder, continua presente nessa teoria. Mas a idéia de uns direitos fundamentais que garantam a liberdade da pessoa humana, que participa do controle do poder político, converteu-se em um cânon universal. À margem desses conteúdos não haveria Constituições normativas, mas, sim, unicamente, textos constitucionais de caráter nominal ou semântico (Cf. LOEWENSTEIN 1970, p. 218, et seq.).

As Constituições normativas do Ocidente democrático configuram e organizam os poderes do Estado, estabelecem os limites do exercício do poder, reconhecem e garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, os objetivos positivos e as prestações que o

poder está obrigado a cumprir em benefício da comunidade. Pois bem, nesse esquema a Constituição nos apresenta como a *norma jurídica que emana do povo, titular da soberania, que no exercício do poder constituinte decide elaborar uns preceitos vinculantes tanto para o Estado quanto para os cidadãos*. O verdadeiramente novo na evolução do moderno Estado Constitucional é a exigência de substituir o arbitrário governo dos homens pela segurança jurídica que confere o governo das leis. É a força vinculante bilateral da norma suprema (Ihering) o fundamento dessa “lex superior”<sup>13</sup>.

As razões que asseguram o caráter da Constituição, como norma fundamental e fundamentadora do ordenamento jurídico, são, principalmente, as seguintes:

1 – Nela se define o sistema de fontes formais do direito, quer dizer, não só as normas que existem em um determinado ordenamento jurídico, mas também a forma de produção e a preferência das mesmas para sua validade. A Constituição é a fonte das fontes, *norma normarum* ou, em outras palavras, a norma de produção.

2 – A Constituição cria e configura um sistema jurídico-político que nela se apóia tendo, em consequência, vocação de duração e permanência diante do caráter transitório com que nascem as leis ordinárias. Isso conduz à distinção entre um poder constituinte, do qual nasce a Constituição, cujo titular é o povo soberano, e os poderes constituídos e limitados pela própria Constituição: legislativo, executivo e judiciário. Daí se deduz, a princípio, o caráter rígido da norma constitucional que está dotada de uma “super-legalidade formal” ao exigir para sua reforma procedimentos mais agravados e difíceis do que para a modificação das leis ordinárias. Mas, essa idéia exige também o reconhecimento de uma “super-legalidade material” que assegura à Constituição

uma preeminência hierárquica ante o resto das normas elaboradas pelos poderes constituídos e limitados. Essas normas só poderão ser válidas se não confrontarem com o sistema formal de produção estabelecido na norma suprema e com o conjunto de valores materiais que a Constituição reconhece.

3 – Esse caráter de fonte do direito e fonte das fontes do direito subjacente nas verdadeiras Constituições normativas permite sustentar a necessidade imperiosa de um sistema de garantias para fazer efetiva a supremacia constitucional. A super-legalidade material garante, em última instância, a super-legalidade formal porque exige que qualquer norma que pretenda sair do marco constitucional tenha que ir precedida, para não ser declarada nula por inconstitucionalidade, de uma reforma constitucional<sup>14</sup>.

A idéia da Constituição como norma suprema é fruto do constitucionalismo norte-americano, como também o é a criação do sistema federal. A tradição inglesa sustentava a idéia de um “fundamental law”, mas a tradição da soberania parlamentar, e com ela a da imunidade judicial das leis que prevaleceu no século XVIII, mantém-se na atualidade.

Ao contrário, partindo do conceito de um direito natural superior ao Direito positivo, e inderrogável por este, os colonos americanos, em sua luta contra a Coroa inglesa, questionaram a violação de seus direitos individuais e coletivos. A rebelião, a pretexto da existência de “um direito mais elevado” que as decisões do Parlamento inglês, combateu as medidas fiscais que supunham um peso para os colonos, argumentando que qualquer lei contra a Constituição é nula e os juízes deveriam deixar de aplicá-la. O julgamento por tribunal e a aprovação do imposto foram os grandes protestos que nutriram a Revolução norte-americana e ambos os princípios são imutáveis, inclusi-

ve para as leis do parlamento, porque se apóiam em “the fundamental laws of this constitution, a constitution grounded of the eternal and immutable law of nature”<sup>15</sup>.

A tradição iusnaturalista europeia é influenciada pelas doutrinas de Coke e de Locke nas quais se inspiraram os colonos para sua Revolução. O direito natural supõe um parâmetro normativo superior às leis positivas. Esse parâmetro que decide a validade das leis do Parlamento será moldado numa Constituição escrita, impondo a supressão da noção de soberania do órgão legislativo ordinário, cujas normas estão subordinadas à Constituição. Mas, além disso, a Constituição, norma escrita, dificilmente poderia ter defendido o “higher law” como garantia dos indivíduos se ao mesmo tempo não tivesse proclamado a faculdade dos juizes para declarar a inconstitucionalidade das leis “judicial review”. Surge a idéia da própria Constituição Federal de 1787 (Artigo VI, Seção 2), que reconhece que essa Constituição é o direito supremo da terra declarando a vinculação direta dos juizes a ela, de forma que os juizes só aplicarão as leis se forem conforme à Constituição. Esta, na qualidade de lei certa e fixa, contém a vontade permanente do povo e é o direito supremo da terra. Por outro lado, na Inglaterra, a vontade do Parlamento é transcendental e não tem limites.

O Tribunal Supremo dos Estados Unidos da América do Norte, na sentença “*Marbury versus Madison*” de 1803, obra do juiz Marshall, aperfeiçoa o sistema expresso na própria Constituição reconhecendo o poder dos tribunais e juizes para declarar nulas – apenas para efeitos de negar aplicação – as leis que contradigam o texto constitucional (Cf. SCHWARTZ, 1963).

Na Europa, as coisas aconteceram de forma distinta devido à prevalência do modelo monárquico que sustentou, até 1919, que a Constituição era um simples Código formal em que se articulavam os poderes estatais (norma política sem conteúdo jurídico).

Mas a Constituição de Weimar, depois da Primeira Guerra Mundial, cria um Tribunal ao qual se lhe confiará unicamente a resolução dos conflitos entre os poderes constitucionais e entre os entes territoriais próprios da organização federal. Também, em 1920, a Constituição austríaca acolhe as inovadoras idéias de Kelsen que este reformará posteriormente, em 1929. O jurista austríaco parte do sistema norte-americano, mas, em oposição à “judicial review”, introduz um sistema concentrado de controle no qual um único órgão (o Tribunal Constitucional) estará habilitado para declarar a inconstitucionalidade das leis. A este órgão deverão dirigir-se os juizes e tribunais que, na hora de realizar a função jurisdicional de julgar e fazer executar o julgado, carecem do poder de desaplicar as leis que considerem contrárias à Constituição. Assim, o órgão criado por Kelsen para velar pela constitucionalidade das leis não decide casos concretos, mas sim, unicamente, a incompatibilidade lógica entre a lei ordinária e a Constituição. A função não seria propriamente jurisdicional, mas, sim, de “legislação negativa”, o que leva Kelsen a sustentar que, até que o Tribunal Constitucional não se tenha pronunciado sobre a validade de uma lei, os operadores judiciais estarão obrigados à sua aplicação. Quando o alto Tribunal se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade da lei, os efeitos serão “*erga omnes*”, como sucede com os atos legislativos, mas de ab-rogação. A Lei não será declarada nula “*a radice*”, mas, sim, unicamente anulável (as sentenças do Tribunal Constitucional possuem natureza declarativa e seu valor “*ex nunc*” e “*pró futuro*” difere substancialmente do original sistema norte-americano)<sup>16</sup>.

Os acontecimentos históricos fizeram fracassar o sistema *weimariano* de justiça constitucional, receptor das idéias do grande teórico K. Schmitt, sobretudo a partir de 1932 e do golpe de estado do Reich contra Prússia legitimado nos Regulamentos Presidenciais fundamentados no artigo 48 da

Constituição de Weimar, que encomendava sua defesa ao “poder neutro e moderador” do Presidente do Reich (arts. 130 e 46). Esse fracasso fez que a República Federal Alemã, assim como a Itália, Portugal e Espanha, junto com outros países que teriam sofrido a perversão do ordenamento jurídico e a ausência de liberdades individuais, adotassem, na segunda metade do século XX, o sistema *Kelseniano* de justiça constitucional, mas com novidades importantes<sup>17</sup>.

Na justificação do tipo de Constituições democráticas desenvolvidas na Europa na segunda metade do século XX, encontra-se a recepção das doutrinas de Schmitt, que sustentam que a constituição é democrática porque é querida pelo poder constituinte do povo soberano. Também se aceitam as idéias kelsenianas sobre o pluralismo social e político que abrigam as Constituições e que impede que alguém ocupe a totalidade do espaço de ação dentro do qual se movem as forças sociais e políticas, porque as empurra ao diálogo, ao compromisso, e ao reconhecimento mútuo.

Pois bem, o desenvolvimento concreto desses textos constitucionais europeus vigentes representa uma forma nova e inédita de reconhecer, primeiro, e superar depois, as doutrinas existentes previamente sobre a constituição democrática. Assim, a idéia francesa revolucionária do poder constituinte, reafirmada em Weimar em 1919, transforma-se para aproximar-se do conceito revolucionário norte-americano segundo o qual o poder constituinte não só cria a Constituição, mas também serve de fundamento para a ordem jurídica estatal de forma permanente, pressupondo um limite ao poder do legislador. (Neste sentido é proferida a sentença do Tribunal Constitucional espanhol 76/83, de 5 de agosto)<sup>18</sup>.

Em razão do exposto, devemos destacar que os regimes políticos europeus da segunda metade do século XX se configurarão como democracias constitucionais dotadas de uma norma suprema agasalhadora dos princípios fundamentais que caracterizam

o mesmo regime político. A legalidade constitucional não permite violar a Constituição em nome do poder constituinte do povo soberano (como acontecia no modelo radical *rousseauuniano*), mas tampouco uma negação incessante entre as forças sociais e políticas desenvolvida conforme às regras parlamentares do pluralismo social e político, e que podia ser considerasse legítima conforme ao modelo *Kelseniano*<sup>19</sup>.

### 3. O moderno Constitucionalismo europeu, os Direitos Fundamentais e os Tribunais Constitucionais

Na mudança de paradigma sofrida pelo atual constitucionalismo europeu, tiveram muito que ver as idéias vigentes em torno do significado e função desempenhada pelos direitos fundamentais. Estes, antes da Segunda Guerra Mundial, eram concessões legais voluntárias do Estado (doutrina positivista) e não, como acontece na atualidade, seguranças e garantias de uma ordem de valores que, em suas últimas características, é pré-estatal e, em conseqüência, independente do Estado. Eram normas programáticas não vinculantes concebidas na administração pública e alguns, como o direito à igualdade, liberavam o legislador. Atualmente são direitos vinculantes, diretamente aplicáveis pelos operadores judiciais, e, nos casos de serem desenvolvidos pelo legislador, as limitações que podem sofrer têm que fixar tanto o fim como as dimensões das mesmas. O denominado conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado e suas modificações exigem a modificação formal do texto constitucional, que em nenhum caso poderá afetar a dignidade humana que os legitima<sup>20</sup>.

No que diz respeito ao que foi mencionado, adquirem relevância especial as palavras de H. Krüger (1950, p. 12): “antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais”, o que implica a idéia de uma Constituição como ordem de

valores indisponíveis para o legislador e, em conseqüência, a possibilidade de que os tribunais possam controlar o legislativo. Os Tribunais Constitucionais, no sistema de jurisdição constitucional concentrado, dirigem e guiam esse controle em colaboração com a magistratura ordinária.

Aqui radica o verdadeiro papel que hoje em dia se atribui à função judiciária. As competências formais dos órgãos do Poder Judiciário nos apresentam isso como órgãos de controle perante o Legislativo e o Executivo (todos eles poderes limitados), e como árbitros encarregados de resolver os conflitos entre órgãos estatais. O incremento da função de controle que as Constituições européias vigentes outorgam ao juiz, diante de outros poderes do Estado, implica novidade se a compararmos com os períodos históricos precedentes. Isso significa um aumento do poder dos juizes ante a administração e o legislador. Encontramo-nos, assim, diante de um fato indiscutível que se eleva ao *status* de garantia institucional com valor de direito fundamental e que, no núcleo duro dessas Constituições normativas, é considerado direito à tutela judicial efetiva, que permite a toda pessoa ir perante o juiz para reclamar contra todas as violações sofridas na esfera de sua liberdade pessoal por ações ou omissões dos poderes públicos e de particulares<sup>21</sup>.

O que se disse sobre a ordem ética de valores e suas pretensões de validade imediata servem também para a ordem política em sentido estrito; quer dizer, para a defesa da democracia, do sistema parlamentarista de governo, para o princípio de divisão de poderes, para a defesa dos postulados em que se divide a fórmula do Estado, ou para a proteção do sistema de distribuição territorial do poder político. Embora essa ordem política, de acordo com a natureza das coisas, não esteja provida de garantias invioláveis na medida em que estão os direitos fundamentais, *tanto o legislador ordinário, como o legislador constitucional* (nos casos de reforma da norma suprema), *ficam vincula-*

*dos a estes princípios e subordinados ao controle jurídico dos Tribunais*<sup>22</sup>.

Por que, depois da Segunda Guerra Mundial, as Constituições de novo cunho na Europa encomendaram a função de guarda constitucional ao Poder Judiciário? Aludimos ao reconhecimento da existência e vigência jurídica de uma ordem de valores morais anterior ao direito legislado que marca o abandono do positivismo legalista e a perda da crença na onipotência do legislador estatal. Diz H. Jahrreiss ([19-?], p. 44) que “é um retorno da idéia da lei como prévia ao direito à do direito como prévio à lei”.

Essa ordem de valores anterior ao direito pertence à ordem das crenças que abrangem o que conhecemos com o nome de cultura ocidental e durarão no tempo tanto quanto dure referida cultura.

Pois bem, esses valores moldados nas Constituições obrigam por igual a todos os poderes públicos – em especial ao legislador – e aos cidadãos. Mas, no caso de violações, e quando se apresentem dúvidas, a última palavra corresponde ao juiz. A desconfiança dirigida ao poder legislativo se deve, principalmente, ao fato da mudança da relação do homem com a lei. Dá a sensação de que a Lei – em outro tempo escudo da liberdade e do direito – converteu-se no momento presente em uma ameaça para esses bens inestimáveis. O liberalismo e o constitucionalismo primitivos demonstravam sua fé no legislador e desconfiavam do juiz porque este tinha estado a serviço do Príncipe no Estado Absolutista. Por isso, explica-se o empenho em vincular-lhe à letra da lei como garantia contra o arbítrio da autoridade. Para que tal objetivo se cumprisse, eram necessários dois requisitos: 1) a lei devia ser a norma geral e abstrata do comportamento humano, um mandato orientado em função da justiça, e não a expressão de uma vontade orientada a um fim; 2) a melhor garantia de proteção da justiça das leis radicava na entrega da função legislativa ao Parlamento, integrado pelos representantes do povo, que, por meio da discussão

no exercício de suas funções, elaboravam essa norma geral e abstrata submetidos unicamente a sua consciência, e colaborando nessa tarefa com outras Câmaras e a Coroa (Cf. ARAGÓN REYES, 1987; FIGUERUELO BURRIEZA, 1983; GÓMEZ SÁNCHEZ, 1986; KELSEN, 1977; MANZELLA, 1977; SANTAOLALLA LÓPEZ, 1984; SOLÉ TURA; APARICIO, 1984).

Essas conjecturas não ocorrem na realidade atual no seu sentido original. A lei, enquanto norma geral e abstrata, ordenadora do comportamento humano, não se encontra no primeiro plano da realidade legislativa. No moderno Estado Prestacional, a lei passou a ser um "ato de conformação política orientado a um fim (...) medida determinada para superar uma determinada situação totalmente concreta para resolver conflitos a curto prazo de grupos de interesses contrapostos". Entretanto, os atos de direção política estão submetidos também ao valor da justiça. Até mesmo os parlamentos contemporâneos experimentaram mudanças em sua posição e estrutura. Surgem, então, os mandatos não independentes – ou seja, vinculados aos partidos – e, com eles, o perigo do absolutismo da maioria da Câmara e dos Grupos Parlamentares dominantes em seu seio. Isso conduz ao quebrantamento da confiança na objetividade e na neutralidade dos órgãos legislativos, que se vêem submetidos também a pressões extras parlamentares e a um aumento da carga de trabalho que dificulta o cuidado e a reflexão na elaboração das leis com o grau de justiça que seria desejável no "produto lei" (Cf. BACHOF, 1963, p. 35 et seq.; PIETRO SANCHÍS, 1998).

Todas essas mudanças se originaram, em parte, pela evolução e desenvolvimento das relações sociais e pelas pretensões crescentes de uma cidadania que põe todas suas esperanças no Estado garantidor da "procura existencial"<sup>23</sup>.

Esse desenvolvimento inevitável necessita de um contrapeso que se preocupe de que os valores superiores do ordenamento

jurídico constitucionalmente reconhecidos estejam plenamente garantidos. Tem que ser uma instância que decida com a maior objetividade e autoridade possível se, num determinado conflito, esses valores ficaram ileso ou não, e, em tal caso, ordenar que se restabeleça a paz perturbada. Essa instância deve ser o juiz, trata-se de uma força não comprometida politicamente que não participa da legislação, nem está submetida a seus controles, pois uma instância de controle que fosse juiz e parte seria contraditória.

O órgão encarregado de julgar, formado por pessoas versadas em direito e que goza da independência de que se dota ao juiz quando está vigente o princípio de separação de poderes, é um Tribunal. Mas, essa função de controle deve ser exercida pelos Tribunais ordinários, com o resto de suas funções próprias, ou deve ser encomendada a órgãos especializados e criados expressamente para o exercício desse trabalho? Na Europa, atualmente, considera-se que essa função tão cheia de responsabilidade, assim que suporta a interpretação da Constituição e a proteção de seu sistema de valores, deve ser encomendada a uma instância especializada, formada por pessoas de creditada experiência em questões jurídicas e na prática constitucional. O órgão deve estar dotado de certo caráter representativo (ainda que seja indiretamente), que lhe permita decidir com caráter vinculante questões com grande transcendência política, embora a forma de resolvê-las requer, sem dúvida, o método jurisdicional<sup>24</sup>.

Esses órgãos recebem o nome de Tribunais Constitucionais e se consideram os supremos, mas não únicos, intérpretes constitucionais. São os órgãos de fechamento do sistema jurídico-político que as Constituições configuram e supõem a culminação do Estado de Direito. Com eles colaboram, na hora de depurar o ordenamento jurídico conforme ao cânon constitucional, os juízes e tribunais ordinários, mas no bom entendimento de que o monopólio do afastamento

das normas inconstitucionais com caráter de lei corresponde ao Tribunal Constitucional. Sem embargo, os argumentos jurídicos dos juizes ordinários podem evitar os monólogos do Alto Tribunal e ajudar ao avanço do desenvolvimento concreto dos postulados constitucionais, junto a quem defende seus interesses particulares nos processos ordinários que os juizes devem conhecer (Cf. PÉREZ ROYO, 1988).

#### 4. *O atual sistema europeu de Justiça Constitucional*

Na atualidade, a maior parte das Constituições vigentes no velho continente europeu se inclinaram por adotar o sistema de controle de constitucionalidade de raízes kelsenianas. Os Tribunais Constitucionais se configuram como órgãos “ad hoc”, separados e à margem da jurisdição ordinária, que se encarregam de uma jurisdição especial encaminhada a efetuar o controle de constitucionalidade das disposições e atos com força de lei emanados dos distintos órgãos estatais dotados de competências para isso. As competências que se atribuíram aos diversos Tribunais Constitucionais são distintas em número e denominação mas, em geral, podem ser agrupadas em três blocos temáticos:

1 – Depuração do ordenamento jurídico expulsando dele as normas imediatamente subordinadas à Constituição que contradigam a norma suprema. O controle da legalidade das normas inferiores à lei é competência da jurisdição ordinária.

2 – Defesa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais contra os atos de poder que violem os postulados constitucionais que os consagram, e

3 – Resolução dos conflitos gerados por causa da descentralização do poder político sobre a base das entidades territoriais. Conflitos que são possíveis também entre órgãos constitucionais do Estado que nas-

cem da Constituição e nesta norma suprema encontram sua natureza e funções.

No exercício de todas essas competências, o Tribunal Constitucional atua como um verdadeiro árbitro implementado pelo poder constituinte soberano a serviço da Constituição como norma suprema e com a finalidade de velar para que os poderes constituídos e limitados respeitem seus conteúdos e encargos. A consolidação da justiça constitucional exacerbou a força normativa da Constituição porque o atual Estado Democrático de Direito tem fundamento na exigibilidade jurídica dessa norma. Com isso, a chamada *juridificación* da vida política e do conflito social latente encontra nos Tribunais Constitucionais um instrumento essencial, embora não exclusivo, de garantia do respeito à Constituição por parte dos poderes públicos e dos particulares<sup>25</sup>.

Pelas razões expostas, verifica-se que o impacto da justiça constitucional na Europa é considerável. A teoria da Constituição atualmente gira, sobretudo, em torno dos critérios hermenêuticos empregados pelo juiz constitucional quando resolve os conflitos que lhe são expostos. Por meio da interpretação, os supremos defensores das Constituições colaboram, quando exercem suas competências, com a adequação da norma suprema à realidade social e política. Embora essa via não possa ser utilizada para suplantar o poder legislativo por um método jurisdicional, a interpretação jurídica realizada pelo Tribunal Constitucional deve perseguir a resolução dos conflitos, no marco constitucional, para depurar o ordenamento jurídico e assegurar a maior eficácia possível sobre o corpo social dos valores constitucionalizados. As metas desses Tribunais são: o exercício de uma função integradora do ordenamento jurídico e o fortalecimento do sistema democrático mediante a reivindicação dos valores constitucionais. Seu êxito depende da prudência e do rigor jurídico com que tais tribunais operem (Cf. RUBIO LLORENTE, 1993).

Embora o balanço da atualidade jurisdicional dos Tribunais Constitucionais seja altamente positivo, os riscos que a justiça constitucional deve continuamente superar são bem conhecidos. Desde o fim da Primeira Guerra Mundial, de forma periódica surge a crítica caluniadora do trabalho da justiça constitucional sobre a base da possível tensão suscitada entre política e direito, ou seja, à resolução de conflitos políticos com métodos jurisdicionais. Na seqüência, suscita-se o problema das fontes que utiliza o Tribunal Constitucional para obter os critérios de decisão se sua intervenção se produzir diante de uma eventual insuficiência do texto constitucional. Qual é, pois, a origem e o fundamento desse formidável poder que permite aos Tribunais Constitucionais complementar a Constituição, construindo conceitos novos que nem sequer estavam na mente do poder constituinte? Qual é a fonte ou a legitimidade democrática de dito poder?<sup>26</sup>.

A crítica conservadora, cujo melhor representante foi K. Schmitt, nega as possibilidades da justiça constitucional porque, em sua opinião, não transforma o Estado em jurisdição, mas sim, ao contrário, converte os Tribunais em instâncias políticas. Não *juridifica* a política, mas sim *politiza* a justiça. Em sua opinião, a política não tem nada a ganhar, e a justiça tem muito que perder. Citado autor nega que a decisão sobre o conteúdo de uma lei tenha caráter jurisdicional sob o fundamento de que a Constituição não é matéria de decisão judicial, mas, sim, de decisão política do legislador. Afinal, os Tribunais Constitucionais se distinguem – assinala – como uma segunda Câmara.

Em oposição ao Tribunal Constitucional idealizado por Kelsen, Schmitt propõe o Presidente do Reich como defensor da Constituição já que, em virtude do artigo 48 da Constituição de Weimar, concentram-se em suas mãos todos os poderes para exercer a “ditadura constitucional”. O fundamento encontra-o Schmitt (1983) em seu conceito de Constituição como decisão fundamental

prévia à Lei Fundamental que conforma o povo em uma comunidade política concreta. Essa é a tese de um grande sofista (cético sobre o conhecimento da verdade democrática) que, na prática, conduziu a dissolução constitucional do sistema de Weimar<sup>27</sup>.

Contrariamente à crítica conservadora, a avaliação das esquerdas coloca a decisão criadora não na Ditadura do Executivo, mas, sim, na Assembléia ou no Partido. A Constituição como norma jurídica abstrata e intemporal não se pode colocar por cima dessa instância suprema que é a Assembléia. Assim, se a crítica conservadora tinha fundamentos fascistas, a crítica das esquerdas os tinha jacobinistas. O princípio deliberativo de raiz jacobina nega a legitimidade de um Tribunal que possa anular, por inconstitucionais, as normas emanadas de uma Assembléia. Por isso, invoca argumentos secundários como o de que o Direito é um instrumento de conservação e não de mudança. O Tribunal Constitucional seria um muro de contenção contra as mutações normativas que apenas devem realizar as Câmaras ou Parlamentos; seria um “colégio” aristocrático e frio, diante das Câmaras irracionais, apaixonadas e improvisadoras que legitimam a democracia, por ser a representação da vontade do povo.

Nos Estados Unidos da América do Norte, os inventores da “judicial review” também criticaram o “governo dos juízes”, ao sustentar que carecem de legitimidade democrática, que não são responsáveis e que não dispõem de capacidade de resposta para as demandas sociais atuais. Essas críticas foram benéficas, no seu tempo, porque permitiram depurar os limites da “judicial review” e dirigi-la principalmente para a proteção dos direitos fundamentais, abandonando o terreno escorregadio dos temas econômicos. Mas, nunca um ativismo judicial acarretou tão benéficas conseqüências como as produzidas em razão do trabalho realizado pelo Tribunal WARREN que operou a maior revolução social ocasionada na América do Norte<sup>28</sup> (Cf. EISENMAN;

HAMON, 1961, p. 231 et seq.; GASTON-MARTIN, 1949).

Mas, também em território europeu, criticou-se a justiça constitucional como o fez a França. Neste país, berço da Revolução que transformou a Europa, continuou-se mantendo um modelo político de defesa da Constituição. A cada certo tempo, tomam evidente importância os receios contra o poder dos juizes e despertam-se instintos de raiz jacobina. A tentativa de fazer aflorar uma incipiente justiça constitucional, depois da reforma de 1974, que permite ao Conselho Constitucional Francês (órgão de natureza política colaborador do Parlamento) conhecer da possível inconstitucionalidade das leis impugnadas por um número mínimo de sessenta parlamentares, despertou os protestos de vozes autorizadas da doutrina francesa que denunciam a usurpação do poder legislativo pelos componentes de um órgão não democrático que efetua uma censura suprema sem outorgar as garantias tradicionais das altas jurisdições, dominando o conjunto do edifício político francês (Cf. LACHARRIERE, 1980, p. 133-150).

Em resposta a essas objeções, diz o Dr. García de Enterría (1981, p. 175) que “o Tribunal da História não só tem absolvido a justiça constitucional de ditas acusações mas também a afiançou como uma refinada técnica do governo humano”.

Entre os argumentos utilizados para atacar o sistema europeu de justiça constitucional, encontra-se também a acusação de que subverteu o princípio da divisão de poderes ao considerar o poder judicial como controlador dos outros dois. Mas sobre esse particular se demonstrou que a limitação sofrida pelo Governo e pelo Parlamento é uma correção necessária para tentar restabelecer o equilíbrio depois do aumento de funções que nos últimos tempos afetaram aos poderes legislativo e executivo. Os Tribunais Constitucionais, embora sejam o órgão de cúpula de nossos sistemas jurídico-políticos, não são órgãos soberanos no plano constitucional; dessa forma, apenas atu-

am repressivamente e carecem de iniciativa própria para a configuração política. Só atuam a requerimento dos entes legitimados (poderes públicos ou cidadãos) quando devem resolver as questões que a Constituição ou as Leis lhes atribuem. Além disso, quando, depois de ter superado o filtro dos Tribunais Constitucionais, os atos dos poderes controlados são declarados conforme à Constituição, produz-se um fortalecimento indubitável da autoridade democrática objeto de controle<sup>29</sup>.

Tampouco podemos aceitar, sem sólidos argumentos, que o poder judiciário seja antidemocrático. O juiz é poder público – órgão do Estado –, como todos os que a norma suprema configura. Ao Parlamento, é certo, escolhem-no os cidadãos mas sempre tendo em conta a intervenção dos partidos políticos. O juiz pode não ter legitimidade representativa na origem, mas tem legitimidade funcional ou de exercício porque administra justiça “em nome do povo” (aplicando de forma exclusiva, íntegra e obrigada as normas emanadas democraticamente), da mesma forma que o faz também o Parlamento quando promulga leis e o Governo quando governa. Pois bem, o Poder judiciário deve permanecer em contato com a opinião pública, em um diálogo permanente sobre o valor da justiça que administra ou dos erros de sua jurisprudência. Nesse “diálogo” encontramos a oportunidade especial do juiz e coloca-se à prova sua aptidão para o exercício do trabalho que lhe é encomendado (Cf. PÉREZ ROYO, 2003, p. 100 et seq.).

Outras objeções sublinham o perigo de politização da justiça, posto que não se pode negar que os Tribunais Constitucionais, em grande medida, resolvem conflitos políticos formulados sob forma jurídica. Faz anos que W. Wengler (1956, p. 40 et seq.)<sup>30</sup> destacou que “o caráter político de um ato não exclui um conhecimento jurídico do mesmo, nem o resultado político de dito conhecimento lhe despoja de seu caráter jurídico”. O ser humano está dotado de subjetividade, e

como tais também o estão os juízes; mas o juiz experiente deve conhecer os perigos conseqüentes dessa circunstância e saber eliminá-los. O enfrentamento de distintas opiniões, o diálogo necessário com a opinião pública... pode ajudar a garantir um maior nível de objetividade.

Se nos fixarmos nos conteúdos das Constituições, verificaremos imediatamente sua amplitude material. Na atualidade as normas supremas não só indicam ao legislador a forma de produzir o direito, mas também lhe marcam e delimitam o campo de atuação predeterminando amplas esferas de regulação jurídica, ajustando-se aos cânones dos valores democráticos. Ocasionalmente, assim, um transbordamento constitucional devido à imersão da Constituição, como portadora de valores democráticos, em todas as esferas do ordenamento jurídico. Isso dá lugar a que os operadores públicos não acedam à Constituição via legislador, mas sim o façam diretamente e de forma permanente, porque na atualidade é difícil encontrar um problema jurídico sério que careça de relevância constitucional. Para a resolução desses problemas, as normas supremas contêm regras diferentes das normas ordinárias porque incorporam valores, princípios e um elevado número de conceitos jurídicos indeterminados (Cf. JUAN MORESO, 2003, p. 99-122; PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 47 et seq.). Diz Ferrajoli (1999) que a sujeição à lei será sempre válida quando for coerente com os postulados constitucionais. O juiz constitucional deve ser consciente do trabalho especial que lhe toca desempenhar dadas as circunstâncias que se desprendem de suas decisões. Assim, as regras que deve aplicar não aparecem na norma suprema em uma formulação perfeita e claramente viável do ponto de vista da técnica jurídica, mas, sim, devem desenvolver-se por meio dos princípios jurídicos fundamentais ou do complexo conjunto relacional da Constituição. Nas hipóteses de conflito entre Direito e Política, o juiz só está vinculado ao Direito (Cf. BACHOF, 1963, p. 58).

Na ordem prática, somos conscientes de que nem o Parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo soberano aceitariam nunca um órgão das características do Tribunal Constitucional, que, na hora de resolver os conflitos que lhe competem (todos de natureza constitucional), fizesse-o sob critérios estritamente pessoais. Unicamente se exercerem suas funções como supremos intérpretes da Constituição terão autoridade para que a comunidade os aceite e legitime no exercício de seu formidável poder. A superioridade de sua função arraiga na natureza da norma que tem que defender. Se se romper a conexão entre Constituição e Tribunal Constitucional, este restará deslegitimado.

Em conclusão, uma Constituição sem um respectivo Tribunal Constitucional que imponha sua interpretação e garanta a efetividade da mesma nos casos conflituivos será uma “norma suprema” ferida de morte que liga sua sorte à do partido no poder, o qual, em caso de conflito, pela via de fato, dará a interpretação que em cada momento lhe convier. Por isso o órgão constitucional – ao qual o poder constituinte soberano do povo encomendou a defesa da Constituição – deve demonstrar sempre a legitimidade de sua existência em função do exercício da atividade jurisdicional de defesa, respeito e aplicação da norma que aplica e, em última instância, interpreta. Só assim o Tribunal Constitucional funcionará como um extraordinário instrumento de integração política e social na sociedade a que serve; e disso dão bom exemplo os países europeus que implementaram esse sistema de justiça constitucional.

##### *5. Particularidades do Constitucionalismo europeu*

As novas tendências do constitucionalismo na Europa parecem reclamar, necessariamente, uma nova teoria do Direito que se afasta bastante dos esquemas do positivismo teórico. As peculiaridades a destacar nessa nova teoria são:

1 – A existência de mais princípios que regras ou o valor superior dos primeiros sobre as últimas.

2 – Na atuação judicial se dá um procedimento antes de ponderação que de submissão.

3 – A onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes.

4 – O caráter extensivo da atuação judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário.

5 – Coexistência de uma constelação plural de valores que às vezes entram em contradição, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um conjunto escasso de princípios coerentes entre si<sup>31</sup>.

Talvez encontremos o detonante principal na tão reconhecida crise da Lei à qual se deve não só a existência de uma norma jurídica superior – a Constituição –, mas também outros fenômenos desenvolvidos na segunda metade do século XX, como são: o processo de unificação européia, o desenvolvimento das autonomias territoriais, a revitalização das fontes sociais do Direito, a perda, como já dissemos, das condições de generalidade e abstração por parte da Lei, etc.

Ao ser, a Constituição, uma norma jurídica presente em todo tipo de conflitos, no constitucionalismo desemboca a onipresença judicial. Além disso, a norma suprema inclui orientações das mais heterogêneas esferas que, por estar confiadas à garantia jurisdicional, fazem com que o legislador perca autonomia. Embora a lei não seja uma simples execução do texto constitucional, este impregna qualquer matéria de regulamentação legal que deve ser judicialmente analisada em sua aplicação, à luz da Constituição. Tampouco se pode esquecer que os textos constitucionais incluem princípios em abundância que não estão dotados de traços comuns e coerentes, ao revés, muitas vezes aparecem como contraditórios no que se refere ao exercício da liberdade. O esque-

ma de valores que mantêm em ocasiões é diferente e eventualmente se produzem tensões entre eles. Essa circunstância foi descrita por Zagrebelsky (1995) como dissociação entre os direitos e a justiça.

A aparente antinomia que descrevemos desaparece assim que constatarmos que os princípios constitucionais preponderam sobre as regras e que as normas constitucionais são, em sua maioria, princípios. As normas contidas nas Constituições vigentes, quando entram em conflito entre si, operam como o fazem os princípios. *Vejam*os: quando duas regras entram em conflito, ou uma delas não é válida ou uma opera como exceção da outra. Mas, se o conflito se dá entre dois princípios, ambos continuam sendo válidos, embora nesse caso concreto um prevaleça sobre o outro. Nessa situação nova, muitos autores falam sobre uma nova teoria da interpretação jurídica quando o objeto de interpretação se tratar de princípios. As peculiaridades nesse caso são mais quantitativas que qualitativas, porque, ao disporem, as Constituições, em grande escala, que as leis das normas chamadas princípios deverão utilizar-se de umas ferramentas distintas para sua interpretação, conduzirão, por sua vez, a uma revisão da Teoria das Fontes do Direito menos *estatalista* e formalista e mais atenta ao nascimento de novas fontes sociais. Exige-se, pois, mais ponderação que submissão na tarefa de interpretar as normas (Cf. PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 137-158; 2003a, p. 175-216).

Entende-se ponderar como a busca da melhor decisão quando, na hora de resolver um conflito, concorrerem na argumentação razões justificadoras contraditórias e que, além disso, tiverem o mesmo valor. Esse método permite resolver certo tipo de antinomias ou contradições normativas quando as mesmas não puderem ser resolvidas mediante os critérios clássicos: hierarquia, temporalidade e especialidade. Os dois primeiros não são aplicáveis nos conflitos constitucionais porque estes se produzem no seio da mesma norma. Mas, sim, pode-se aplicar

o da especialidade nos casos como, por exemplo, ocorre na Espanha com o artigo 57,1 da C.E., que, na hora da sucessão da Coroa, prefere-se o varão à mulher (norma especial que contradiz *in malam partem* ao mandato geral de igualdade diante da Lei sem discriminação de sexo, reconhecida no artigo 14 constitucional). Isso, sem falar que tal especialidade vem-se revelando manifestadamente como carente de justificação jurídica.

Há também casos em que não se pode aplicar o critério da especialidade, como são os de antinomias entre princípios. Isso ocorre diante da presença de direitos incondicionais e indestrutíveis cuja observância não está submetida a nenhuma condição, mas que podem ser derrotados em certos casos. Esses conflitos constitucionais suscetíveis de ponderação não respondem a um modelo homogêneo assim como tampouco o fazem os princípios. Também encaixam na classificação de princípios as diretrizes ou mandatos de otimização que se caracterizam pela particular estrutura do dever incorporado, quer dizer, a obrigação de seguir uma conduta que se pode levar a cabo de distinta maneira ou com distinta intensidade. A ponderação é necessária porque, para determinar o grau de cumprimento do princípio, depende de distintas circunstâncias e da efetiva presença de outros princípios em conflito (Cf. ALEXY, 1993, p. 81 et seq.).

Assim, esses conflitos que requerem de ponderação para sua resolução se caracterizam porque:

A – ou não existe uma superposição das hipóteses de fato das normas, o que impede catalogar os casos em conflito; ou, embora fosse possível identificar as condições de aplicação, concorrem mandatos que mandam observar de forma simultânea distintas condutas na maior medida possível.

B – o caráter constitucional dos princípios em conflito faz que a antinomia não se possa resolver declaran-

do inválida alguma das normas, mas tampouco contempla a uma das normas como exceção permanente à outra.

C – a solução desses casos na prática se definirá ou pelo triunfo de uma das normas em conflito, ou pela busca de uma solução que possa dar satisfação às duas. Somente assim, por exemplo, em um ordenamento jurídico, poderão conviver a liberdade pessoal e a tutela da segurança pública, o direito à honra e a liberdade de expressão, a igualdade formal e material, o direito de manifestação e a proteção da ordem pública, etc.

Em resumo: quando se dão conflitos constitucionais nos quais não se pode aplicar o critério da especialidade, utiliza-se o método da ponderação. Diante de um caso concreto, o juiz encontra razões de sentido contraditório e não pode resolver a questão declarando inválida alguma regra constitucional, nem afirmar tampouco que alguma delas deve ceder sempre em presença da contrária, pois isso importa estabelecer uma hierarquia que não está na Constituição. O pronunciamento judicial que cabe formular é o de uma preferência condicionada, traçando uma hierarquia axiológica na qual fica evidente, no caso concreto de que se trata, que deve triunfar uma das razões constitucionais em conflito, não descartando a preeminência da contrária em outro caso distinto.

Trata-se de enunciados racionalmente necessários para resolver, nos casos concretos, conflitos entre princípios do mesmo valor ou hierarquia. Isso conduz a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto. O Tribunal Constitucional espanhol tratou a respeito, na Sentença 320/1994:

“Não se trata de estabelecer hierarquias de direitos nem prevalências ‘a priori’, mas sim de conjugar ambos os direitos ou liberdades a partir da

situação jurídica criada, ponderando e pesando cada um deles em sua eficácia recíproca”.

Embora tenhamos dito que a ponderação é o método alternativo à subsunção, seguindo a L. Pietro Sanchís (2003b, p. 151 et seq.), sustentamos que se opera em fases distintas da aplicação do direito. Se não houver um problema de princípios, o juiz *subsume* o caso concreto no descrito pela lei, e resolve sem necessidade de ponderar. Se a subsunção não for possível porque se dá um problema de princípios (isto é apreciado na primeira fase), é necessário ponderar na seguinte fase para, em um terceiro momento, voltar para subsumir, porque a ponderação se encaminha à formulação de uma regra que, nesse caso concreto, permite eliminar ou adiar um dos princípios para dar passagem a outro que opera como a premissa normativa de uma submissão.

O caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta o juízo de ponderação são evidentes. Todo o processo argumentativo requer distintas valorações porque os princípios, segundo Comanducci (1999, p. 74 et seq.), não diminuem, mas, sim, incrementam a indeterminação do direito. Mas a ponderação não deve estimular a introdução de um subjetivismo exacerbado, nem deve converter-se em um método vazio, porque, embora não garanta a existência de uma só resposta para todo caso prático, sim nos indica para onde deve dirigir-se a argumentação: quando se fixa um enunciado de preferência a favor de um princípio ou de outro, terá que justificar o grau de sacrifício ou de afetação de um bem para obter a satisfação de outro bem em conflito.

R. Alexy (1993, p. 157) responde às objeções de irracionalidade e subjetivismo (que sempre precisam ser matizadas) com as seguintes palavras: “valem na medida em que com elas se infira que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado. Mas não valem na medida em que delas se infira que

a ponderação não é um procedimento racional ou é irracional”.

Essa nova teoria das fontes, afastada do legalismo, pretende introduzir o problema dos princípios, e de uma teoria de interpretação reforçada, nem puramente mecanicista, nem puramente discricional, em que os riscos da interpretação constitucional sejam conjurados mediante a argumentação jurídica.

## 6. Desafios do Constitucionalismo europeu do presente

Um dos desafios que o atual Direito Constitucional europeu deve enfrentar é conhecer a dimensão constitucional dos Estados membros da União Européia – atualmente vinte e cinco – no marco do processo federalizante, no qual estamos imersos, que começou na década dos anos cinqüenta e segue seu processo evolutivo de ampliação (Cf. MANGAS MARTÍN, 2005). Consolidada a União Econômica, pretende-se avançar para a União Política, embora esta, depois dos recentes fracassos dos referendos francês e holandês, tenha entrado em crise. Também deve ser destacado que os Estados atuais se desmembram, verticalmente, tanto para cima<sup>NT</sup> quanto para baixo<sup>NT</sup>, e cada vez mais perdem cotas de soberania (poder) porque as competências que transferem a favor do funcionamento de órgãos supranacionais, ou das entidades políticas que surgem dos processos de descentralização, obrigam a entender que está ocorrendo um deslocamento das fontes do direito fora de seus confins, com a correspondente debilitação das Constituições Nacionais. Diante desses processos, cabe propor uma integração jurídica e institucional, no plano horizontal, para complementar a integração econômica e política. Sem dúvida,

<sup>NT</sup> Quando, por exemplo, cede o exercício de certas competências à União Européia.

<sup>NT</sup> Como no caso espanhol que descentraliza o poder, transferindo determinadas competências às Comunidades autônomas.

isso, necessariamente, conduz a uma “Teoria da Interconstitucionalidade” que se ocupa das relações interconstitucionais a fim de evitar os conflitos entre várias constituições ou entre vários poderes constituintes concorrentes no mesmo espaço político. Essa teoria traz a inovadora criação de uma “rede de Constituições” de Estados soberanos e as turbulências que, na organização interna dos estados constitucionais, originam-se por causa do funcionamento das instituições dessa organização supranacional de caráter internacional (Cf. GOMES CANOTILHO, 2003, p. 92)<sup>32</sup>.

Talvez possa pensar-se em um constitucionalismo sem Estado à altura de espaços supra-estatais aos que lhes deslocaram centros de poder e de tomada de decisões: tratar-se-ia do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo internacional que podem coadjuvar a limitar, legitimando os novos poderes (Cf. FERRAJOLI, 2003, p. 22 et seq.).

O paradigma que nos pode servir, por sua proximidade, é o da União Européia em que tramita, embora não com poucas dificuldades, o processo de ratificação de um Tratado Constitucional por parte dos Estados membros conforme seus respectivos procedimentos internos. Esse projeto, que agora está em crise, incorpora em sua Parte II, à maneira da parte dogmática de uma Constituição normativa, a Carta Européia dos Direitos Fundamentais, que foi solenemente proclamada em Nice no dia 7 de dezembro de 2000. Nessa Carta, ao lado dos clássicos direitos civis e de liberdade, abundam os direitos sociais ou de terceira geração. No momento a aplicação da Carta está nas mãos dos operadores públicos, especialmente dos órgãos judiciais que são os encarregados de aplicar o direito da União, sobretudo dos juízes nacionais. A norma que assegura seu valor jurídico é o artigo 6,2 do T.U.E. que reclama como princípios gerais do Direito Comunitário os Direitos Fundamentais resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados membros (Cf. CRUZ VILLALÓN, 2004).

Os princípios de primazia e de aplicação direta (criados pelo Tribunal do Luxemburgo, que funciona, sem sê-lo, a modo de Tribunal Constitucional na Europa unida na diversidade) são de cumprimento obrigatório em todos os países que formam parte de dita organização supranacional porque, do contrário, “se perderia o caráter comunitário e o fundamento jurídico da própria comunidade” (Sentença Costa/Enel de 15 de julho de 1964). Mas, esses princípios que estão na essência da Comunidade e de seu funcionamento e que pretendem ser positivados no (ainda Projeto) Tratado Constitucional não impediram os Tribunais Constitucionais – sobretudo nos casos alemão e italiano – proibirem a incorporação aos seus ordenamentos de normas em conflito com as Constituições nacionais. Para eliminar essa antinomia (que se produz em um sistema de soberanias em concorrência no qual a questão de “quem decide” não está resolvida (POIARES MADURO, 2003), seria conveniente a ancoragem da validade das fontes comunitárias e da jurisprudência do Tribunal de Justiça com sede em Luxemburgo, em uma tabela de Direitos ao menos tão abundante como as das Constituições Nacionais. Isto é o que se pretende com a Carta de Nice que leva uma lacuna de muitos anos de existência. Essa Carta e sua inclusão no Tratado Constitucional supõem um notável avanço, mas não oferecem a melhor solução, pois esta requer uma refundição total dos poderes da União desterrando o princípio de colaboração de funções e uma mais clara e precisa distribuição de competências entre as instituições européias e os Estados membros mais próximos ao modelo federal que não é aceito, em seus termos mais corretos, pelos comunitaristas<sup>33</sup>.

Se se quer construir um Estado de Direito Europeu, deve-se seguir um caminho inverso ao realizado pelos Estados de Direito nacionais, pois o constitucionalismo não vai completar ao Estado Legislativo de Direito, mas, sim, operar como seu pressuposto. Quando existir a Europa política com a in-

tegração constitucional da União Européia, será possível promover formas de integração e de unificação mais avançadas como alternativa à tendência predominante de formação de um Direito Comunitário jurisprudencial que, de forma muito confusa, mistura-se com o ordenamento dos Estados membros (a questão prejudicial contida no artigo 234 do T.U.E. é o instrumento jurídico posto a disposição dos juizes nacionais para resolver os conflitos entre o Direito Comunitário e o Direito Interno) (Cf. FIGUERUELO BURRIEZA, 1985; 2002).

A perspectiva é ainda mais longínqua no que se refere a um constitucionalismo internacional, esboçado na Carta da O.N.U. e em outras Declarações e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, atualmente em questionamento pelo recurso à guerra para solucionar os conflitos internacionais. Assim, diante do vazio do Direito Público representado pela globalização, a perspectiva de garantias para a paz e direitos humanos representa a única alternativa a um futuro de guerra, violência e criminalidade que ameaça gravemente as democracias ocidentais (Cf. BALDASSARRE, 1999 et seq.; FERRAJOLI, 2003; LUCIANI, 1999; ZOLO, 2000).

## 7. Conclusão

Ao longo da história, o Estado jurisprudencial deu lugar ao Estado Legislativo de Direito e este, ao Estado Constitucional de Direito. O maior desafio que enfrenta este último modelo consiste em permitir o surgimento de um direito ampliado ao plano supranacional, que, partindo das formas e garantias clássicas do constitucionalismo, aporte-nos um novo modelo de constitucionalismo e de esfera pública supra-estatal. Para que isso seja possível, faltam os elementos essenciais de qualquer Estado: povo europeu, sociedade civil, e esfera pública européia. Nos textos normativos vigentes, tampouco se verificam com nitidez os princípios que sustentam o moderno constitui-

onalismo: princípio democrático, princípio liberal e princípio da supremacia constitucional (Cf. RUIPÉREZ ALAMILLO, 2000, 2003; VEGA, 1983, 1988).

Se o que se disse for certo, também é verdade que poderemos encontrar a legitimidade que esse projeto necessita na igualdade de todos no marco das liberdades e nos direitos fundamentais e sociais, entendidos como limites e vínculos diante das leis e dos atos de governo expressos nas maiorias contingentes. A igualdade dos direitos é a melhor garantia de proteção de todas as diferenças de identidade pessoal e da redução das desigualdades materiais. Vendo os outros como iguais, maturará o sentido comum de fazer parte de um grupo social e da identidade coletiva de uma comunidade política, fundada no respeito recíproco, rechaçando as intolerâncias geradas pelas identidades étnicas, nacionais, religiosas ou lingüísticas (Cf. BOBBIO, 1991; DWORKIN, 1995; FERRAJOLI, 1999; HABERMAS, 2000; NAVARRO, 2002; PRIETO SANCHÍS, 1990; RIDÃO, 2002; RUIPÉREZ ALAMILLO, 2005; SARTORI, 2001).

## Notas

<sup>1</sup> Sobre esse assunto, podem resultar esclarecedoras as idéias de Rubio Llorente, F. na voz: "Constitucionalismo" no vol. I da obra coletiva "Temas de Derecho Constitucional" (ARAGÓN REYES, 2001). Também as opiniões de Prieto Sanchís, L. em "Neoconstitucionalismo" no "Diccionario de Derecho Constitucional" (CARBONELL, 2002).

<sup>2</sup> Cf. os trabalhos publicados sobre este tema na obra: "Neoconstitucionalismo (s)" (CARBONELL, 2003) e em especial para o aspecto que desenvolvemos no ensaio Cf. L. Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", (2003b, p. 123-158). Do mesmo autor deve, ainda, ser consultada a obra: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales" (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 101-136) e dentro dela o capítulo que faz referência ao "Neoconstitucionalismo y sus implicaciones".

<sup>3</sup> Consultem-se os trabalhos da obra antes citada, dirigida e coordenada por M. Carbonell (2003): "Neoconstitucionalismo (s)", destacando, na nossa opinião, os trabalhos de R. Alexy (2004; 1993),

Ferrajoli (1999; 2003), Prieto Sanchís (2002), Guastini, Gayon e Moreso (2003).

<sup>4</sup> Com caráter geral, podem resultar ilustradores os trabalhos publicados por Rubio Llorente, F. e Jiménez Campo, I: “Estudios sobre jurisdicción constitucional”, (MCGRAW-HILL, 1998). Bastante interessante o trabalho que se ocupa da “Jurisdicción Constitucional en España” (MCGRAW-HILL, 1998, p. 1-29). Na mesma linha, mas com um desenvolvimento mais exaustivo a obra de F. Fernández Segado (2004). Ainda, o trabalho de L. Favoreau (1994). Trata-se de um pequeno livro no qual o professor francês desenvolve acertadas reflexões a respeito da regulação, na Europa, da jurisdição constitucional. Aborda, entre outras questões, os aspectos do sistema de justiça constitucional criado por Kelsen em 1920, e na seqüência analisa os distintos sistemas europeus adotados após a Segunda Guerra Mundial. Analisa, inclusive, a singularidade do sistema francês, que o autor, não sem certo otimismo, encontra similitudes com o resto dos modelos europeus. Isto é, em nossa opinião, muito prematuro pois, para que aconteça o que se sustenta, é necessária uma mudança de natureza do órgão vigilante e ao mesmo tempo a ampliação de suas competências. Quem elabora um diagnóstico certo da jurisdição constitucional europeia, suas influências e diferenças com o modelo difuso americano e o modelo concentrado idealizado por Hanz Kelsen é Eduardo García de Enterría (1981) na sua obra, pioneira na Espanha, e de grande repercussão doutrinária posterior entre os estudiosos espanhóis. Uma versão inicial deste trabalho tinha aparecido em 1979 na obra coletiva de IV Volumes: *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Madrid: DGCE, Serviço Jurídico do Estado.

<sup>5</sup> Sobre essa idéia de Estado de Direito como ordenamento jurídico no qual os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal, pode consultar-se a obra de Hanz Kelsen (1979). A respeito das diferenças entre o direito pré-moderno, de formação não legislativa – mas sim jurisprudencial e doutrinária –, e o Estado legislativo de direito, são de interesse as idéias que expõe L. Ferrajoli em seu trabalho: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, na obra coletiva: “Neoconstitucionalismo (s)” de M. Carbonell (2003, p. 13 et seq.). As diferenças entre o modelo de constitucionalismo inglês e o europeu continental são explicadas por J.J. Gomes Canotilho (2003) em função de dois paradigmas diferentes de poderes constituintes: um “institucional”, como a Itália, Alemanha ou Espanha, e outro “não institucional” como acontece no Reino Unido. No paradigma institucional, a norma fundamental é constituída como norma individual (no que se refere ao seu objeto) referido a determinado ou a determinados atos constituintes; no paradig-

ma não institucional, a norma fundamental é constituída como norma geral e é a competência reclamada por e para todos os atos de certa natureza. Cf. Canotilho (2003, p.91 et seq.). Neste ponto o autor segue as idéias de M. Galvão Teles (2000).

<sup>6</sup> Cf. a respeito o breve, mas denso, ensaio que apareceu nos inícios do constitucionalismo espanhol cujo autor é E. García de Enterría (1981) que, sem lugar a dúvidas, contribuiu para que as gerações de jovens estudiosos desta disciplina aprendessem os significados do valor normativo das Constituições rígidas do ocidente democrático.

<sup>7</sup> Nesse sentido são ilustradoras as idéias de E.W. Böckenförde (2000), obra na qual o autor relaciona o Estado, o Direito e a Democracia partindo da idéia de que a liberdade externa não está fora do Direito e a função pacificadora deste pressupõe a existência do Estado como instância de poder que pode eliminar a violência de uns seres humanos sobre outros. Quando o Estado elabora as normas, deve procurar também a legitimação material destas para que sejam obedecidas voluntariamente, bem como eficazes no âmbito social. A democracia é um princípio constitucional acompanhado de um desdobramento dogmático pelas conseqüências que dela se desprendem para a organização e funcionamento do Estado.

<sup>8</sup> Sobre as transformações institucionais sofridas nos últimos tempos pelo Estado de Direito, pode consultar-se com caráter amplo a pesquisa de L. Prieto Sanchís (1998).

<sup>9</sup> Nessa monografia, o autor expõe uma série de doutrinas que, em épocas distintas, tomaram a Constituição como objeto próprio. Sobre o ponto concreto que tratamos no texto, são ilustrativas as idéias de E. García de Enterría (1981, p. 56 et seq.).

<sup>10</sup> Também G. Jellinek (1954) destaca como única característica essencial das Leis constitucionais sua superlegalidade formal; por isso, sustenta que a Constituição “não tem significação jurídica prática naqueles Estados que não têm formas especiais para sua adoção e modificação...”.

<sup>11</sup> Estas idéias, muito melhor desenvolvidas e com um conteúdo bem mais amplo, podem ser conferidas em M. Fioravanti (2001, p. 71 et seq.).

<sup>12</sup> Entre os autores espanhóis, essa mesma idéia de Constituição é acolhida por García Pelayo (1953, p. 33 et seq.).

<sup>13</sup> As idéias de Ihering foram acolhidas na obra de Kägi (1945, p. 41 et seq.).

<sup>14</sup> Esclarecedora nesse ponto, pela contundência da fundamentação, é obra de P. de Vega García (1985).

<sup>15</sup> Nesse ponto concreto, seguimos as idéias acolhidas E. García de Enterría (1981, p. 50 et seq.). Também estão muito bem documentadas as páginas dedicadas a esse tema por J. Ruipérez Alamillo (2000).

<sup>16</sup> As idéias inovadoras de Kelsen (1988) em torno do sistema de proteção por si criado devem ser consultadas no seu trabalho traduzido para o espanhol “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)” reunidos no volume coletivo: H. Kelsen (1988).

<sup>17</sup> É abundante a bibliografia sobre este tema. A respeito, podem ser consultados os trabalhos de F. Rubio Llorente (1977). O trabalho que citamos se encontra nas páginas 155 et seq. Ainda: Zagrebelsky (1977); M. Cappelletti (1973); H. Fix Zamudio (1968); F. Fernández Segado (2004). Em uma linha de idéia similar: L. Pegoraro (1998); D. Rousseau (2002). Concretamente para o caso espanhol Cf. a obra coletiva L. Aguiar de Luque y P. Pérez Tremps (2002).

<sup>18</sup> Sobre o assunto, Cf. as idéias de M. Fioravanti (2001). Diz, ainda, o Tribunal Constitucional español (arts. 159-165 de la C.E; y L.O.T.C. de octubre de 1979): “...la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera sólo en el momento en el que se establece la Constitución. La voluntad y la racionalidad del poder constituyente objetivizados en la Constitución no solo fundan la Constitución en su origen, sino que fundan permanentemente el orden jurídico estatal y presuponen un límite a la potestad del legislador”. Essa sentença foi acolhida por F. Tomás y Valiente (1996, p. 38).

<sup>19</sup> A respeito, Cf. as opiniões de M. Fioravanti (2001, p. 142 et seq.). Também, E. García de Enterría (1981, p. 59 et seq.).

<sup>20</sup> Com caráter geral, Cf. o n° 1 da revista “Derechos y libertades” do Instituto *Fray Bartolomé de las Casas*. Fevereiro-outubro de 1993. Madrid: Universidad Carlos III no qual se aborda monograficamente, o tema “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”. Também o breve, mas profundo, ensaio de N. I. Osuna Patiño (1995). Imprescindível, ainda, a obra de E. W. Böckenförde (1993). Mais extenso e magistral é o trabalho de R. Alexy (1993, 2004); A. E. Pérez Luño (1988); M. Kriele (1982); G. Peces Barba (1980); P. Lucas Verdú (1984); F. Fernández Segado (2003).

<sup>21</sup> Sobre este tema, a doutrina espanhola é muito abundante. Com caráter geral, Cf. nosso trabalho (FIGUERUELO BURRIEZA, 1990); J. González Pérez (1984); V. Gimeno Sendra (1988).

<sup>22</sup> Cf. o opúsculo, de extraordinário conteúdo sobre esse ponto em concreto, de Otto Bachof (1963). Trata-se de um discurso que o autor proferiu na Universidade de Tubinga em 1959, ocasião em que tomou posse no cargo de reitor.

<sup>23</sup> Termo criado pela doutrina alemã e introduzido na Espanha por M. García Pelayo (1978). Em ordem similar de idéias Cf. M. Aragón Reyes (1985). Também: J. Habermas (1987).

<sup>24</sup> Sem ânimo de exaustividade, destacamos entre as numerosas obras escritas pela doutrina espa-

nhola com caráter geral: J. Almagre Nosete (1989); N. González Deleito (1980); E. Linde Paniagua (1995); Ferreres Comella (1997); A. Pérez Gordo (1982); N. Pérez Serrano Jáuregui (1990); El Tribunal (1981).

<sup>25</sup> Para o caso espanhol, com caráter geral, consultem-se os seguintes clássicos coletivos: “El Tribunal Constitucional” (EL TRIBUNAL, 1981); “El Poder Judicial” (RIDRUEJO, 1983). “Incidencias de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia” (INCIDENCIAS, 1985). “Crisis de la Justicia y reformas procesales” (CRISIS, 1988). “R.E.P. n° 7, monográfico sobre garantías constitucionales” (1979).

<sup>26</sup> Questão que, de forma reiterada, todos os autores que se ocupam do tema se vêem obrigados a enfrentar. Cf. entre outros E. García de Enterría (1981, p. 137 et seq.). Ainda: O. Bachof (1963, p. 35 et seq.).

<sup>27</sup> Do mesmo autor: “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, publicado em 1929, no qual de forma categórica, afirma: “una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia Constitucional es una contradicción en los términos” (SCHMITT, 1929).

<sup>28</sup> Já no que diz respeito à visão norte-americana e sobre o caso do Tribunal Warren que comentamos (período 1953), Cf. A. Cox (1970). Também: B. Schwartz (1980); J. Pollack (1979); L. Levy (1912).

<sup>29</sup> Cf. sobre este ponto o trabalho de O. Bachof (1963, p. 50 et seq.). Nesse mesmo sentido: E. García de Enterría (1981, p. 177 et seq.).

<sup>30</sup> Também, na mesma linha diz Forsthooff (1959, p. 41 et seq.) que o importante trabalho do juiz se deve a que os conceitos de valor e outros conceitos jurídicos indeterminados são definidos e concretizados com sucesso pelos operadores judiciais por meio de uma jurisprudência destinada a delimitar e a plasmar valores e princípios constitucionais que remetam aos preceitos éticos extralegais e a conteúdos culturais ou a elementos sociais e econômicos variáveis.

<sup>31</sup> Sobre esse ponto, são de consulta obrigatória: L. Ferrajoli (2003); J. J. Moreso (2003); S. Pozzolo (2003) e A. García Figueroa (2003).

<sup>32</sup> O autor se fundamenta na estimulante proposta de F. Lucas Pires (1997, p. 18) e de Paulo Rangel (2000) em “Uma Teoria da Intercontextualidade, Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires.

<sup>33</sup> A doutrina sobre este ponto é vastíssima. A título de exemplo, podemos citar: J. Martín y Pérez de Nanclares (2003); A. Mangas Martín (2003); P. Andrés y Saenz de Santamaría (2003); G. C. Rodríguez Iglesias (2003).

## Referências

- AGUIAR DE LUQUE, L.; PÉREZ TREMPES, P. (Coord.). *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. (Derecho Comparado).
- ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMAGRE NOSETE, José. *Justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- ANDRÉS, P.; SANTAMARÍA, Saenz de. Hacia una constitución europea: comentarios sobre los trabajos de la convención. *Revista General de Derecho Europeo*, Madrid, n. 1, 2003.
- ARAGÓN REYES, M. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: MacGraw-Hill, 1985.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Cuadernos Taurus, 1963.
- BALDASSARRE, A. La sovranita dal cielo a la terra. In: \_\_\_\_\_. *Mateamorfosis de la sovranita; tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*. Pisa: Cazzaniga, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- BÖCHENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes em el derecho comparado*. Bolgna: Il Mulino, 1973.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COMANDUCCI, P. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. In: NAVARRO, Bouzat; ESANDI, L. M. (Ed.). *Interpretación constitucional*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 1999.
- COX, A. *The warren court*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- CRISIS de la justicia y reformas procesales. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta, 2004.
- DERECHOS Y LIBERTADES. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, n. 1, fev./out. 1993.
- DWORKIN, Robert. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel, 1995.
- EISENMAN, CH.; HAMON, L. La jurisdiction constitutionnelle en droit français: 1875-1961. In: VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT in der gegenwart. Berlin: Max-Planck-Intstitut, 1961.
- EL TRIBUNAL constitucional. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. Milano: Universita Católica del Sacro Cuore, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2004. (Estudios Jurídicos, n. 64).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- \_\_\_\_\_. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A. Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno. *Revista de Economía Política*, Madrid, n. 45, 1985.
- \_\_\_\_\_. Cuestión prejudicial (artículo 177 del T.C.E.E.) y recurso de amparo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad complutense*, Madrid, n. 8, 2002.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.
- \_\_\_\_\_. *En torno a las garantías del sistema parlamentario español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trota, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 1968

- FORSTHOFF, Ernst. *Die öffentliche Verwaltung*. Berlin: [s.n.], 1959.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1981.
- GARCÍA FIGUEROA, A. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1953.
- GASTON-MARTIN. *Les Jacobins*. Paris: Puf, 1949.
- GIMENO SENDRA, V. *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Teoria da constituição*. Madrid: Instituto de Direitos humanos Bartolomé das Casas, 2003.
- GONZÁLEZ DELEITO, N. *Tribunales constitucionales: organización y funcionamiento*. Madrid: Tecnos, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.
- HABERMAS, J. *Historia crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: GG Mass Media, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Más allá del estado nacional*. Madrid: Trotta, 2000.
- HÉLLER, H. *Gesammelte Schriften*. Leiden: Stad Macht, 1971. 2 v.
- INCIDENCIAS de la constitución en las normas aplicables por los tribunales de justicia: segundas jornadas de derecho judicial. Madrid: Presidencia del Tribunal Supremo, 1985.
- JAHRREISS, H. *Die rechtspflege im bonner grundgesetz*. Verhandldes: Deutschen Juristentages, [19-?].
- JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1954.
- JUAN MORESO, José. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- KÄGI, Werner. *Die verfassung als rechtliche grundordnung des staates*. Zürich: [s.n.], 1945.
- KELSEN, Hanz. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.
- KRÜGER: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebund*. [S.l.: s.n.], 1950.
- LACHARRIERE, R. de. Opinión disidente. *Pouvoirs*, Seuil, n. 13, 1980.
- LEVY, Leonard. *The supreme court under earl warren*. New York : Quadrangle Books, 1912.
- LINDE PANIAGUA, E. *Constitución y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1995.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LUCIANI, M. *La costruzione giuridica della cittadinanza europea*. Pisa: Cazzaniga, 1999.
- MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.
- \_\_\_\_\_. Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización de la integración europea. In: HOMEMENAJE a Juan Manoel Castro-Rial Canosa. Madrid: Trotta, 2003.
- MANZELLA, A. *Il parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1997.
- OSUNA PATIÑO, N. I. Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales. *Temas de Derecho Público*, Bogotá, n. 37, 1995.
- PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- PÉREZ GORDO, A. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1982.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Pons, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Tribunal constitucional y principio de división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003a.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord). *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa, 2002.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003b.
- POIARES MADURO, M. Las formas del poder constitucional de la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 119, 2003.

- POLLACK, J. *Earl warren: the judge who changed America*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1979.
- POZZOLO, S. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- RANGEL, Paulo. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. *Themis*, Coimbra, a. 1, n. 2, 2000.
- REVISTA DE ECONOMÍA POLÍTICA. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 7, 1979.
- RIDRUEJO, Luis Pastor. *El poder judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. La constitucionalización de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 16, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Tradução de Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de combate*. Madrid: Alfaguara, 1979.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Constitucionalismo. In: ARAGÓN REYES, Manuel. (Coord.). *Temas de derecho constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.
- \_\_\_\_\_. ¿La constitución en crisis?: el estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 120, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_.; JIMÉNEZ CAMPO, I. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGRAW-Hill, 1998. (Ciencias Jurídicas).
- \_\_\_\_\_. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: \_\_\_\_\_.; JIMÉNEZ CAMPO, I. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGRAW-Hill, 1977.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. J. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización*. México: UNAM, 2005.
- \_\_\_\_\_. La constitución en crisis?: el estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático. *Revista de Estudios Políticos*, n. 120, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La constitución europea y la teoría del poder constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Nacional, 1984.
- SERRANO JÁUREGUI, N. Pérez. *El tribunal constitucional*. Madrid: 1990.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992.
- SCHMITT, K. *Das reichsgericht als hüter der verfassung*. [S.l.: s.n.], 1929.
- SCHWARTZ, B. *A commentary on the constitution of the U.S.: the powers of government*. New York: Macmillan, 1963. 1 v.
- \_\_\_\_\_. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Tradução de E. Alonso. Madrid: Civitas, 1980.
- SOLÉ TURA, J.; APARICIO, M. *Las cortes generales*. Madrid: Tecnos, 1984.
- TELES, Galvão. Temporalidade jurídica e constituição. In: MIRANDA, Jorge. *Nos 20 anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- VEGA GARCÍA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- VEGA, P. de. Constitución y democracia. In: \_\_\_\_\_. *La constitución de la monarquía parlamentaria*. Madrid: FCE, 1983.
- \_\_\_\_\_. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 100, 1988.
- VERDÚ, Lucas. *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- WENGLER, W. *Der begriff des politischen im internationalen recht*. [S.l.: s.n.], 1956.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Tradução de M. Gastón Abellán. Madrid: Trotta, 1995.
- \_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- ZOLO, D. *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Barcelona: Piados, 2000.



# A solução arbitral e as controvérsias em blocos econômicos

Jorge Fontoura

## Sumário

1. Introdução. 2. Pressupostos Arbitrais. 3. Solução de controvérsias no MCCA, no CARICOM, no MERCOSUL e no NAFTA. 4. Conclusões.

### 1. Introdução

O presente estudo destina-se a verificar os dilemas que se têm interposto na utilização das formas arbitrais de composição de conflitos comerciais internacionais no bojo de blocos econômicos, sejam os atores dos contenciosos os próprios Estados ou operadores econômicos privados, indivíduos ou empresas.

O advento dos blocos econômicos, sua franca disseminação e seu rápido aprofundamento institucional provocam mudanças radicais no campo jurídico. Ao trazerem novas demandas, a par de inauditas soluções, os blocos de Estados, e sua miríade de siglas, vão subvertendo com propostas inovadoras e pragmáticas certezas seculares, da Política, da Economia e do Direito.

Se a integração entre países e a construção de blocos é decisão política, fundada em realidade comercial e econômica, o engenho que os conforma é labor jurídico por excelência. Dessarte, blocos econômicos, de qualquer grau ou de qualquer abrangência, são de forma inevitável originários de tratados, sem exceção, como a ordem jurídica que

Jorge Fontoura é doutor em direito, professor do Curso de Pós-graduação da UNILEGIS - Senado Federal e Vice-Presidente do CEDI - DF (Centro de Estudos de Direito Internacional).

lhe conforma a constituir condicionante do sucesso que poderão auferir. E o respeito às normas, provedor da segurança jurídica que todos beneficia deriva exclusivamente da vontade dos Estados comunitários. Sem expresso e deliberado querer coletivo, direcionado ao adensamento de juridicidade, tanto no aparato de tomada de decisões como nos mecanismos de solução de controvérsias, blocos econômicos ficam estagnados, como a recente história das frustradas integrações tem demonstrado à exaustão. A desobediência às regras se generaliza em descrédito, a promover instabilidade e a afastar parceiros e investidores indispensáveis.

No que diz respeito à realidade comercial, o sucesso de uma integração regional vincula-se à credibilidade e à confiança dos atores e operadores econômicos privados. E, maior o comércio, maior deverá ser a incidência de controvérsias, que, ao contrário de leitura *prima facie*, denotam salubridade e pujança econômica do ambiente que se cria. Apenas blocos *anêmicos* e pouco expressivos nas relações de troca é que nada ou pouco conflitam. *Guerras comerciais*, como lemos nos jornais, são expressões impróprias e sensacionalistas, comumente emuladas por setores não competitivos e prejudicados pela abertura econômica, pouco tendo a ver com os reais interesses dos países.<sup>1</sup>

A litigiosidade comercial é, por assim dizer, sintoma macroscópico da eficácia da integração. Em bloco econômico no qual prevalece o primado do direito, com sua dinâmica assentada em ordem jurídica, controvérsias comerciais são benfazejas, a denotar, por conseguinte, a pujança e a higidez das economias que se integram.

Não são as formas escolhidas que determinarão, *a priori*, o sucesso ou o fracasso do projeto de integração. É, isso sim, fundamental que se saiba adequar o nível de integração pretendido ao modo mais escorreito de solverem-se controvérsias comerciais e, não com menos importância, tomarem-se deci-

sões. Não teria sentido, em zona de livre comércio, a opção pela instituição de um tribunal supranacional, porque nas zonas de livre comércio não existem normas supranacionais que devam ser aplicadas. Tampouco caberia facultar o acesso de particulares ao sistema, pois as relações existem, tão-só, de Estado a Estado. Por outro lado, a criação de confederação ou ente confederativo implica, com naturalidade, a existência de tribunal supranacional, pois se está criando nova entidade que primará sobre as demais. Cada um desses modelos ou cada uma dessas fases carecerá de estrutura diferente para a solução de disputas.<sup>2</sup>

Em espaços já integrados, ou que buscam a integração, pela força nem sempre bem intencionada da abertura comercial, o *adensamento de juridicidade*, como quer Celso Lafer, é de importância capital<sup>3</sup>. O sistema de solução de controvérsias, e sua adequação à realidade do bloco ao qual pretende servir, é fator de primeira grandeza para o sucesso do projeto idealizado. A clara definição das regras do jogo, com a neutralização das imposições unilaterais *power oriented*, torna-se imprescindível. Daí ser a construção de blocos econômicos labor jurídico, como já enfatizamos, com aportes dos mais variados, mas sempre, e fundamentalmente, aportes jurídicos.

A solução de controvérsias, clivagem jurídica por excelência dos blocos econômicos, ao utilizar meios alternativos alheios às jurisdições estatais, a exemplo da negociação direta e da mediação, reserva para a derradeira fase, após o fracasso das tentativas precedentes, o chamado, nem sempre com correição, procedimento arbitral. Como verificaremos no presente estudo, de fato designam-se *fase arbitral* as mais variegadas formas de composição de conflitos. Há, também, nos modelos interativos supranacionais, tribunais de justiça, como na cepa europeia, que atuam de forma mais complexa, com mecanismos sofisticados de elaboração jurídica, como é o caso do reenvio prejudicial (SAURON, 2004) e do caráter vinculante

da jurisprudência comunitária (BOULOIS; DARMON; HUGLO, 2001). Resulta claro que o modelo europeu não pode ser transplantado para outras realidades, sem se pagar muito caro por isso.

## 2. Pressupostos arbitrais

Embora se verifique notória banalização do emprego da palavra *arbitragem*, sobretudo nos sistemas de solução de controvérsias que proliferam nos blocos econômicos, devemos ter presente a existência de características essenciais e ontologicamente definidoras do que, em verdade, é o instituto arbitral.

O primeiro dos aspectos quintessenciais que compõe a ideiação arbitral é, como corolário do princípio da autonomia da vontade, a liberdade das partes, tanto na opção pela arbitragem quanto à discricionariedade de escolher e vetar árbitros. A relação de confiança que permeia a dinâmica arbitral parece-nos não comportar delegação ou limitação do livre arbítrio. Ao escolher ou não aceitar designação de árbitros ou co-árbitros, as partes estarão a dar fundo e forma, pelo pleno exercício da autonomia da vontade, à exigibilidade moral da submissão ao laudo, sem o que a instância arbitral se dilui em mero conjunto de bons anseios, a ser partilhado por pessoas bem intencionadas.

Ao verificarmos as normas de arbitragem das mais significativas câmaras internacionais, percebemos claramente a plena liberdade que se concede às partes na indicação de árbitros. O art. 9.2 (*Appointment and Confirmation of the Arbitrators*) das regras de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris, ICC, estabelece que

*"[...] The Secretary General may confirm as co-arbitrators, sole arbitrators and chairmen of the Arbitral Tribunal persons nominated by the parties or pursuant to their particular agreements, provided they have filed a statement of independence*

*without qualification or a qualified statement of independence has not given rise to objections"* (Cf. DERAINS; SCHWARTZ, 2006).

No mesmo sentido, disciplina o art. 6º das Regras do *Centre for Dispute Resolution*, da *American Arbitration Association*, AAA:

*"[...] 1. The parties may mutually agree upon any procedure for appointing arbitrators and shall inform the administrator as to such procedure. 2. The parties may mutually designate arbitrators, with or without the assistance of the administrator. When such designations are made, the parties shall notify the administrator so that notice of the appointment can be communicated to the arbitrator, together with a copy of these rules"*.

No mesmo sentido, as normas da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, CIESP, determinam, em seu art. 5.1, que "[...] poderão ser nomeados árbitros tanto os membros do Corpo de Árbitros da Câmara como outros que dele não façam parte, desde que não estejam impedidos, nos termos do art. 5.2". Embora nem sempre seja possível prover e implementar a plena liberdade da *escolha-veto* dos árbitros pelas partes, parece comprometedor a ideia-força do instituto a previsão de colégios arbitrais *prêt-à-porter* ou listas de árbitros com números clausos. Nesse sentido, tribunais de revisão arbitral, com juízes previamente designados, ou a exigência de que árbitros sejam membros de cortes supremas são injunções inapropriadas. Exigências que tais correspondem, em última análise, a demasias formais incompatíveis com a liberdade de escolha de quem deveria ser o julgador.

Outro importante pressuposto arbitral diz respeito à obrigatoriedade do cumprimento dos laudos. O inconsciente coletivo jurídico (e quem haverá de dele duvidar?), sempre que instado a confrontar-se à arbitragem, questiona: como se obrigará à parte sucumbente o cumprimento do o laudo? A

pergunta eivada de *rationale* positivista é inevitável. A cultura arbitral tem sempre respostas prontas, inclusive aquelas embasadas em dogmatismo, com o empréstimo impuro do *dever ser e fazer* das instâncias formais do poder jurisdicional do Estado-nação. É o que ocorre na utilização da expressão *sentença arbitral*, para dar ares forenses à decisão dos árbitros, o puro e simples *laudo*, como se as palavras tivessem *per se* o dom de mudar a natureza das coisas. Ora, laudos se cumprem, de forma ordinária, por decorrerem de decisões fulcradas na autonomia da vontade, a envolver partes que optam por cláusulas arbitrais, e, logo, fiadoras *in pectore* da ordem também jurídica que criam.

A experiência da grande arbitragem internacional demonstra serem as decisões arbitrais naturalmente cumpridas, sem injunções incompatíveis à liberdade arbitral. Se isso não ocorresse, pelos custos e pelo poder que encerram, seria total irracionalidade do lado perdedor, a gerar prejuízos comerciais incalculáveis, maiores que o valor da condenação e acessórios, além da inestimável perda do maior patrimônio comercial: o bom nome na praça.

Tomando em conta os rígidos alicerces que os pressupostos da arbitragem representam, não parece caber a designação “arbitral” para um colégio de notáveis que sugere às partes, a título de decisão arbitral, relatório com meras indicações desejáveis à solução de determinado conflito. Com as sugestões podendo ser objeto de veto ou descumprimento por parte dos contendores, soa conceitualmente descabida a alusão arbitral.

Da mesma forma, distanciamos da genuína arbitragem, quando se constriem ou se limitam as escolhas dos árbitros, obrigando serem os julgadores alternativos membros de listas rigidamente fechadas, de cortes supremas, ou prevendo, de maneira ainda mais imprópria, o critério aleatório do sorteio, conforme se verifica em alguns sistemas de solução de conflitos.

### 3. Solução de controvérsias no MCCA, no CARICOM, no MERCOSUL e no NAFTA

#### 3.1. Mercado Comum Centro-Americano – MCCA

O Mercado Comum Centro-Americano, originário do Tratado Geral de Integração Econômica Centro-Americana, o Tratado de Manágua, foi constituído em 13 de dezembro de 1960, por Nicarágua, Guatemala, Honduras e El Salvador. A Costa Rica ingressou em 1963, o Panamá em 1991 e Belize em 2000.

Ao verificarmos seu sistema de solução de controvérsias, previsto no art. 26 do Tratado de Manágua, constatamos que ordinariamente o procedimento se inicia pela negociação direta, seguida da fase de conciliação, com a interferência do Conselho Econômico, a autoridade comum, e, por fim, se necessário, com a constituição de tribunal arbitral *ad hoc*.

No que concerne à escolha de árbitros, o tribunal é integrado por magistrados das Cortes Supremas dos países-membros. A solução não é original, pois desde há muito o modelo BENELUX optou por magistrados das Cortes Supremas para compor sua Corte Arbitral, sendo, nesse caso, indicado por seus três países integrantes (DUMON, 1980).

A necessidade de serem os árbitros membros das Supremas Cortes é ainda acompanhada de surpreendente critério de indicação: sorteio. Um terceiro árbitro de país neutro também é sorteado, com encargos de presidir o *panel*. Por sua vez, o laudo é obrigatório e tem força de coisa julgada, de forma compatível com a essência arbitral.

O Protocolo de Tegucigalpa, de 13 de dezembro de 1991, e o Protocolo da Guatemala, de 29 de outubro de 1993, alteram a estrutura orgânica prevista no Tratado de Manágua, ao criar, entre outras instituições, a Corte de Justiça Centro-Americana, com a finalidade de garantir o respeito ao direito, a interpretação e a execução dos tratados

institutivos, dos instrumentos complementares e das demais normas derivadas (ACCIOLY, 2004).

### 3.2. Comunidade do Caribe – CARICOM

Sediada em Georgetown, na Guiana, a Comunidade do Caribe (CARICOM) foi criada pelo Tratado de Chaguaramas de 4 de julho de 1973 e tem por objetivo gerar integração econômica, por meio de mercado comum *sui generis*, que prevê livre comércio, acompanhado de TEC, a par de esforços coordenados nas áreas da agricultura e de desenvolvimento industrial.

Está integrada por Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Haiti (membro provisório), Jamaica, Montserrat, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Ilhas Granadinas, Suriname e Trinidad e Tobago.

Seus associados são Anguila, Ilhas Turcas e Caicos e Ilhas Virgens Britânicas. Entre os países observadores estão Antilhas Holandesas, Aruba, Bermuda, Colômbia, Ilhas Cayman, México, Porto Rico, República Dominicana e Venezuela.

O Tratado de Chaguaramas prevê, no art. 20, personalidade jurídica à Comunidade e estatui procedimento de solução de controvérsias no art. 19 (de forma complementar, nos artigos 11 e 12 de seu anexo).

Incumbe ao Conselho de Ministros dirimir, como órgão conciliador, as controvérsias que lhe forem submetidas e, em não havendo solução, encaminhar a lide ao arbitramento *ad hoc*. Cada uma das partes elegerá um árbitro, escolhidos entre a lista indicada pelos Estados-membros e mantida na Secretaria da CARICOM. Os dois árbitros escolhidos elegem o terceiro árbitro, que não deve ser nacional dos Estados litigantes e que presidirá o tribunal. Na omissão da designação do terceiro árbitro, ou se uma das partes não escolher o seu árbitro, o Secretário Geral fará tal indicação.

Quando houver mais de dois Estados envolvidos na controvérsia, esses devem, de comum acordo, escolher os dois árbitros que

comporão o Tribunal Arbitral. O Tribunal *ad hoc* decidirá sobre o procedimento e se manifestará por recomendações, que não terão caráter obrigatório (RAMIREZ, [199-?]).

### 3.3. MERCOSUL

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL também se fundamenta no direito internacional público, do qual aproveita as três fases clássicas: negociação direta, conciliação e arbitragem (SOARES, 2002). As arbitragens *ad hoc* são realizadas por três árbitros indicados com base em listas nacionais, o que restringe a faculdade de escolha pelas partes. Em sistemas intergovernamentais, como é o caso, o problema é menor, pois os Estados, que serão sempre as partes, formulam as listas de árbitros disponíveis.

Nas recentes modificações implementadas pelo Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, vocacionado a suceder o Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991, buscou-se conjugar a idéia de tribunal arbitral permanente, como no BENELUX (WAMPACH, 1986, p. 887-931), com o modelo que prevê órgão de apelação, nos moldes do sistema de solução de controvérsias da OMC. Esse louvável sistema, colegiado, revisional e compulsório da OMC, frise-se, nada tem da essencialidade arbitral, e com a pura instituição arbitral não deve ser confundido (FONTOURA, 2002, p. 23-32).

O tribunal do BENELUX, ao contrário do que se imagina, sobrevive à Corte de Justiça das Comunidades Europeias e exerce tripla atribuição: interpreta, por via pré-judicial, quando as regras de direito forem pouco claras para o juiz nacional; formula pareceres consultivos, mediante solicitação dos Estados-membros, para que se interprete regra jurídica comum; e, por último, decide acerca de questões administrativas contenciosas de funcionários do bloco. Anterior a toda institucionalização comunitário-europeia, é no BENELUX que se encontram as raízes históricas e a idéia conducente ao

emblemático art. 177 do Tratado de Roma de 25 de março de 1957, que define e institui o reenvio pré-judicial (HUSS, 1980).

Ao prever segunda instância de revisão arbitral, o Protocolo de Olivos, sob os claros eflúvios de Genebra, procurou ser inovador, para deixar ao sabor das partes o encaminhamento desejado. A chave mestra de um subjacente livre arbítrio das partes vem incrustada no artigo 23 do Protocolo, a facultar às partes o acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão. Com o acesso direto, a Corte transforma-se em instância originária *tout court*. Suprime-se instância a permitir o recurso, a partir das consultas fracassadas, diretamente à fase arbitral, sem passar pelas dilações políticas da tentativa de conciliação, em que atuam as seções nacionais do Grupo Mercado Comum.

Os laudos proferidos pelo tribunal não serão objeto de recurso. Fazem coisa julgada formal e material, o que se subsume do mesmo artigo 23 das regras de Olivos. Todos os Estados membros estão sujeitos ao tribunal e não se aplica o expediente da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, tão ao sabor das relações de coordenação ínsitas ao direito internacional público. O art. 54 prevê ser a adesão ao Tratado de Assunção *ipso jure* adesão ao Protocolo de Olivos e a denúncia deste implicar automaticamente denúncia daquele (NORTHFLEET, [200?]).

Grande crítico das modificações de Olivos, feitas em detrimento do sistema preconizado pelo Protocolo de Brasília, Guido Soares acentuava, em suas aulas e conferências, o caráter dispersivo das alterações engendradas em 2002, o que vem paulatinamente a confirmar-se nas recorrentes dificuldades de consolidação do tribunal permanente instalado em agosto de 2004.

### 3.4. NAFTA

Após a firma entre Canadá e Estados Unidos do Acordo de Livre Comércio, de 1º de janeiro de 1989, o México se uniu aos dois países e assinou, em 8 de novembro de 1992, o Tratado de Livre Comércio, pelo

qual se criou o *North American Free Trade Agreement*, NAFTA (ZABLUDOVSKY, 1995, p. 238).

Em vigor somente em 1º de janeiro de 1994, devido a uma série de *démarches* político-econômicas interpartes, houve necessidade de posteriores acordos em áreas específicas, como meio ambiente e direito trabalhista, haja vista a contundente assimetria entre as partes. Após a assinatura desses acordos, o Congresso Americano aprovou o tratado em 20 de novembro de 1993, promulgado em 8 de dezembro do mesmo ano. O México o ratificou em 22 de novembro de 1993, e o Canadá, em 1º de janeiro de 1994, quando o NAFTA entrou, de fato, em vigor. A proposta principal era eliminar tarifas e outras barreiras ao livre comércio de produtos, serviços e investimentos, no prazo de quinze anos.

O procedimento de solução de controvérsias vinha previsto no capítulo 20 do tratado e, sem novidades, propunha as tradicionais etapas emprestadas do direito internacional público: as consultas (art. 2006); os bons ofícios, a conciliação e a mediação (art. 2007); e o *panel* arbitral (arts. 2008 a 2019).

Com o colapso das fases de consultas diretas e mediação, havia a possibilidade de recorrer-se ao *panel* arbitral, mediante solicitação, por escrito, à Seção Nacional do Secretariado, comunicando-se também aos demais Estados-partes. Pela natureza trilateral do tratado, permite-se que a terceira parte ingresse na controvérsia, consoante a previsão do art. 2008.3:

*“Cuando una tercera parte considere que tiene interés sustancial en el asunto tendrá derecho a participar como parte reclamante mediante entrega de su intención de intervenir a su sección del Secretariado y a las partes contendientes. La notificación se entregará tan pronto sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que una de las partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel”.*

Em respeito à liberdade de escolha dos árbitros, há certa restrição, pois o *panel* arbitral é formado por cinco membros escolhidos entre as partes, entre nomes que compõem lista de trinta árbitros indicados pelos Estados-partes. Os membros da lista serão designados por consenso, pelo período de três anos e podem ser reconduzidos. Devem possuir conhecimentos especializados ou experiência em direito do comércio internacional e em solução de controvérsias derivadas de acordos comerciais internacionais. Os árbitros podem ser de qualquer nacionalidade, e não apenas nacionais dos países sócios do NAFTA, como alerta Jorge Witker (1995, p. 171):

*“un rasgo especial de esta lista es que el Tratado no especifica que los miembros de la misma sean ciudadanos de México, Canadá o Estados Unidos. Esto da a entender que pueden ser ciudadanos de cualquier país, inclusive de países no miembros del TLCAN.”*

Instaurado o *panel*, seguir-se-á o procedimento estabelecido pela Comissão, que prevê audiência e oportunidades de apresentação de justificativas e réplicas. Aqui, podem os árbitros e os litigantes pleitear assessoria técnica de pessoas ou grupos de peritos, para auxiliar na resolução da lide. As audiências, as deliberações, o informe preliminar e todas as comunicações serão, como era de se esperar, confidenciais.

O art. 2015 do tratado fundacional, de forma peculiar, confere aos membros do *panel* a possibilidade de acionar um Comitê de Revisão Científica, para solicitar parecer sobre questões relativas ao meio ambiente, saúde ou outros assuntos científicos argüidos por alguma das partes, devendo tal Comitê ser composto por peritos independentes e altamente qualificados.

Após todos os trâmites da fase de conhecimento, o *panel* publicará informe preliminar, bem ao sabor do sistema da OMC, que deverá conter as conclusões e as recomendações para a solução da controvérsia.

Dar-se-á, então, às partes, a oportunidade de fazer observações, que serão analisadas pelos julgadores, cabendo-lhes manter ou reconsiderar a decisão, ou pleitear novas perícias e consultas estimadas necessárias.

O *panel* apresentará o informe final, última fase do procedimento de solução de controvérsias, após trinta dias, contados da apresentação do informe preliminar, com o prazo de quinze dias para a publicação. É de se ressaltar que as decisões do *panel* são consideradas recomendações, não sendo o informe final vinculante, por não ter natureza nem de decisão judicial nem de laudo arbitral. Como vimos, há grande semelhança com decisão advinda do *panel* da OMC, conferindo à parte vencida a faculdade de cumpri-la. Isso não quer dizer, no entanto, não serem as recomendações desprovidas de força, por prever, na ausência de seu cumprimento, possibilidade de retaliações mediante suspensão de benefícios, até que as partes alcancem acordo mútuo. De forma análoga à cláusula prevista no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, tem-se por disposição do tratado (art. 2021) que

*“ninguna de las partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras partes con fundamento en que una medida de otra parte es incompatible con este tratado.”*

#### 4. Conclusões

A profusão de novas órbitas além da jurisdição estatal, dos direitos comunitários à voga de formas alternativas de solução de controvérsias, da *lex mercatoria* a laudos arbitrais *não-nacionais* e relatórios de *panels* da OMC, da jurisprudência à normativa comunitária, das “altas autoridades” às sentenças de tribunais internacionais, todo esse turbilhão de novidades gera panorama inusitado e surpreendente.

A possibilidade de relações não só tangentes, mas também secantes de planos, em princípio, tão distantes, somada à crise de identidade do Estado *soberanófilo*, mas ávido da aura cosmopolita que atrai investimentos e comércio, conduz-nos a certezas precárias, que confundem e ofuscam. No entanto, e desde sempre, é preciso sair da caverna.

A copiosa utilização da arbitragem em solução de controvérsias intrabloco é reveladora da eficiência e do contingente sucesso histórico do instituto. Contudo, as formas empregadas nem sempre correspondem à realidade ontológica da arbitragem, em face de árbitros impostos ou direcionados, ou, ainda, quando diante de decisões ditas arbitrais, mas passíveis de negociação e não compulsórias. Tais formas, contraditórias em vários blocos econômicos, comprometem a essência da autonomia da vontade e a imanência obrigatória da decisão arbitral. Em tais situações, ao arrepio de necessários pressupostos, ou em suas relativizações, cremos ser o emprego da expressão *arbitragem* mera liberdade semântica.

É falsa a idéia de deverem ser tribunais, mesmo permanentes, compostos por árbitros estáveis e investidos *a priori* de poder abstrato. Isso, que ocorre nas instâncias formais do Poder Judiciário, em *municipal law*, não é algo que deva dogmaticamente se aplicar à escorreita arbitragem. Também refluí imprecisa a idéia conforme a qual apenas arbitragens *ad hoc*, dentro do caráter provisório que possuem, devam ser conduzidas por árbitros *para o ato*. Embora existam inúmeros precedentes de tribunais arbitrais e de cortes permanentes de arbitragem com juízes investidos de mandatos fixos ou com sistemas de listas que indicam nomes obrigatórios de árbitros, não há como se deixar de constatar em tal circunstância a manifesta limitação ao alvitramento das partes.

A credibilidade do mais difuso meio de solução alternativa de controvérsias repousa nas idéias-força da liberdade de contratar e da autonomia da vontade, seivas essenciais da vitalidade arbitral.

<sup>1</sup> O jornal Gazeta Mercantil publicou, na primeira página da edição de 20 de novembro de 2002, a seguinte manchete: BRASIL REINICIA BRIGA COM O CANADÁ. Não fora a importância do cotidiano, versado em matérias especializadas de economia e comércio, o fato não comportaria significado acadêmico. Como estamos, no entanto, diante de formulador de opinião pública qualificada, não há como constatar a inadequada forma de abordarem-se disputas comerciais entre Estados soberanos. “Briga” é percepção errônea do que seja controvérsia comercial, em face de um cenário mundial cada vez mais balizado pelo multilateralismo e pela regulamentação jurídica. Na “praça do mundo”, parceiros são valiosos e “briga” seria atitude desinteligente e ineficaz. Com amigos – e não se faz bom comércio com inimigos – não se “briga”, mormente se clientes ou parceiros em potencial.

<sup>2</sup> Aspectos teóricos do sistema de solução de divergências nas instituições de integração, com referência ao Mercosul. (Cf. FARIA, 2000).

<sup>3</sup> *What do I mean by the expression “thickening of legality...”*, in The World Trade Organization Dispute Settlement System – Conferências Comemorativas – conferência de 18 de junho de 1996, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília 2000; Celso Lafer é, a propósito, emérito formulador de expressões de consagração no mundo acadêmico internacional, sendo de sua autoria também a expressão “alianças com geometria variável”, para referir a nova dinâmica das relações internacionais a partir da emergência da OMC: “... un jeu subtil que s’articule autour d’un certain nombre de acteurs incontournables qui vont nouer des alliances à géométrie variables selon les intérêts en présence...” (Cf. REFLEXION, 1998, p. 942).

## Referências

ACCIOLY, Elizabeth. *Solução de controvérsias em blocos econômicos*: contributo para o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Coimbra: Almedina, 2004.

BOULOIS, Jean; DARMON, Marco; HUGLO, Jean-Guy. *Contentieux communautaire*. Paris: Précis Dalloz, 2001.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric. *A guide to the ICC rules of arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law, 2006.

DUMON, F. *La cour de justice Benelux*. Bruxelas: Bruylant, 1980.

- FARIA, Werter R. (Org.). *Estudos sobre a integração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FONTOURA, Jorge. A imanência jurídica da OMC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 153, jan./mar. 2002.
- HUSS, Alfonse. *Historique du traité instituant la court de justice BENELUX*. Bruxelas: Brochure, 1980.
- NORTHFLEET, Elen Gracie. A constituição brasileira e o tribunal do Mercosul. [S. l.]: Brnet, [200-?]. Disponível em: <<http://www.brnet.com.br/pages/dp/cbtm.htm>>. Acesso em: [200-?].
- RAMIREZ, Roberto. Corte centro-americana de justiça: memorial (1995/1996). [S. l.]: Comunidade Andina, [199-?]. Disponível em: <<http://www.comunidadeandina.org>>. Acesso em: [200-?].
- RÉFLEXION sur l'OMC lors du 50 ème: anniversaire du système multilatéral commercial. *Journal du Droit International*, Paris, n. 4, p. 942, 1998.
- SAURON, Jean-Luc. *Droit et pratique du contentieux communautaire*. 3. ed. Paris: Documentation Française, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- WAMPACH, Camile. La cour de justice Benelux. In: DIAGONALES a travers de droit luxembourgeois. Luxemburgo: Conférence Saint-Yves, 1986.
- WITKER, Jorge. *El tratado de libre comercio de América del Norte*. Chile: Universidad de Valparaiso, 1995.
- ZABLUDOVSKY, Jaime; GUÉMEZ, Guillermo. Visión general del tratado. In: ENTENDIENDO el TLC. México: Centro de Estudios Estratégicos, 1995.



# Comunidade Sul-Americana de Nações e democracia

## Condicionantes ao desenvolvimento da região

Eduardo Biacchi Gomes

### Sumário

1. Introdução. 2. Contextualização da formação dos blocos econômicos sul-americanos: CEPAL. 3. A ALADI e a integração sul-americana. 3.1. A Comunidade Sul-Americana de Nações. 4. Democracia e Direitos Humanos como viés ao desenvolvimento da América do Sul. 5. Considerações finais.

### 1. Introdução

A integração sul-americana, antes de qualquer discurso de cunho ideológico, é uma realidade, ante a inexorabilidade da formação dos blocos econômicos.

Diante da realidade do mercado globalizado, neste século XXI, que traz consigo a força do capitalismo, da concentração dos mercados e dos meios de produção, a integração é o único meio pelo qual podem as Nações buscar fazer frente aos novos desafios da sociedade internacional.

Referidas políticas, entretanto, não devem ser resumidas aos meros objetivos econômicos, na medida em que tal discurso, originário nos ideais do Pós-Guerra, por meio do Acordo de Bretton Woods, 1944, no qual houve a formação do novo tripé da economia mundial, com a criação do BIRD, Banco Internacional de Desenvolvimento, FMI, Fundo Monetário Internacional, e a OMC, Organização Mundial do Comércio, tal discurso, repetimos, foi renovado com a onda neoliberal da década de 90, culminando com a criação da OMC, Organização Mundial

Eduardo Biacchi Gomes é Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor Pesquisador do NupeConst. Professor de Direito da Integração, Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UniBrasil.

do Comércio, que começou a funcionar no ano de 1995.

Os ideais econômicos do neoliberalismo fundamentaram a evolução da Comunidade Andina de Nações e do MERCOSUL, vez que os Estados pautavam as suas políticas visando a uma melhor inserção no mundo globalizado, por meio do incentivo das trocas comerciais.

Na década de 90, os Estados sul-americanos adotavam políticas voltadas ao crescimento econômico sem que com isso houvesse um real e efetivo desenvolvimento dos países.

Com o aumento das desigualdades entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, somadas as crises cambiais, pelas quais passaram as economias do México, do Equador, do Brasil e da Argentina, e ainda com a paralisação das negociações comerciais visando à formação da ALCA e dos acordos comerciais para a formação de uma grande área de livre comércio entre a CAN e a UE, bem como entre o MERCOSUL e o bloco econômico europeu, é chegado o momento de os Estados sul-americanos repensarem os objetivos da política integracionista.

A necessidade de se repensar os objetivos da integração sul-americana torna-se mais evidente na medida em que as negociações da Rodada Doha se encontram paralisadas, tendo em vista as divergências decorrentes da eliminação dos subsídios aos produtos agrícolas, por parte dos Estados Unidos e dos países da União Européia.

No contexto da integração sul-americana, os objetivos da formação do futuro bloco econômico sul-americano, a CASA – Comunidade Sul-Americana de Nações, devem se pautar por políticas pragmáticas, baseadas em ideais que, efetivamente, venham a contribuir para o desenvolvimento dos países.

O presente artigo tem por finalidade examinar os reais objetivos do processo de integração sul-americana, mediante políticas voltadas à inserção do cidadão no contexto sul-americano, valorizando-se a democracia e os direitos humanos.

## *2. Contextualização da formação dos blocos econômicos sul-americanos: CEPAL*

O Pós-Guerra foi um período profícuo para os projetos de desenvolvimento dos países latino-americanos. Os debates tiveram como foro central a CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe –, comissão esta criada pela Organização das Nações Unidas – ONU.

A partir da referida contextualização, buscava-se a construção de um modelo próprio de desenvolvimento para as economias latino-americanas e do Caribe, pautadas no regime de substituição de importações, por meio do qual os países deveriam buscar a integração, com vistas a que suas indústrias pudessem fabricar os produtos industrializados e que, originariamente, eram importados dos mercados dos países desenvolvidos.

Importante destacar que a CEPAL foi instituída pela Resolução de nº 106 (VI) emanada pelo Comitê Econômico e Social (ECOSOC), tendo a sua sede na cidade de Santiago, Chile.

Conforme esclarece Munhoz (2006, p. 45), Raul Prebisch foi um dos principais idealizadores da teoria cepalina, por meio da criação do conceito de sistema “centro-periferia”, pelo qual:

“O sistema centro-periferia procura explicar a forma particular pela qual os PEDs se vinculam economicamente aos países desenvolvidos. Dentro do sistema de relações econômicas internacionais, os países industrializados seriam o centro, e os não-industrializados a periferia. Neste conceito, está a idéia de um desenvolvimento desigual originário, considerando-se centro as economias em que as técnicas capitalistas de produção penetraram primeiro, enquanto a periferia é constituída pelas economias cuja produção permanece atrasada.”

Assim, os países periféricos, obrigatoriamente, exportam produtos sem qualquer

valor agregado, ao passo que importam dos países centrais produtos industrializados, acarretando a dependência dos primeiros em relação aos segundos.

O referido processo de dependência, para Raúl Prebich (apud MUNHOZ, 2006), é altamente prejudicial para as nações periféricas, na medida em que essas não criam políticas de desenvolvimento próprias, o que acarreta o aumento das desigualdades sociais.

Para tanto, o regime de substituição de importações, mediante políticas de industrialização que deveriam ser efetuadas pelos Estados periféricos, na forma de investimentos, seria a alternativa viável para o desenvolvimento de suas economias, criando condições de desenvolvimento social dos cidadãos.

As teorias cepalinas, todavia, não tiveram êxito à proporção que os países latino-americanos e do Caribe não realizaram os devidos investimentos no setor industrial, acarretando a deterioração dos respectivos parques industriais e a dependência, cada vez maior, em relação às economias desenvolvidas.

### 3. A ALADI e a integração sul-americana

A proposta de integração sul-americana representa um grande avanço para buscar-se o desenvolvimento sustentável dos países.

Todo o projeto de integração, não obstante, deve partir de premissas básicas, para que não acarrete, em curto prazo, o insucesso como em tantas outras tentativas integracionistas que os Estados iniciaram sem dar a devida continuidade.

A propósito, veja-se os exemplos da ALALC, criada pelo Tratado de Montevideu, no ano de 1960, e posteriormente substituída pela ALADI, instituída pelo mesmo Tratado de Montevideu, no ano de 1980, que não foram adiante, em virtude de estabelecerem objetivos ambiciosos a serem atingidos, não pautados pelo pragmatismo e pela realidade,

de, econômica, social e política, pela qual os associados passavam.

A ALADI, Associação Latino-Americana de Integração, que foi criada com a finalidade de consolidar a formação de um mercado comum latino-americano, é composta pelos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Paraguai, Venezuela, Uruguai, México e Cuba.

Atualmente a ALADI atua como um grande “Tratado Guarda-Chuva”, que engloba, dentro de si, uma gama enorme de acordos de complementação econômica, celebrados entre os países-membros da ALADI ou entre estes e outros de fora dela.

Assim, o MERCOSUL, Mercado Comum do Sul, é um Acordo de Complementação Econômica (nº 18) celebrado no âmbito da ALADI.

A Comunidade Andina de Nações, CAN, formada pela Bolívia, Colômbia, Peru e Equador, também está inserida no contexto da ALADI, e ambos os blocos econômicos celebraram um acordo para a formação de uma área de livre comércio.

Abaixo, apontam-se os principais acordos realizados no contexto da ALADI ([200-?]):

#### *Preferência Tarifária Regional*

Prevista no Artigo 5 do Tratado de Montevideu de 1980, a Preferência Tarifária Regional (PTR) consiste em uma redução percentual dos gravames aplicáveis às importações de terceiros países, outorgadas pelos países-membros reciprocamente sobre as importações de produtos originários de seus respectivos territórios.

A PTR, atualmente com nível básico de 20%, aplica-se em magnitudes diferentes segundo as três categorias de países estabelecidas pela Resolução 6 do Conselho de Ministros (países de menor desenvolvimento econômico relativo, países de desenvolvimento intermediário, outros países) e abrange o universo tarifário, salvo uma lista de produtos que cada país excetua do benefício dessa preferência, cuja extensão também

está relacionada com as três categorias mencionadas.

### *Acordos de Alcance Parcial – Complementação Econômica*

Estes acordos visam, entre outros objetivos, a promover o máximo aproveitamento dos fatores de produção, estimular a complementação econômica, garantir condições eqüitativas de concorrência, facilitar a penetração dos produtos no mercado internacional e impulsionar o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países-membros.

Atualmente, além dos esquemas de integração sub-regionais (Comunidade Andina das Nações e MERCOSUL – ACE 18), existem nove acordos de complementação econômica que prevêm o estabelecimento de zonas de livre comércio entre seus signatários. Participam desses acordos Chile – Venezuela (ACE 23), Chile – Colômbia (ACE 24), Bolívia – México (ACE 31), Chile – Equador (ACE 32), Colômbia – México – Venezuela (ACE 33), MERCOSUL – Chile (ACE 35), MERCOSUL – Bolívia (ACE 36), Chile – Peru (ACE 38) e Chile – México (ACE 41).

### *Artigo 25 do Tratado de Montevideu de 1980*

Ao amparo do previsto neste artigo, alguns países-membros celebraram acordos de alcance parcial com outros países e áreas de integração da América Latina, em conformidade com as diversas modalidades previstas na Seção Terceira do Capítulo II do Tratado.

Com exceção do que acontece com outras modalidades de acordos, as preferências outorgadas pelos países-membros, de acordo com o Artigo 25, são extensivas automaticamente aos países de menor desenvolvimento econômico relativo da Associação.

De um total de 38 acordos assinados nesta modalidade, permanecem atualmente em vigor apenas 19, devido a três circunstâncias: terem vencido o prazo acordado por seus signatários (Acordos nº 2 Argentina – Costa Rica e nº 3 Argentina – El Salvador), terem sido substituídos pelos novos acordos

de complementação econômica assinados por Cuba com países-membros da ALADI pela sua adesão ao Tratado de Montevideu de 1980 (Acordo nº 4 Argentina – Cuba, nº 12 Cuba – México, nº 17 Cuba – Uruguai, nº 21 Brasil – Cuba, nº 28 Cuba – Venezuela, nº 30 Cuba – Peru, nº 32 Cuba – Equador, nº 33 Colômbia – Cuba, nº 34 Bolívia – Cuba e nº 35 Cuba – Venezuela) e, finalmente, pela entrada em vigor dos Tratados de Livre Comércio assinados pelo México com a Costa Rica, Nicarágua, Guatemala, Honduras e El Salvador, que deixaram sem efeito os Acordos nºs 1, 13, 10, 11 e 15, respectivamente.

Para o sucesso de qualquer processo de integração, antes de tudo, torna-se necessário promover a redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais entre os países, notadamente devido à disparidade existente entre os países-membros que integram a ALADI.

Conforme pode-se constatar, no gráfico a seguir (ALADI, [200-?]), o mercado latino-americano é extremamente atraente, com uma população de, aproximadamente, 500 milhões de habitantes e um PIB medido de 2,5 trilhões de dólares.

A renda *per capita* média da América Latina no ano de 2000 era de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares americanos).

O ideal integracionista da América do Sul não deve desconsiderar os números e indicadores mencionados no quadro transcrito; entretanto, os governantes não podem se esquecer da existência do enorme abismo, no que diz respeito às diferenças das desigualdades econômicas, sociais e culturais existentes entre os países.

Com o advento da globalização econômica, fruto do neoliberalismo, é inexorável que as desigualdades existentes entre os países centrais e os países periféricos aumentem, na medida em que os países desenvolvidos passam, cada vez mais, a adotar políticas protecionistas em seus mercados, em detrimento dos mercados das nações periféricas, a exemplo das questões agrícolas, um dos principais entraves no

INDICADOR	1990	2002	2003	2004	2005	2006 (a)
Población total (miles)	390 028	472 704	479 456	486 173	492 848	499 501
Población urbana (% total)	73,6	78,7	78,7	78,7	80,6	80,6
Crecimiento demográfico (porcentaje)	1,9	1,5	1,4	1,4	1,4	1,3
Natalidad (tasa anual media por c/1000 hab.)	24,6	21,2	21,2	21,2	19,6	19,6
Mortalidad (tasa anual media por c/1000 hab.)	6,4	6,1	6,1	6,1	6,1	6,1
Alfabetismo (% del total) (1)	86,4	90,3	90,3	90,3	91,8	...
PIB constante (millones de dólares de 2000) (2)	1 368 059	1 861 576	1 896 996	2 012 186	2 068 785	...
PIB constante por habitante (dólares de 2000) (2)	3 508	3 938	3 957	4 139	4 297	...
PIB constante (tasa de crecimiento) (2)	0,2	-1,0	1,9	6,1	4,5	...
PIB constante por habitante (tasa de crecimiento) (2)	-1,7	-2,4	0,5	4,6	3,0	...
PIB corriente (millones de dólares) (2)	1 054 823	1 555 286	1 623 507	1 872 386	2 265 670	2 600 137
PIB corriente por habitante (dólares) (2)	2 780	3 371	3 468	3 943	4 706	5 327
PIB por habitante a PPC (dólares) (3)(4)	5 262	7 653	7 850	8 394	8 841	9 238
Generación de energía eléctrica (GWh/año) (3)(5)(6)	412 977	707 628	746 394	792 783	...	...
Potencia instalada (MW) (3)(5)(6)	107 438	175 222	181 023	186 068	...	...
Generación por habitante (KWh/hab./año) (3)(5)(6)	1 394	1 968	2 046	2 142	...	...
Ingresos net. de invers. extr. directa (mill. de dólar) (3)(7)	7 297	40 094	29 999	41 927	44 011	...
Exportación global FOB (millones de dólares) (3)(8)	126 498	316 776	345 738	429 661	514 618	...
Importación global CIF (millones de dólares) (3)(9)	95 256	286 482	295 731	365 357	432 462	...
Exportación intrarregional FOB (mill. de dólares) (3)(8)	12 593	36 120	40 620	57 027	71 933	...
Participación porcentual de exp.intrarr./global (3)	10	11	12	13	14	...
Índice valor unitario exportación global (1995=100)(3)	90,5	90,4	94,3	104,5	116,6	...
Índice quantum exportación global (1995=100)(3)	67,5	169,1	177,0	198,5	213,0	...
Índice valor unitario importación global (1995=100)(3)(10)	98,1	91,2	93,6	97,8	104,0	...
Índice quantum importación global (1995=100)(3)(10)	46,7	151,0	152,0	179,7	200,1	...
Términos del intercambio del comercio global (1995=100)(3)	92,2	99,1	100,7	106,8	112,2	...
Deuda externa global (millones de dólares) (3)(11)(12)	402 739	682 902	705 822	706 564	607 373	...
Deuda por habitante (dólares) (3)(12)	1 062	1 480	1 508	1 488	1 261	...
Relación deuda externa exportaciones (3)	3,18	2,16	2,04	1,64	1,18	...

Elaboración: Secretaría General de la ALADI

(1): Porcentaje de la población de 15 y más años de edad

(2): A precios de mercado

(3): No incluye Cuba

(4): PBI per cápita expresado a Paridad de Poderes de Compra

(5): Los datos incluyen autogeneración

(6): No incluye los datos de México

(7): En el año 1990 la información no incluye los datos de Uruguay

(8): Incluye los datos de Bolivia expresados en términos de valores oficiales en aduana

(9): Incluye los datos de México y Venezuela expresados en FOB

(10): Calculado con base en las importaciones FOB

(11): Saldo al fin del año

(12): En el año 1990 no incluye Cuba

(a): Dato provisional o estimación preliminar

...: Dato no disponible

Última actualización: Diciembre 2006

âmbito das negociações da OMC, Rodada Doha e MERCOSUL – U.E.

### 3.1. A Comunidade Sul-Americana de Nações

O projeto de formação da Comunidade Sul-Americana de Nações, denominada CASA, é uma iniciativa do Brasil, com vistas a fortalecer o processo de integração do subcontinente, unindo o MERCOSUL e a Comunidade Andina de Nações, além do Chile, da Guiana e do Suriname.

No contexto integracionista atual, é importante destacar que a Venezuela, desde julho de 2006, é Estado-parte do MERCOSUL, tendo se desligado da CAN.

Todos os Estados-partes do MERCOSUL, à exceção da Venezuela, figuram como Estados associados do bloco andino e vice-versa. O Chile figura como Estado associado tanto do MERCOSUL quanto da Comunidade Andina de Nações, e ambos os blocos econômicos possuem um acordo comercial para a formação de uma área de livre comércio.

O projeto de formação da CASA busca concretizar uma integração pautada por objetivos que não sejam os meramente econômicos e comerciais, como foi o caso do MERCOSUL e da Comunidade Andina de Nações, no final do século passado.

Mais do que isso, busca-se um fortalecimento do processo integracionista, com políticas que tenham por finalidade inserir o cidadão no contexto das políticas de aproximação entre os Estados, notadamente porque são eles, os cidadãos, os principais destinatários das políticas adotadas no contexto sul-americano.

As ondas avassaladoras do mercado global, nas quais os mercados não encontram barreiras, acarretam sensíveis prejuízos para os Estados periféricos, na medida em que ficam dependentes em relação às políticas das empresas transnacionais.

Ainda que a CASA seja um mero projeto que busca a integração sul-americana, os ideais de reforma nos objetivos e nas instituições tanto do MERCOSUL quanto da Comunidade Andina estão presentes.

No MERCOSUL, entrou em vigor, em 2007, o Parlamento do MERCOSUL, que tem a sua sede em Montevidéu, Uruguai, e é uma Instituição que representa os interesses dos cidadãos no contexto do bloco econômico, de forma a reduzir o déficit democrático na integração sub-regional.

Entre as competências do Parlamento do MERCOSUL, podem ser destacadas as seguintes:

a) acompanhar a marcha do processo de integração regional expresso na formação do MERCOSUL, informando os Congressos Nacionais sobre os procedimentos adotados;

b) solicitar, das Instituições do bloco econômico, informações sobre a evolução do processo de integração;

c) constituir subcomissões para debater temas relacionados à integração;

d) emitir Recomendações, sem caráter vinculante, a respeito da condução do processo de integração e da formação do Mercado Comum, bem como com relação às Diretrizes, Decisões, Recomendações e demais propostas emanadas dos órgãos do bloco econômico;

e) buscar a aproximação das legislações dos Estados-Partes do MERCOSUL, bem como acelerar os procedimentos de internalização das normas emanadas de seus órgãos;

f) velar pelo cumprimento das normas do MERCOSUL;

g) velar pela observância do Regime Democrático de Direito, conforme estabelecido no Protocolo de Ushuaia;

h) elaborar e publicar, anualmente, um informe sobre a situação dos direitos humanos nos países do MERCOSUL;

i) manifestar-se, quando solicitado pelas instituições do bloco, sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do bloco econômico;

j) receber, examinar e, caso necessário, remeter às instituições do bloco econômico requerimentos dos residentes nos Estados-Partes do MERCOSUL, pessoas físicas ou jurídicas, que versem sobre atos ou omissões dos órgãos do bloco econômico;

k) atuar no sentido de acelerar o processo de internalização das normas emanadas pelos órgãos do MERCOSUL;

l) fomentar o desenvolvimento de instrumentos para a concretização da democracia participativa e representativa no MERCOSUL;

m) elaborar e aprovar o seu orçamento e receber, no primeiro semestre do ano, informe sobre a execução do orçamento da Secretaria do MERCOSUL.

No contexto da democracia e observância dos direitos humanos, especialmente dos direitos sociais, o MERCOSUL preocupa-se com as políticas voltadas para a proteção dos direitos dos trabalhadores, mediante a celebração da Declaração Sociolaboral, adotada em 10 de dezembro de 1998. Referida Declaração se traduz em uma normativa que tem como fundamento os princípios estabelecidos nos principais Tratados e Convenções internacionais relativos à proteção dos direitos humanos e dos direitos sociais<sup>1</sup>; conseqüentemente, visa estabelecer garantias mínimas em relação à proteção dos direitos sociais.

Ainda, no que diz respeito à democracia sul-americana, foi assinado, em data de 24 de julho do ano de 1998, o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Chile e Bolívia.

Com o referido instrumento, os Estados-partes do MERCOSUL, além do Chile e da Bolívia, reafirmam, como compromisso essencial do bloco econômico, a observância das instituições democráticas, como elemento essencial dos processos de integração.

Na hipótese de eventual ruptura da ordem democrática, em algum dos Estados, poderão ser aplicadas medidas sancionatórias ao Estado infrator, que poderão ser desde a suspensão dos seus direitos de participar dos órgãos de integração até a suspensão dos seus direitos e obrigações, resultantes desses processos.

O Protocolo de Ushuaia é um mecanismo interessante, no contexto da integração do MERCOSUL, do Chile e da Bolívia, que

tem por finalidade assegurar a inserção da Cláusula Democrática nos respectivos Estados, o que é essencial em países que ainda se estão consolidando democraticamente.

Mencione-se, ainda no contexto do MERCOSUL, a Decisão 45/04, emanada pelo Conselho do Mercado Comum, que criou o Fundo para a Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL (FOCEM).

A Decisão 18/05 do CMC dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do FOCEM e tem por objetivo financiar os programas para promover a convergência estrutural, desenvolvendo a competitividade, promovendo a coesão social, principalmente das economias menores, e fomentar o funcionamento da estrutura institucional do bloco econômico.

O FOCEM tem como programas os seguintes: (i) Convergência Estrutural; (ii) Desenvolvimento de Competitividade; (iii) Coesão Social; (iv) Fortalecimento da Estrutura Institucional e do Processo de Integração.

Os projetos têm por finalidade contribuir para o desenvolvimento das economias menores, além de fomentar a competitividade e o desenvolvimento social, visando à redução da pobreza e do desemprego e, finalmente, contribuir para o desenvolvimento institucional do MERCOSUL.

Os aportes serão efetuados, anualmente, pelos Estados-partes, na ordem de cem milhões de dólares americanos, observando-se a seguinte proporção:

Argentina: 27%

Brasil: 70%

Paraguai: 1%

Uruguai: 2%

Os recursos dos programas, prioritariamente, serão desenvolvidos nos países menos favorecidos, observando-se as seguintes proporções:

Paraguai: 48%

Uruguai: 32%

Argentina: 10%

Brasil: 10%

Na Comunidade Andina de Nações, CAN, por seu lado, existe uma preocupa-

ção, cada vez maior, com a inserção de políticas que busquem a inclusão do cidadão andino no âmbito do bloco econômico, com políticas voltadas para a proteção dos direitos sociais e direitos humanos.

No contexto da Comunidade Andina de Nações, os países-membros adotaram interessantes instrumentos jurídicos visando proteger os direitos humanos e a democracia (COMUNIDAD ANDINA, [200-?]):

A Agenda Social Andina resultou em um conjunto de programas e atividades que tem por finalidade buscar o desenvolvimento social da integração andina. Compreende três áreas de atuação: (1) aspectos de caráter social (sociolaborais e educativos); (2) programas, projetos e atividades de alcance comunitário e que complementam as políticas dos Estados-membros no âmbito do combate à pobreza e exclusão social; (3) ações voltadas para a democratização do processo de integração, com vistas a inserir o cidadão em seu contexto.

Entre os principais instrumentos normativos, podem ser citadas as Diretrizes, emanadas a partir do ano de 1999, pelo Conselho Presidencial Andino, as Decisões<sup>2</sup> 545 (Instrumento Andino de Migração de Trabalhadores), 585 (Instrumento Andino de Seguridade Social) e 584 (Instrumento Andino de Seguridade Social e Saúde do Trabalho).

A exemplo da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, referidos instrumentos andinos estabelecem padrões mínimos, no que diz respeito à proteção dos direitos sociais dos trabalhadores do mercado andino.

Na área educacional, importante destacar a Decisão 593, datada de julho do ano de 2004, que institui o Conselho Andino de Ministros de Educação e Responsáveis por Políticas Culturais (CAMEC). No mesmo mês de 2004, foi expedida a Decisão 594, que diz respeito à “Incorporação da temática da integração junto aos programas e conteúdos educativos escolares dos Países-Membros da Comunidade Andina”.

Verifica-se, portanto, que, no contexto da integração regional, as políticas educacio-

nais e culturais, voltadas para a difusão de tais valores, são essenciais para que o cidadão possa, efetivamente, participar do processo.

Como forma de democratizar o processo de integração da Comunidade Andina, é importante, ainda, criar mecanismos que contribuam para o desenvolvimento social da região.

A Comunidade Andina de Nações, por meio da Ata de Carabobo (COMUNIDAD ANDINA, [200-?]), emanada pelo Conselho Presidencial Andino em Valência, Venezuela, no ano de 2001, encarregou os ministros responsáveis de elaborar um “Plano Integrado de Desenvolvimento Social para enfrentar os graves problemas de pobreza, exclusão e desigualdade social (...)”.

Finalmente, há que se destacar as políticas voltadas à participação do cidadão no processo de integração, mediante o cumprimento de expressas políticas emanadas pelo Conselho Presidencial Andino.

O plano de ação está alicerçado em três bases (COMUNIDAD ANDINA, [200-?]): (1) as políticas executadas pelos Conselhos Consultivos Empresarial e Laboral Andinos (CCEA e CCLA); (2) a participação dos atores não governamentais da sociedade civil organizada; (3) a criação de novas instâncias consultivas no âmbito do Sistema Andino de Integração (SAI).

Citem-se, ainda, as seguintes Decisões, que têm por finalidade facilitar o acesso do cidadão no contexto da integração andina, de forma a reduzir o déficit democrático no bloco econômico:

a) Direito dos Povos Indígenas (Decisão 524 de julho de 2004);

b) Mesa Andina de Participação da Sociedade Civil para a Defesa dos Direitos do Consumidor (Decisão 539 de março de 2003).

No contexto da integração sul-americana, tanto o MERCOSUL quanto a Comunidade Andina de Nações têm como firmes propósitos a formação de um espaço integrado pautado pela observância do Estado

Democrático de Direito e o respeito aos direitos humanos.

Os marcos jurídicos para a concretização dos referidos objetivos existem, sendo necessária a adoção de políticas concretas, visando a que a integração atinja tais objetivos e contribua para o desenvolvimento dos países, a partir do viés da democracia e dos direitos humanos.

#### *4. Democracia e direitos humanos como viés ao desenvolvimento da América do Sul*

Em estudos realizados pela CEPAL, constata-se que a globalização é um dos principais entraves ao desenvolvimento das economias latino-americanas e, conseqüentemente, das sul-americanas, que são o objeto de nosso artigo.

Mediante estudos realizados pelo Instituto Latino-Americano e do Caribe de Planificação Econômica e Social (BOLETIM, 2003), José Luis Rodríguez, Ministro da Economia e do Planejamento de Cuba, assevera que os efeitos da globalização econômica repercutem negativamente nas economias latino-americanas, vez que, sob o manto do neoliberalismo, o mercado deixa de ter fronteiras, de forma a aumentar a concentração de riquezas.

Para tanto, o autor propõe um modelo de “globalização eqüitativa”, pautado nos princípios da eqüidade e da justiça social, como forma de contrapor-se aos fundamentos do neoliberalismo, que se traduzem na liberalização comercial e na liberalização financeira, contribuindo para a desconstrução do Estado nacional.

Em seus estudos, aponta números que bem demonstram o atraso latino-americano, bem como a grande diferença entre os países ricos e os países pobres.

Cita que, segundo índices da CEPAL, o índice de pobreza na América Latina subiu de 41%, em 1990, para 45%, no ano de 2000.

O trabalho informal, segundo estudos realizados pela CEPAL, é um dos principais

problemas da exclusão social dos indivíduos, vez que 47% dos trabalhadores trabalham na economia informal, ao passo que a taxa média de desemprego, no ano de 2001, era de 8,4%, enquanto, no ano de 1980, era de 6,2%.

Mediante a apresentação dos referidos índices, verifica-se que a América Latina necessita, urgentemente, de uma política de desenvolvimento econômico que venha a contribuir para o desenvolvimento dos indivíduos, pautada em valores democráticos e voltada para a proteção dos direitos humanos.

Especialmente na América do Sul, constata-se que, infelizmente, as tentativas de desenvolvimento sempre fracassaram porque estiveram pautadas em ideais meramente econômicos sem, efetivamente, valorizar as políticas voltadas ao desenvolvimento do indivíduo, principal destinatário de qualquer processo de integração.

Gustav Rancis e Francês Stewart (2002, tradução nossa) defendem a idéia de que o crescimento econômico bem planejado promove o “desenvolvimento humano à medida que a base de recursos se amplia e, quanto maior é o desenvolvimento econômico, maior será o crescimento na medida em que uma população com mais saúde e educação contribui para melhorar o desempenho econômico”.

O efetivo desenvolvimento com crescimento econômico – asseveram os autores – deve estar pautado por políticas voltadas à saúde e à educação, que são essenciais para que os países possam atingir outros níveis de desenvolvimento.

Entretanto, no referido estudo, concluem os autores que os países latino-americanos, salvo raras exceções, sempre viveram movimentos cíclicos de desenvolvimento, mesclados com períodos de estagnação.

Como exceções, poderiam ser citados o Chile, que passou por um período traumático do regime Pinochet, e o México, que se beneficiou com a associação ao NAFTA e que, atualmente, possui um grau de depen-

dência muito grande em relação à economia norte-americana.

A América do Sul, especialmente, vive um momento único, que pode contribuir para a mudança dos rumos do subcontinente, vez que temos Chefes de Estado vocacionados para um projeto de integração pautado, não somente por interesses comerciais, mas, sim, voltado para a proteção da democracia e dos direitos humanos.

Verifica-se, ainda, que estão presentes os instrumentos jurídicos para a formação do projeto integracionista, pautados nesses valores, e, ademais, tanto o MERCOSUL quanto a Comunidade Andina já possuem políticas voltadas para a valorização dos direitos humanos, direitos sociais e da democracia.

### 5. Considerações finais

Em qualquer processo de integração sul-americano, um dos principais desafios que deve ser vencido pelos Estados é o que diz respeito às diferenças econômicas, geográficas e sociais entre os países.

Os feitos nefastos da globalização econômica que desmantelam o Estado, subjugando-o às forças do capital, que não possui fronteiras, também são extremamente nocivos e prejudiciais para a busca de um modelo próprio de desenvolvimento na América do Sul.

Tais desafios, que sempre estiveram presentes, desde o período do Pós-Guerra, mais uma vez condicionam as políticas dos Estados, com vistas a buscarem um desenvolvimento sustentável.

Há um consenso entre os Chefes de Estado de que, atualmente, não é possível buscar um modelo de crescimento próprio da região sem que haja desenvolvimento econômico e sem que este venha a se pautar pelos valores da democracia e dos direitos humanos.

Também há um consenso de que certas questões, que vão além do mero intercâmbio comercial, são prioritárias, como o de-

envolvimento da educação, saúde e uma maior transparência nas instituições do governo, de forma a preservar a democracia.

Finalmente é necessária a realização de investimentos, na área da infra-estrutura, com a finalidade de reduzir as desigualdades econômicas, comerciais e sociais dos Estados sul-americanos.

Em discurso realizado, em 3 de março de 1995, na CEPAL, intitulado Democracia e desenvolvimento, o então Presidente da República Federativa do Brasil assim se manifestou (COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, [200-?]):

“Hoje devo-me ocupar de outras questões. Tudo o que tenha relação com o Brasil. Em primeiro lugar, a questão política. O grande desafio, creio que não somente do Brasil como de muitos de nossos países e nossos povos, de manter um processo de crescimento, de levar adiante a democracia em condições de tanta desigualdade, de tanta pobreza concentrada. Manter a democracia, atendendo as crescentes demandas que a própria democracia faz aflorar, constitui o grande desafio. Creio que é um desafio que tem um prazo certo para ser cumprido.

(...)

Estamos avançando na América Latina. Talvez seja uma herança que possamos deixar para outros países do mundo e talvez até para a Ásia, tão pujante em seu desenvolvimento. Aqui sim alcançamos a democracia. Não somente no sentido institucional, que é importante, mas também no sentido social. Temos liberdade. Ainda não temos democracia no que diz respeito aos canais institucionais e mecanismos para satisfazer às demandas. Mas liberdade existe. Foi duro consegui-la. Temos liberdade e estamos começando a possuir instituições que permitem a participação, que possam assegurar uma democracia. Este

é um ponto importante, no qual acredito e continuará sendo. (...)”

A democracia, defendida em data de 3 de março de 1995 pelo então Chefe de Estado da República Federativa do Brasil, atualmente está consolidada em nosso país e, por certo, o mesmo ocorre em outras nações da América do Sul, como a Bolívia, o Chile, o Equador, a Argentina, o Uruguai, o Paraguai e a Venezuela. Assim, passados dez anos, o ideal integracionista, pautado em valores democráticos com respeito aos direitos humanos e aos direitos sociais, deixa de ser uma utopia para se tornar uma realidade.

### Notas

<sup>1</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem (1948), a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

<sup>2</sup> Emanadas pelo Conselho Assessor de Ministros de Trabalho, entre 2003 e 2004 (COMUNIDAD ANDINA, [200-?]).

### Referências

ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE INTEGRAÇÃO. [S. l.: s. n., 200-?]. Disponível em: <<http://www.aladi.org>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

BOLETIM DO INSTITUTO LATINO-AMERICANO E DO CARIBE DE PLANEJAMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Santiago: [s. l.], 5 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.ilpes.cl>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE. Santiago: [s. l., 200-?]. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

COMUNIDAD ANDINA. Lima: [S. n., 200-?]. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

RANCIS, Gustav; STEWART, Francês. Crecimiento económico y desarrollo humano en América Latina. *Revista de la Cepal*, Santiago, n. 78, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: LEX/Aduaneiras, 2006.



# União monetária no Mercosul?

## Considerações a partir do modelo europeu

Samira Otto

### Sumário

Seção 1: Sistema Europeu de Bancos Centrais – SEBC. 1.1. Breve retrospectiva. 1.2. As formas de independência do BCE. Seção 2: Reflexões para o Mercosul. 2.1. União econômica e monetária do Bloco. 2.2. Criação de uma autoridade monetária única no Mercosul. Conclusão

### Seção 1

#### *Sistema Europeu de Bancos Centrais – SEBC*

*“A Europa vive o processo de ‘transformação européia’ de civilização. O resultado, como todas as grandes mutações históricas, dependerá dos cidadãos e da classe política dirigente. Se é verdade que a história ainda não acabou, é verdade também que o euro não foi um ponto de chegada, mas sim um ponto de partida.”*  
(PAPADIA; SANTINI, 1999).

Após doze séculos, ao curso dos quais personagens se tornaram históricos como Napoleão Bonaparte ou Adolf Hitler, por tentarem uma unificação do continente europeu por meio de grandes batalhas, a Europa encontrou hoje uma cooperação real, progressiva e ainda pacífica entre os Estados que compõem o *Eurosysteme*<sup>1</sup>.

Reunidos no seio da Comunidade Européia do Carvão e do Aço até chegar à União Econômica e Monetária<sup>2</sup>, os países que investiram na unificação deram vida a um organismo que, com o perfil que lhe

Samira Otto é Bolsista da Capes do Brasil. Doutora em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Paris I – Pantheon/Sorbonne. Mestrado em Direito dos Negócios pela Universidade de Paris I – Sorbonne; Especialista em Direito Econômico Internacional pela Universidade Catholique de Louvain – la Neuve – BE. Formada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – RS.

foi conferido, representou o ápice do empreendimento euro.

O Banco Central Europeu representa uma tripla pretensão política tendo em vista condensar em uma só instituição o 'abandono da soberania', a 'supressão das moedas nacionais' e ainda, partindo da interpretação de seus estatutos, uma 'reorganização política' ao frisar o escopo federalista que inaugura em seu sistema de decisões. (LOUIS, 1999).

Esse sistema surgiu para suprir a seguinte constatação: a impossibilidade de confiar as responsabilidades em matéria monetária às instituições que são, a princípio, incumbidas de tarefas executivas dentro do quadro comunitário, a saber, a Comissão e o Conselho Europeu (Cf. CARREAU, 1997, p. 9-15).

### 1.1. Breve retrospectiva

O Tratado de Maastricht, instituído em fevereiro de 1992, marcou a transferência da política monetária nacional dos países membros da União Européia para uma instituição supranacional independente: O Banco Central Europeu – BCE.

O BCE, como chefe de orquestra de todo o sistema, tem como função definir e executar a política monetária e cambial da zona comum, sendo que a manutenção e controle de preços é "*l'objectif principal et conformément au principe d'une économie de marché ouvert où la concurrence est libre*"<sup>3</sup>.

A partir do principal objetivo do Sistema, o Conselho de Governadores do BCE, órgão máximo de decisão do BCE<sup>4</sup>, definiu os elementos principais adotados como estratégia à política monetária a ser seguida pelo SEBC. Foram elencados os seguintes elementos<sup>5</sup>:

- A definição quantitativa de estabilidade de preços; esta seria definida com um programa de progressão sobre um ano de índices de preços ao consumidor harmonizado e inferior a 2% dentro da zona euro. A estabilidade de preços deveria ser mantida a meio termo;

- A estabilidade da moeda estaria em primeiro plano. Isso se daria por meio da criação de um valor de referência quantificado e designado a partir do crescimento de um grande agregado monetário.

- Uma estimação das perspectivas de evolução de preços fundada sobre uma gama de indicadores econômicos e financeiros.

A partir do quadro de estratégias, o SEBC dispõe dos instrumentos para proceder ao objetivo operacional, sobremaneira a determinação da taxa de juros, por exemplo. Para isso, a operação de '*open market*' (efetuado pelo Sistema das condições de marcha), facilidades permanentes e reservas obrigatórias foram e são as três grandes categorias de instrumentos utilizados.

A escolha definitiva sobre o sistema operacional a ser seguido pelo SEBC caberá sempre ao Conselho de governadores do BCE, que poderá decidir mesmo por não utilizar todas as opções. Essa escolha é regida por certos princípios que deverão sustentar a escolha dos instrumentos a serem utilizados.

Assim, os princípios da marcha comum, da igualdade de tratamento, simplicidade, melhor relação custo-benefício, descentralização, continuidade e harmonização deverão servir de linha mestra para guiar e fundamentar as medidas adotadas.

Na prática, a utilização dos referidos princípios vai implicar notadamente que as decisões da política monetária serão tomadas pelo BCE e sua execução será assegurada de forma descentralizada e harmoniosa pelos bancos centrais nacionais.

Exemplo de uma grande autoridade monetária federal com a qual pode ser comparado o Sistema Europeu de Bancos Centrais é fornecido pelos Estados Unidos. Lá o sistema em vigor é o sistema de reserva federal (*Federal Reserve System*), constituído por um conselho de governadores (Board of governors) e por doze bancos da reserva federal (*Federal Reserve Banks*), em que cada um exerce suas competências em uma região composta por vários estados.

O modelo americano é caracterizado por um centro de decisões do qual participam os representantes dos Estados que não possuem poder operacional. Esses últimos estarão, contudo, concentrados no banco de reserva federal de Nova Iorque em razão da palavra dominante que joga esse banco em praça financeira não só em nível nacional, mas também internacional.

A capacidade analítica de pesquisa e de suporte às decisões também é expressa diante do Conselho de Governadores por meio dos bancos de reservas federais. O conselho de governadores, formado por sete membros nomeados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado, tem responsabilidade da política monetária e vasto poder de controle das operações postas em práticas pelo bancos.

A reserva federal deverá estar em conformidade com as decisões do 'Comitê Federal' sobre as operações de *open market* (*Federal Open Market Committe*). A esse comitê é atribuída a tarefa fundamental de regular as condições monetárias do país. Composto por sete membros do Conselho de Governadores, que o constituem em sua maioria, e de cinco presidentes de bancos nacionais da reserva federal, é no seio desse órgão que participam de uma forma descontínua os representantes dos estados que formam e contribuem para a definição da política monetária federal.

Mas a grande inovação do Sistema Europeu de banco central é a sua relação com o poder executivo tanto dos países membros quanto das autoridades comunitárias do bloco. O SEBC em si não dispõe de personalidade jurídica. Por outro lado, o tratado de Maastricht não enumera o BCE como integrante da base institucional da Comunidade (Parlamento Europeu, Conselho, Comissão, Corte de Justiça e de Contas). Mas, todavia, o tratado lhe confere personalidade jurídica e os Estatutos reconhecem a sua mais ampla capacidade para agir em cada um dos Estados membros.

Em virtude disso, o BCE não possui a mesma natureza jurídica que as demais instituições europeias e, por essa razão, as normas gerais não lhe são aplicáveis a não ser que esteja especificamente referido no Tratado. Os atos do BCE não são, portanto, imputáveis à Comunidade.

Assim, tal como previsto na União Europeia, o BCE é considerado uma autoridade autônoma e independente em virtude de não se submeter hierarquicamente nem ao governo dos países membros nem aos organismos comunitários. Tal característica tem sido justificada em razão de seu principal objetivo, que é a 'estabilidade de preços'.

Esse fato é considerado absolutamente relevante para que o Banco possa desempenhar suas funções de forma desprendida de interesses políticos e eleitorais que poderiam advir dos referidos organismos e adotar a melhor forma de condução da política monetária na zona euro. Nesse sentido, a razão de ser dessa independência é a de melhorar o funcionamento da economia em toda a sua conjuntura.

Para tal empreendimento, o BCE deverá utilizar-se de uma política desprendida de influências políticas e eleitorais provenientes de grupos de pressão. Nesse quadro, a independência do BCE é considerada um fator fundamental de credibilidade da instituição, indispensável à estabilidade da moeda.

### 1.2. As formas de independência do BCE

De acordo com Papadia e Santini (1999, p. 23), a independência do BCE pode ser considerada sob quatro aspectos: institucional, instrumental, pessoal e financeiro.

No que se refere ao aspecto *institucional*, o artigo 107 do Tratado estabelece a autonomia do BCE em relação ao governo dos Estados-membros assim como também das instituições e órgãos comunitários. No exercício de seus poderes e cumprimento de sua missão, nem o BCE, nem os BCN nem qualquer membro de qualquer um dos órgãos de

decisão do SEBC poderá aceitar ou solicitar qualquer instrução proveniente dos referidos órgãos.

*Independência instrumental* do BCE significa que ele poderá dispor de instrumentos de política monetária necessários à realização de seu objetivo principal. O artigo 105, Par. 2, do Tratado identifica, nesse sentido, o quadro jurídico que estabelece as tarefas fundamentais do SEBC para “definir e por em obra a política monetária da comunidade”<sup>6</sup>.

Ressalta-se a importância conferida ao princípio da interdição do financiamento monetário do déficit público, estabelecido pelo artigo 104 do Tratado: o BCE e os BCN não podem acordar, sob qualquer hipótese, créditos aos sujeitos públicos, comunitários ou nacionais. A interdição é estendida à aquisição no momento de emissão de títulos dos referidos organismos. Essa interdição impede, assim, o Estado de se utilizar do BCE como agente financiador do déficit público por meio da criação da moeda.

A *independência pessoal* dos membros que compõem os órgãos de direção do BCE é garantida pela duração do respectivo mandato (8 anos para os membros do Diretório e, no mínimo, 5 anos para os demais membros do Conselho de Governadores).

Os componentes dos órgãos de decisão não poderão ser destituídos de suas funções exceto se não condizerem com as condições estabelecidas como necessárias ao seu posto ou, ainda, se cometerem uma falta grave, o que deverá ser julgado pelo Tribunal de Luxemburgo. Assim, será a Corte de Justiça quem terá competência para avaliar e decidir sobre o afastamento ou não de um membro.

Finalmente, no que se refere à *independência financeira*, esta poderá ser definida como a capacidade da instituição de fazer face às suas despesas de gestão e de investimento graças às receitas provenientes de suas próprias atividades. Aqui o risco que os europeus pretenderam evitar era o de subordinar o BCE ao financiamento públi-

co. Os Estatutos prevêm “*la sieugneuragem*”, a saber, que os lucros obtidos pelos bancos centrais nacionais no exercício de sua política monetária deveriam provir do interior do SEBC.

Contudo, mesmo tendo um perfil aplaudido pela literatura econômica moderna, o banco europeu tem sido questionado por alguns especialistas (FOURCOIS, 1998). Como conciliar o seu alto grau de independência com o respeito aos critérios democráticos?

Mais controle significa mais dependência, com o crescente risco de instabilidade da política monetária. Mais independência representa menos controle mas em contrapartida um aumento do *déficit* democrático. Entre as duas situações, onde se encontra o equilíbrio?

Jean-Claude Trichet, numa entrevista concedida ao *Le Monde*, manifestou-se sobre essa questão, afirmando que “*Rien n'est plus démocratique qu'une décision prise par la peuple lui meme. Et chez nous, c'est bien lui qui a tranche*” (LE MONDE, 1999). Com essa remarka, o ex-governador do Banco Central Francês e atual presidente do Banco Central Europeu quis observar que a criação do BCE e a escolha de seu modelo de funcionamento foram ratificadas pelos próprios cidadãos dos Estados membros da União europeia através do *referendum* popular ou, ainda, indiretamente pela eleição de seus parlamentares.

Alem disso, o governo dos Estados continua dizendo que a solução mais comum consiste em dar a maior transparência possível às decisões monetárias, assim como fazer o acompanhamento de um largo debate a fim de estabelecer os procedimentos pelos quais o BCE se sentirá compelido a eleger os métodos democraticamente idôneos.

O Tratado e os Estatutos prevêm uma série de disposições que fazem do BCE uma instituição suscetível de controle, como se requer dentro dos países que adotam o sistema de democracia representativa. Assim,

o ato constitutivo do BCE, ao definir as finalidades e delimitar seu domínio operacional, foi aceito por meio do mencionado *referendum*.

A nomeação do presidente e dos demais membros do Diretório deverá ser feita de acordo com o artigo 109 A, Par. 2.b, do Tratado. Ou seja, de comum acordo entre os chefes de estado dos países membros sob recomendação do Conselho; e após a consulta ao Parlamento Europeu e ao Conselho de Governadores do BCE.

Em realidade, se observarmos a relação entre o Banco Central e os órgãos da União Européia, percebemos que a própria relação estabelecida entre eles também contribui para equilibrar a independência conferida à instituição.

O Presidente do Conselho de ministros das finanças e economia da União Européia (Ecofin) e um membro da Comissão podem participar sem direito de voto das reuniões do Conselho de Governadores do BCE, em que podem, igualmente, submeter uma moção. Paralelamente, o presidente do BCE é convidado a participar das reuniões do Ecofin quando examinadas questões relativas aos objetivos e tarefas do SEBC.

É dessa forma que são institucionalizados os encontros entre os governos nacionais, comissão européia e alta direção do Banco, a fim de que, no limite das responsabilidades próprias a cada instituição, se concretize a colaboração que o tratado exige para a realização dos objetivos gerais da Comunidade.

O BCE precisa, ainda, apresentar um Boletim anual ao Parlamento, ao Conselho europeu e ao Conselho de Ministros da União Européia, assim como à Comissão, sobre as atividades do SEBC e sobre a política monetária em curso de aplicação.

O Parlamento europeu pode, finalmente, abrir um debate geral sobre algum tema referente. É possível também que se organizem auditorias diante das comissões do parlamento europeu, do presidente do BCE e de outros membros do diretório.

O Governo dos Estados membros e o próprio Parlamento europeu possuem, portanto, diversas formas de avaliar e “observar” a coerência do plano de ação da política monetária. A partir da interpretação finalística atribuída pelo tratado, poderão manifestar posições de crítica, caso considerado oportuno.

Enfim, os Estatutos prevêm a obrigação de difusão periódica de informações de ordem contábil, assim como de explicações da política monetária que está sendo seguida.

A cada semana, é publicada a situação financeira consolidada do SEBC; todos os meses, um boletim sobre as atividades do Sistema é igualmente publicado; esses documentos estão gratuitamente à disposição das pessoas interessadas. As contas do BCE (balanço) são publicadas todos os anos, além da contabilidade ser submetida à verificação de um comissariado de contas externas que possui o pleno poder de examinar todos os livros e documentos contáveis do BCE.

Pode-se, portanto, concluir que, se todos os procedimentos dos Tratados forem cumpridos, o BCE guardará sua liberdade decisional em matéria de política monetária, mas não será desconectado das instituições políticas, nem da opinião pública.

## Seção 2

### *Reflexões para o Mercosul*

Alguns temas não podem mais ficar fora do debate quando a questão se trata do aprofundamento do Mercosul. A proposta de desenvolver um trabalho sobre a criação de um Banco Central do Mercosul, ou de um Sistema de Bancos Centrais, surge a partir da realidade otimista sobre o desenvolvimento econômico e comercial do Bloco, bem como do interesse por parte dos países membros em consolidarem o Mercado Comum previsto pelo tratado de Assunção.

O Mercosul já é considerado um projeto vitorioso no que diz respeito ao seu impacto

no crescimento do comércio e dos investimentos; também o é em sua presença e imagem internacional. Apesar de seu enfoque ter sido predominantemente econômico, tem também um profundo sentido político e estratégico, que se reflete na criação de um âmbito regional de estabilidade, paz, liberdade e democracia.

Entretanto, à medida que avança, vem à tona, por conseguinte, sua insuficiência jurídico-institucional. Algumas vezes por deficiência e outras por carência, como bem observa Félix Peña (1995, p. 27), o que faz por merecer uma reflexão e, sobretudo, ação.

### 2.1. União econômica e monetária do Bloco

No que se refere a uma futura união monetária e conseqüente moeda única, os debates acadêmicos e tecno-científicos já discutem os aspectos relevantes e questões a serem analisadas para a aplicação de medidas mais constritivas (GIAMBIAGI, 1998, p. 25). Heterogeneidade dos interesses nacionais, peso excessivo dos países menores, caráter de *global trader* do Brasil, falta de relação entre as estruturas produtivas do Brasil e da Argentina são alguns dos argumentos relevantes para uma conversa mais produtiva entre os países .

O Protocolo de Florianópolis, assinado em 2000, já é considerado um embrião da coordenação macroeconômica para a região e um pequeno “tratado de Maastricht” adaptado à realidade latino-americana. Esse protocolo teve como base a experiência européia e o nível de desenvolvimento das relações econômicas entre os países do Mercosul.

De acordo com Carreau (1999, p. 33-35), quando as relações comerciais aumentam, os benefícios de compartilhar uma mesma moeda com os principais sócios econômicos surgem naturalmente<sup>7</sup>, enquanto os custos da volatilidade cambial se tornam mais altos. O custo de políticas monetárias autônomas praticadas pelos países membros do Mercosul nesses últi-

mos anos já deixou clara a pertinência de uma coordenação nessa área.

### 2.2. Criação de uma autoridade monetária única no Mercosul

A criação de um sistema institucional adaptado à realidade latino-americana poderia dar sustentabilidade à idéia de uma construção progressiva em direção a uma política monetária comum no Mercosul. A adoção de um sistema coordenado entre os bancos centrais dos países membros, assim como de uma autoridade central no comando da política monetária comum, poderia dar maior agilidade e evolução à integração latino-americana.

O fato de não termos no Mercosul um arcabouço jurisdicional que permita a criação de um organismo nos moldes do BCE não nos impede de criar algo adequado à nossa intergovernamentalidade de modo que nos permita avançar.

Uma arquitetura organizacional que dividisse a determinação da política monetária com um banco central dotado de relativa autonomia para a sua execução é um sistema que poderia, sim, ser posto em obra no Mercosul.

Um Conselho Monetário do Mercosul composto por autoridades dos países membros poderia encontrar uma forma equilibrada de decidir a política monetária e uma moeda comum. Um Banco Central autônomo para utilizar os instrumentos monetários adequados à manutenção da estabilidade de preços daria equilíbrio ao sistema.

Muitos são os pontos a serem debatidos entre os países membros, conforme assevera Giambiagi (1998, p. 28), economista do BNDES: a realidade econômica de cada um e a convergência macroeconômica são elementos necessários à criação de moeda única e de uma instituição que possa estruturar o sistema integrado financeiro-econômico, oferecendo segurança ao setor.

A questão da estrutura e independência dos bancos centrais nacionais dos países membros mereceria grande atenção e deve-

ria constituir objeto de grandes reformas, já que hoje possui uma estrutura de dependência aos respectivos governos.

A criação do Banco Central Europeu foi considerada uma etapa crucial para a solidificação da União Européia (Cf. PAPADIA; SANTINI, 1999, p. 13). Progressivamente, os países da União Européia compreenderam que a criação de um mercado comum não se realizaria sem a unificação monetária e criação de um banco central comum com competência para administrar toda a política monetária da região.

Apesar do aparato científico e técnico envolvido nos inúmeros trabalhos apresentados, as autoridades européias admitem que foi graças a eles que o Banco Central pôde assumir sua forma.

Vale lembrar que o BCE não “nasceu” subitamente. O Instituto Monetário Europeu foi a instituição antecessora do Banco Central Europeu. Foi um órgão intermediário e preparatório do BCE, tendo duas finalidades principais: 1) aumentar a cooperação entre os bancos centrais nacionais na aplicação da política monetária e 2) preparar o quadro logístico, organizacional e jurídico necessário ao banco central Europeu para fins de adotar a política monetária unificada.

Mais de 400 funcionários e centenas de pessoas provenientes de cada um dos bancos centrais se engajaram para a formação e planificação da União monetária européia e preparação daquele que adviria como seu organismo gerenciador e administrativo da política monetária entre os países do bloco.

Por conseguinte, a formação de um organismo institucionalizado no Mercosul passa a ser acessível à medida que os interesses nacionais dos países, combinados à qualificação dos profissionais engajados, passem a concentrar os objetivos na execução de um trabalho comum.

Além do mais, um dos maiores riscos de não avançar – ainda que lenta e gradualmente – na direção de uma unificação monetária na região é que o processo de inte-

gração seja contido e, no limite, passe por uma regressão. Esse risco de retrocesso da integração é abordado por Bouzas (1996, p. 25), com as seguintes palavras:

“Los procesos de integración funcionan como una bicicleta: la única manera de no caer es avanzar permanentemente. La razón de esta afirmación está basada en una simple regla de economía política: si la agenda se congela, los sectores afectados pueden organizarse y operar más efectivamente que si el horizonte se desplaza de una manera continua”.

### *Conclusão*

O Sistema Europeu de Banco Central marca a história monetária européia representando a passagem da cooperação à supranacionalidade da gestão monetária do Bloco.

O interesse dos países em desenvolver uma relação sólida de integração e constituição de um mercado regional comum fica evidenciado na coragem e no engajamento dos Estados ao abrirem mão de sua soberania monetária em prol do objetivo comum. A independência do BCE é uma demonstração real disso.

Mesmo sendo o banco central europeu uma instituição relativamente nova, o que se vê com clareza é que sua articulação é proveniente da dedicação dos Estados membros em fazer cumprir o que foi estabelecido pelos Tratados e Estatutos e da vontade política na obtenção da finalidade proposta.

No que se refere ao Mercosul, já é tempo de serem analisadas certas questões que não podem ficar fora do debate quando o assunto é a constituição de um mercado comum. A possibilidade de união monetária e econômica no Bloco já foi acenada pelos presidentes dos países membros, apesar das dificuldades atuais que vêm sofrendo.

A criação de uma autoridade monetária única merece reflexão como provável expressão de um sistema de integração sólido ao

nível em que o Mercosul foi proposto. Um órgão decisional composto por representantes governamentais dos países, responsável pela determinação da política monetária comum, e um banco central autônomo, para a sua *mis en place*, poderiam ser desenvolvidos a partir da evolução da atual configuração do Mercosul.

Veja-se que não se defende a mera transposição ou adoção do sistema europeu para o Mercosul. O Mercosul deve ser estudado tendo em vista a particularidade própria do Bloco. A análise do sistema europeu torna-se importante e necessária na medida em que é atualmente o único bloco com união monetária consolidada.

Além disso, vale a pena frisar que, se nossos antepassados não tivessem vencido o medo de enfrentar o fogo, provavelmente nós jamais teríamos saído da idade das cavernas.

### Notas

<sup>1</sup> Expressão francesa para denominar os países que integram a União Econômica e Monetária.

<sup>2</sup> Citam-se ainda os períodos intermediários à atual configuração, a saber: a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade Européia.

<sup>3</sup> “*objetivo principal e em conformidade ao princípio de economia de marcha aberta a livre concorrência*”; v. art.105, 1 e 2, e estatutos, art. 2 e 3,1.

<sup>4</sup> A decisão foi aprovada já na primeira reunião desse órgão, em outubro de 1998.

<sup>5</sup> Boletim informativo nº 112 do Banco Central Francês.

<sup>6</sup> Tratado de Maastricht, artigo 105, Par. 2.

<sup>7</sup> Ver também sobre este tópico interessante artigo de Roberto Bouzas, 1996.

### Referências

ARBUIET-VIGNALI, Herber. *Claves jurídicas de la integración en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*. Santa Fé: Rubinzal culzoni, 2004.

ARTHUS, Patrick; WYPLOSZ, Charles. *La banque centrale européenne*. Paris: La Documentation Française, 2002.

BAREL, Etienne et al. *Economie politique contemporaine*. Paris: A. Collins, 1997.

BASSO, Maristela. *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BEETHAN, Roger. *The euro debate: persuading the people*. London: The Federal Trust for Education and Research, 2001.

BOUZAS, Roberto. La agenda económica del MERCOSUR: desafíos de política a corto y mediano plazo. *Revista Integración y Comercio*, [S. l.], jan./abr. 1996.

CARREAU, Dominique. Monnaie unique. In: ENC. JURISCLASSEURS. Paris: [s. n], 1999.

\_\_\_\_\_. Union économique et monétaire: SME, Ecu. In: ENCIC. JURISCLASSEURS. Paris: [s. n.], 1997.

DOUAT, E. Le système européen des banques centrales. *Recueil Le Dalloz*, Paris, n. 28, 23 juí. 1998.

FOURÇOIS, A. Artigo. *Le monde*, Paris, 26 maio 1998.

GIAMBIAGI, Fábio. Moeda única do Mercosul: notas para o debate. *Rev. Bras. Polit. Int.*, Brasília, n. 41, mar. 1998.

\_\_\_\_\_; BAREMBOIN, Igor. *Por uma nova estratégia brasileira*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. (Série Texto para discussão, n. 1131).

\_\_\_\_\_; RIGOLON, Francisco José Zagari. Áreas monetárias ótimas: teoria, unificação monetária européia e aplicação para o mercosul. *Ensaio BNDES*, Brasília, n. 8, set. 1998.

GONCALVES, José Botafogo; LYRIO, Mauricio Carvalho. Aliança estratégica entre Brasil e Argentina: antecedentes, estado atual e perspectivas. *Cebri Dossie*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, 2003.

GOUX, Jean-Francois. *Economie monétaire & financière*. Paris: Econômica, 1998.

LAVAGNA, Roberto; GIAMBIAGI, Fábio. *Hacia la creación de una moneda común: una propuesta de convergencia coordinada de políticas macroeconómicas en el Mercosur*. Brasília: BNDES, 1998. (Texto para Discussão, mar. 1998).

LE MONDE. Paris: Abones, [19–].

LOUIS, Jean-Victor. *Monnaie: politique monétaire*. Paris: Dalloz, 1996.

\_\_\_\_\_. *Système monétaire européen*. Paris: Dalloz, 1996.

LOUIS, J-Y. *Du système monétaire européen a l'union monétaire*. [S. l.]: Off. Publ. CE, 1999.

MINSKIN, Frédéric. *Monnaie, banque et marchés financiers*. Paris: Pearson Education, 2004.

PEÑA, Félix. Regra do jogo e instituições no Mercosul. *Política Externa*, São Paulo, n. 2, set./nov. 1999.

SANTINI, C.; PAPADIA, F. *La banque centrale europeene l' institution qui gouverne l'euro*. Paris: Banque, 1999.



# Monarquia republicana

## Considerações sobre o sistema político canadense e seus princípios constitucionais

Joanisval Brito Gonçalves

### Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos histórico-culturais da sociedade canadense. 3. O Constitucionalismo canadense: fundamentos. 4. Conclusões: uma monarquia republicana.

### 1. Introdução

Maior país do continente americano e segundo do globo em extensão, o Canadá impressiona não só pela diversidade étnica e cultural de seus cerca de 32 milhões de habitantes, mas também por suas riquezas e belezas naturais. Ademais, trata-se de uma das sete maiores economias do planeta e durante muito tempo vem ocupando posições de destaque – quando não o primeiro lugar – no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), reflexo de uma sociedade de elevado padrão de igualdade e desenvolvimento social. Em termos de política externa, apesar de estreitos laços históricos e comerciais com os EUA, o Canadá tem atuado de maneira bastante independente em foros internacionais em defesa do multilateralismo, de questões ambientais, da proteção aos direitos humanos e da solução pacífica das controvérsias<sup>1</sup>.

Outro aspecto que chama atenção no Canadá é seu sistema político: o país é uma monarquia parlamentarista e reúne características do modelo de parlamentarismo britânico e do federalismo norte-americano. Importante ressaltar que, apesar da semelhança com o sistema inglês, o canadense

Joanisval Brito Gonçalves é Consultor Legislativo do Senado para a Área de Relações Exteriores e Defesa Nacional, advogado e professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, foi pesquisador visitante junto à Universidade de Carleton, em Ottawa, Canadá.

não é uma réplica daquele, possuindo peculiaridades que acabam tornando-o único no continente americano e muito peculiar em termos mundiais<sup>2</sup>.

O objetivo deste artigo é fazer uma breve apresentação do modelo político canadense, com ênfase em alguns aspectos constitucionais e nos princípios que norteiam seu governo. Convém destacar que o país é um exemplo de democracia sob um parlamentarismo monárquico, que funciona de maneira efetiva e eficiente no continente americano. De fato, pergunta-se se esse modelo não poderia inspirar outros regimes no continente, assim como o Presidencialismo estadunidense o fez.

## 2. Aspectos histórico-culturais da sociedade canadense

O território que constitui atualmente o Canadá era originalmente ocupado por diversas nações indígenas que tinham forma própria de governo. A partir do século XVI, ingleses e franceses chegaram para estabelecer colônias e durante cerca de 200 anos as rivalidades entre a Inglaterra e a França na Europa repercutiram no Novo Mundo, com constantes conflitos – envolvendo inclusive os grupos indígenas – pelo controle do território canadense. Após intensas batalhas tanto na Europa como em solo canadense, por meio do Tratado de Paris de 1763, a França teve que ceder seus territórios aos britânicos, reduzindo significativamente as possessões coloniais francesas na região.

Importante destacar que a presença francesa no território canadense era muito mais significativa que a inglesa. Nesse sentido, as autoridades britânicas viram sob seu controle toda uma população francófona e católica em Québec, população essa com cultura e valores franceses bastante arraigados e que não poderiam ser simplesmente desconsiderados. Foi em virtude disso que as primeiras grandes referências de normas constitucionais específicas para o Canadá foram instituídas logo que a Coroa britâni-

ca assumiu o controle dos territórios franceses: o *Royal Proclamation Act*, de 1763, que criava a colônia de Québec, e o *Quebec Act*, de 1774, que permitiu à população de língua francesa preservar seu idioma, costumes, religião e leis civis. Assim, apesar de terem governador anglófono nomeado pela Coroa inglesa, os franco-canadenses<sup>3</sup> puderam conservar suas tradições e tinha-se no Québec um caso *suis generis* de um sistema legal no qual o direito penal era inglês enquanto o direito civil era de origem francesa.

Em 1791, por meio do *Constitutional Act of 1791*, o Québec foi dividido em Alto Canadá ou Canadá Superior – que se tornaria Ontário –, de população anglófona e protestante, e Baixo Canadá ou Canadá Inferior – a atual Província de Québec –, francófono e católico<sup>4</sup>. Cada uma das colônias passava a ter seu próprio governador, com conselhos executivos e legislativos nomeados pela metrópole, mas com assembleias locais eleitas. Esse procedimento pode ser percebido como uma resposta da Coroa inglesa em reconhecimento à conduta de seus súditos franceses do Québec de não apoiar a revolta nas 13 colônias britânicas que conduziria à independência destas e à constituição dos Estados Unidos da América (DICK, 2004, p. 26).

Portanto, a partir de 1791, as colônias canadenses adquiriram um “governo representativo”, *i.e.*, marcado por um conjunto de instituições que incluíam uma assembleia legislativa eleita, a qual representava o povo e poderia levar seus pleitos ao governo. Destaque-se, entretanto, que até a segunda metade do século XIX, o poder estava efetivamente centrado no Governador-Geral, nomeado pela Coroa britânica, e nos conselheiros por ele indicados. No decorrer daquele século, houve um movimento no sentido de exigir um “governo responsável”, no qual os ministros prestam contas à assembleia, os legítimos representantes eleitos pelo povo<sup>5</sup>.

Em 1840, o Parlamento Britânico aprovou o *Union Act*, por meio do qual os dois Canadás foram unificados sob a direção de

um só Governador-Geral. Isso trouxe problemas aos canadenses francófonos, que se viram de certa forma alijados do governo do novo Canadá. Com o objetivo de assegurar os interesses dos franco-canadenses e reduzir a tensão entre estes e os anglo-canadenses, o federalismo foi ganhando força até que, após várias conferências envolvendo representantes das colônias britânicas da América do Norte, o Parlamento Britânico aprovou, em 1ª de julho de 1867, o *British North America Act*, que depois seria renomeado de *Constitution Act, 1867*. O *British North America Act* integrou as quatro províncias de Nova Scotia, New Brunswick, Québec e Ontário em uma federação, o Canadá. O país permanecia, entretanto, como parte do Império Britânico e, apesar da crescente autonomia do governo local, importantes leis canadenses continuavam a ser produzidas e aprovadas pelo Parlamento em Londres.

A soberania plena do Canadá seria alcançada apenas no século XX. Após participar ativamente, em socorro ao Império Britânico do qual era parte, nas guerras coloniais da virada do século e da I Guerra Mundial, o Canadá adquiriu um novo *status* internacional com o fim da Grande Guerra e os canadenses requereram mais autonomia. Foi assim que, em 1926, uma Conferência Imperial estabeleceu a completa igualdade entre o Reino Unido e seus Domínios – aí incluídos Canadá e Austrália – “para todos os assuntos internos, internacionais e imperiais”: criava-se a Comunidade Britânica das Nações (*British Commonwealth of Nations*).

O estabelecimento da autonomia plena, em 1926, afetou diretamente a condição do Governador-Geral do Canadá, que deixou de ser um agente do governo britânico no país e tornou-se um representante da Coroa<sup>6</sup>. O Gabinete Britânico também deixou de ter qualquer ingerência sobre as leis internas canadenses. Com o Estatuto de Westminster, de 1931, o *Colonial Law Validity Act* – que estabelecia a prevalência da legislação aprovada pelo Parlamento Britânico em caso de conflito com a legislação dos Domínios – foi

revogado e nenhuma lei britânica seria mais aplicada aos Domínios, salvo por requisição e consentimento destes. O Estatuto declarava ainda que os Parlamentos dos Domínios tinham plenos poderes para legislar sobre todos os assuntos internos e internacionais do Domínio.

Apesar do fim da condição colonial, permaneceriam ainda algumas peculiaridades no sistema canadense. A título de exemplo, o Canadá continuava a compartilhar o Chefe de Estado com a Grã-Bretanha, ou seja, o rei ou a rainha da Inglaterra e os Primeiros-Ministros canadenses continuaram a indicar aristocratas, diplomatas e outros súditos britânicos para o cargo de Governador-Geral até 1952. Ademais, a própria bandeira canadense continuou sendo a chamada “Union Jack and the Red Ensign”<sup>7</sup> até 1965, quando foi substituída pela atual. Também, somente em 1967, o hino britânico *God Save the Queen* foi substituído pelo *Oh Canada*, apesar de aquele ainda ter sido de uso corrente e oficial até 1980.

Entretanto, o aspecto mais interessante dessa relação com a Grã-Bretanha repousava no fato de que a Constituição de 1867 só poderia ser alterada pelo Parlamento Britânico, ainda que sob requisição canadense. Impressionante, portanto, que a Constituição de um Estado soberano só pudesse ser emendada pelo parlamento de outro. Somente em 1982, com o *Constitution Act, 1982*, ou Lei Constitucional – última emenda aprovada pelo Parlamento Britânico –, o Parlamento do Canadá passou a ter competência para emendar a Constituição, por meio do *Canada Act*. O Parlamento Britânico abdicou de qualquer poder sobre o Canadá. Assim, o *British North America Act* foi renomeado como *Constitution Act, 1867* e, com o *Constitution Act, 1982*, o documento de 1867 foi reformado e acrescido da *Canadian Chart of Rights and Freedoms*, ou Carta Canadense de Direitos e Liberdades, importante estatuto para a normatização dos direitos e garantias individuais naquele país (CANADA, 1867, 1982).

Antes de serem apresentadas as considerações sobre o constitucionalismo canadense, convém destacar um aspecto importante da formação histórico-social do Canadá: com o processo de independência dos EUA, os colonos leais à Coroa inglesa, os *United Empire Loyalists*, migraram para o Canadá, que acabou se tornando o baluarte da resistência inglesa ao processo revolucionário iniciado nas 13 colônias. Essa situação se tornaria mais evidente com a guerra de 1812, quando o Canadá foi invadido por tropas estadunidenses, que tentaram anexar aquelas colônias. A reação anglo-canadense levou as forças leais à Coroa – tropas inglesas e milícias canadenses – a entrarem no território estadunidense e atacarem cidades importantes como Washington, quando, em 1814, a Casa Branca foi incendiada. Esse conflito influenciaria as relações entre os dois países ao longo do século XIX.

Assim, cabe destacar que o Canadá, em sua formação nacional, não passou por um processo semelhante à Revolução Americana ou à Revolução Francesa. Ao contrário, os grupos anti-revolucionários estabeleceram-se no território canadense e estão entre os “Pais Fundadores” daquele país, o que produziria reflexos significativos na cultura política canadense<sup>8</sup>. O sociólogo estadunidense Seymour Martin Lipset lembra que, na formação dos dois países, enquanto os EUA se fundam em bases revolucionárias, no Canadá ocorre exatamente o oposto, sendo este último essencialmente contra-revolucionário<sup>9</sup>. É nesse sentido que os valores políticos canadenses serão em alguns aspectos bastante distintos dos estadunidenses. Exemplo está no fato de que, enquanto a Declaração de Independência dos EUA lista os objetivos de “vida, liberdade e busca da felicidade”, o Ato Constitutivo do Canadá de 1867 destaca como objetivos fundamentais do país “a paz, a ordem e o bom governo” (*peace, order and good government*) (DICK, 2004, p. 213). Segundo Pierre Berton (1982), os canadenses são mais “obedientes à lei, pacíficos, ordeiros, deferentes à autori-

dade, cautelosos, elitistas, moralistas, tolerantes, reservados e menos emotivos” que os estadunidenses.

Rand Dick (2004, p. 213-221) identifica cinco valores fundamentais que distinguem os canadenses dos estadunidenses:

- equilíbrio entre coletivismo e individualismo;
- particularismo e tolerância;
- deferência para com a autoridade;
- igualitarismo;
- cautela, reserva, dependência e não violência.

Foge ao escopo deste artigo a análise desses valores<sup>10</sup> e das particularidades que distinguem os nacionais dos dois grandes países da América do Norte. Não obstante, é importante acrescentar que a cultura política canadense também será marcada por outras características fundamentais, destacando-se, ainda segundo Dick (2004):

- democracia;
- sistema de governo parlamentarista;
- federalismo;
- atenção às questões indígenas;
- percepção de que Québec constitui uma sociedade distinta dentro da sociedade canadense;
- bilingüismo oficial (inclusão das minorias lingüísticas);
- equidade e diversidade racial, étnica e cultural;
- defesa das liberdades individuais e coletivas;
- igualdade de gênero;
- igualdade entre as províncias, ressalvado o reconhecimento de sua diversidade.

Essa cultura política influencia não só a produção legislativa do país, mas também a maneira como se conduz o governo e como as instituições e mesmo os poderes do Estado canadense se relacionam. Certamente os efeitos também se darão no campo jurídico, uma vez que o direito é produto de uma sociedade, ao mesmo tempo em que também provoca mudanças nessa sociedade. Passe à análise dos fundamentos constitutivos/constitucionais do Estado canadense.

### 3. O Constitucionalismo canadense: fundamentos

Uma primeira observação sobre a norma constitucional canadense é que o país não tem uma Constituição formal. Possui, não obstante, uma Constituição material, entendida como “o sistema de leis e convenções em virtude das quais um Estado é governado” (BEAUDON, 2000, p. 10). De acordo com o art. 52 da Lei Constitucional de 1982, a Constituição do Canadá compreende esta referida Lei (*Constitution Act, 1982*) e os textos e decretos constantes em seu Anexo (*Canadian Charter of Rights and Freedoms, Rights of the Aboriginal People of Canada, Equalization and Regional Disparities, Procedure for Amending Constitution of Canada*), bem como o *Constitution Act, 1867* (nova denominação do *British North America Act, 1867*). Acrescente-se a esses documentos os atos do Parlamento, regras da *common law* (costumes)<sup>11</sup> e convenções ou estatutos constitucionais<sup>12</sup>.

No que concerne ao *Constitution Act, 1867*, trata-se de documento geralmente associado à Constituição do Canadá, apesar de, reitera-se, não ser o único texto de valor constitucional no sistema canadense. O *Constitution Act, 1867* estabelece a divisão dos poderes e as atribuições do Parlamento – composto pelo Soberano (representado pelo Governador-Geral), pela Câmara dos Comuns e pelo Senado –, bem como as regras de funcionamento das Casas e atribuições do Governador-Geral e de seus conselheiros (arts. 1 a 90). Nos arts. 91 a 95, estão dispostas as competências legislativas do Parlamento do Canadá e dos Parlamentos Provinciais, evidenciando-se o princípio federativo. De fato, essa distribuição das competências federais e provinciais constitui o cerne da Carta de 1867 (KHAN, 1986, p. 2). O documento também trata do Judiciário e das questões orçamentárias.

Aspecto interessante do *Constitution Act, 1867* é que o dispositivo não faz qualquer referência ao Primeiro-Ministro ou ao Gabinete, muito menos a seus poderes e compe-

tências. Assim, tanto a figura do Primeiro-Ministro quanto o próprio Gabinete são fruto das convenções consuetudinárias. Uma vez que se tratava de norma colonial inglesa, o documento também não continha alusão a seu processo de emenda, o que conduziu à esdrúxula situação já comentada, segundo a qual até 1982 a Constituição do Canadá era emendada pelo Parlamento Britânico, sediado em Westminster.

O Ato de 1982 veio resolver o problema da emenda do documento de 1867 e instituiu a Carta de Direitos e Liberdades, na qual constam os dispositivos que asseguram os direitos civis e a proteção aos direitos humanos. Também elevou ao *status* constitucional a questão dos indígenas canadenses, por meio do anexo referente aos “direitos dos povos aborígenes do Canadá”. Ainda devem ser mencionados como documentos constitucionais do Canadá normas originárias do Reino Unido, como o Estatuto de Westminster (1931) e a *Magna Carta* (1215) (KHAN, 1986, p. 3-4; BEAUDOIN, 2000, p.32).

Além do arcabouço positivado, a Constituição canadense fundamenta-se em princípios constitucionais consuetudinários, como os da monarquia constitucional, do “governo responsável”, do federalismo, da primazia do direito, do controle do Judiciário, da democracia e da proteção constitucional dos direitos e liberdades.

O Canadá, de acordo com a Carta de 1867, é uma monarquia constitucional e, como a maioria – mas não a totalidade<sup>13</sup> – dos membros da Comunidade Britânica das Nações, compartilha o monarca com o Reino Unido<sup>14</sup>. A Rainha da Inglaterra é ao mesmo tempo a Rainha do Canadá<sup>15</sup>. A condição de monarquia não tem despertado tanto a atenção do debate político canadense, salvo reações de alguns grupos nacionalistas que questionam a legitimidade das instituições da monarquia britânica no Canadá (DICK, 2004, p. 33). Entretanto, de maneira geral, os canadenses parecem conviver bem com o regime monárquico.

A Rainha é, portanto, a Chefe de Estado e os Poderes Executivo e Legislativo são exercidos em seu nome: as leis são sancionadas por ela, sob orientação e consentimento do Senado e da Câmara, e publicadas em seu nome. A justiça também é realizada em nome do monarca. Em termos efetivos, as funções da Coroa são exercidas pelo Governador-Geral, nomeado pela Rainha por indicação do Primeiro-Ministro. A Coroa pode ser entendida como a soma total dos poderes discricionários ou residuais ainda presentes nas mãos do monarca – ou de seu representante. Entretanto, a maior parte dos poderes originários do soberano foi transferida para o Parlamento e, mais particularmente, para o Primeiro-Ministro. Os residuais – como, por exemplo, a autoridade para dissolver o Parlamento e a sanção das leis – são exercidos sob orientação do Gabinete<sup>16</sup>, efetivamente do Primeiro-Ministro.

O princípio do governo responsável já foi comentado. Importante lembrar que, em virtude dele, os ministros, ou seja, o Executivo governante<sup>17</sup>, respondem perante a Câmara dos Comuns, os representantes eleitos do povo. Daí se origina toda a doutrina relacionada à *accountability* e os demais fundamentos do sistema parlamentarista. De fato, a governabilidade só é possível no Parlamentarismo se o Gabinete tiver o apoio do Parlamento. Nesse sentido, o Primeiro-Ministro do Canadá – assim como no modelo britânico – é o líder do Partido que detém o maior número de assentos na Câmara<sup>18</sup> e se o Premier e seu Gabinete perdem a confiança do Parlamento, não é possível que essa configuração de forças se mantenha, o Parlamento é dissolvido e novas eleições são convocadas para que se produza nova composição.

Também do princípio do governo responsável se originam as doutrinas da responsabilidade coletiva e da responsabilidade individual. De acordo com a primeira, o Gabinete é coletivamente responsável perante o Parlamento tanto pelas decisões individuais dos Ministros como pela política de governo como um todo. Não pode, assim,

haver divergências entre os membros do Gabinete e, uma vez que uma decisão é tomada, trata-se de resolução “do Gabinete” e os ministros têm obrigação de dar-lhe total apoio ou renunciar. A segunda doutrina prevê que o Ministro seja responsável pelos atos dos subordinados de sua pasta, inclusive em caso de omissão, não podendo alegar desconhecimento das ações dos funcionários de seu ministério. A responsabilidade coletiva é fundamental no modelo parlamentarista enquanto a responsabilidade individual do Ministro pelos atos de seus subordinados é aspecto importante no exercício do controle do Executivo pelo Legislativo.

Assim, o sistema de governo no Canadá é o Parlamentarismo baseado no modelo britânico. O Parlamento é a instância máxima de Governo no país e é composto pela Câmara dos Comuns (*House of Commons*), pelo Senado e pelo monarca ou, mais precisamente, pela Coroa. Para que leis sejam aprovadas, é necessário o consentimento dessas três componentes do Parlamento. Em termos de efetividade de governo, a Câmara dos Comuns é a principal instância, composta por representantes eleitos em escrutínios periódicos – normalmente a cada quatro anos. Uma vez que não existe uma aristocracia nobiliária no Canadá, a Câmara Alta, ou Senado, é composta por cidadãos nomeados pelo Primeiro-Ministro para um mandato vitalício<sup>19</sup>.

Importante ressaltar que, embora o sistema parlamentarista tenha em seu fundamento a supremacia do Parlamento, efetivamente o poder centra-se no Gabinete e, em particular, no Primeiro-Ministro<sup>20</sup>. Talvez mais no Canadá que na própria Grã-Bretanha, é muito evidente a concentração de poderes no Primeiro-Ministro. Por ser o líder da maioria na Casa dos Comuns e, no caso canadense, em virtude da disciplina partidária – que leva os membros de um partido ou bloco a votarem conforme determinado pela liderança<sup>21</sup> –, o Primeiro-Ministro acaba controlando o próprio Parlamento e tornando-se um verdadeiro “mo-

narca eleito”<sup>22</sup>. Claro que, em virtude do princípio do governo responsável, se perdem a confiança da Câmara dos Comuns, os ministros devem renunciar e, no caso do Premier, este deve solicitar à Coroa que dissolva a legislatura e convoque novas eleições. De qualquer maneira, a questão da rígida disciplina partidária no modelo canadense tem sido objeto de críticas inclusive entre membros do próprio Parlamento<sup>23</sup>.

Registre-se, ademais, que tanto o Premier quanto os Ministros são também membros do Parlamento e, mais freqüentemente, da Câmara dos Comuns<sup>24</sup>, de modo que, no Canadá, assim como na Grã-Bretanha, os Poderes Executivo e Legislativo não se encontram claramente separados<sup>25</sup>. Essa fusão dos poderes envolve as atribuições do Gabinete de iniciar a maior parte do processo legislativo<sup>26</sup>. Ademais, exatamente por ter o apoio da maioria, presume-se que as leis e políticas propostas pelo Governo serão aprovadas pelo Parlamento, garantindo-se a estabilidade institucional<sup>27</sup>. Assim, o povo governaria por meio dos membros do Parlamento e estes transferindo seu poder ao Gabinete, que assume funções executivas<sup>28</sup>.

Questão muito peculiar do sistema canadense é a da combinação do sistema parlamentarista britânico com o federalismo de influência estadunidense<sup>29</sup>. Segundo a Corte Suprema do Canadá, o federalismo constitui o princípio dominante do direito constitucional canadense<sup>30</sup>. A idéia de federalismo está relacionada à distribuição de competências entre os entes federados<sup>31</sup>. Importante registrar que, no sistema federalista, não há subordinação entre os entes federados, mas sim competências distintas e uma relação de coordenação na qual um ente não pode se imiscuir nos assuntos de outro. No modelo canadense, tem-se o governo federal (central) e os governos provinciais<sup>32</sup>, cada um com competências para legislar sobre assuntos específicos.

A opção pelo federalismo deveu-se, já desde a Constituição de 1867, à forte resistência de Québec a um governo centralizador

anglófono. Diante da proposta de criação de um Estado unitário e centralizador quando da constituição do Canadá, os quebecquois uniram-se aos representantes das províncias marítimas e declararam não aceitar nada diferente de uma federação (BEAUDOIN, 2000, p. 28). O acordo a que se chegou foi por um sistema em que o governo central tivesse competência para lidar com assuntos de interesse comum, enquanto as províncias tinham autonomia para tratar de temas locais, conservando sua autonomia e independência nesses casos<sup>33</sup>. A competência residual é do Governo federal e não dos estados, como acontece nas duas maiores repúblicas do continente.

Também ao contrário do que se passa nos EUA e no Brasil, onde os estados da federação são representados por igual número de senadores, no Canadá a representação das províncias se dá em termos proporcionais de população: normalmente, as províncias mais populosas têm mais senadores<sup>34</sup>, assim como ocorre nas Câmaras Baixas dos três países. Também diferentemente dos EUA e do Brasil, os Senadores não são eleitos, mas nomeados pelo Primeiro-Ministro.

A primazia do direito (*rule of law*) é outro princípio constitucional herdado do modelo britânico. De acordo com o preâmbulo da Constituição de 1867, “o Canadá está fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus e a primazia da lei”. Daí que toda ação governamental deve ser pautada na lei, devendo os governantes e os funcionários do Estado agir estritamente de acordo com os preceitos legais. O primado da lei é uma das garantias essenciais a qualquer Estado democrático e nem os cidadãos e muito menos os governantes – aí incluídos os próprios legisladores – podem estar acima da lei.

O controle do (pelo) Judiciário, por meio do qual é estabelecido um Poder Judiciário autônomo e independente, é de extrema importância para que sejam garantidos os princípios democráticos e a proteção constitucional dos direitos e liberdades. À Corte Su-

prema do Canadá cabe o controle de constitucionalidade das normas. Somente com um Poder Judiciário independente é que se pode ter a garantia de um Estado de Direito.

No que concerne aos direitos e liberdades individuais<sup>35</sup>, ao optarem no preâmbulo do *Constitution Act 1867* por um modelo constitucional semelhante ao do Reino Unido, os fundadores da nação canadense assinalaram que documentos como a *Magna Carta*, o *Bill of Rights*, o *Habeas Corpus* e o *Act of Settlement* também fazem parte da Constituição, de modo a elevar a *status* constitucional os direitos e liberdades dos cidadãos (BEAUDOIN, 2000, p. 32). Também na Carta canadense de 1867 há especial atenção a certos direitos especiais, como as garantias referentes às particularidades lingüísticas (art. 133), à liberdade de crença (art. 93), à regularidade de eleições livres (arts. 20 e 50) e à independência do Judiciário (art. 99). Ademais, em 1938, a Corte Suprema entendeu que outras liberdades individuais não explícitas nesses textos também deveriam ser protegidas e tinham característica constitucional.

Finalmente, o grande marco em termos de direitos e garantias constitucionais foi a Carta dos Direitos e Liberdades (*Canadian Chart of Rights and Freedoms 1982*), que consagra, de maneira positivada em uma Lei Constitucional, os direitos fundamentais clássicos, mas também os lingüísticos, os quais merecem atenção especial no Canadá. A partir desse documento, registrou-se um aumento significativo nas atividades do Poder Judiciário relacionadas ao controle de constitucionalidade e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>36</sup>. Os direitos dos povos indígenas também mereceram atenção dos legisladores de 1982.

Assim é que o Canadá se constituiu em um regime democrático, no qual prevalecem o Estado de Direito e as garantias individuais. A sociedade canadense se mostra muito orgulhosa dessas conquistas e dos princípios emanados em sua Constituição. Na perspectiva canadense, a democracia estaria baseada em quatro princípios: soberania

popular, igualdade política, liberdade política e de associação, e governo da maioria (DICK, 2004, p. 33).

A soberania popular significa que, no modelo canadense, é o povo que deve governar, fazendo-o por meio da eleição periódica de seus representantes. A igualdade política está associada à idéia de “um cidadão, um voto”, que não admite distinção entre os eleitores nem peso diferente no sufrágio. Liberdade política significa que os cidadãos podem associar-se livremente e organizar-se com propósitos políticos. De acordo com o princípio do governo da maioria, é a vontade dessa maioria que deve prevalecer, resguardada a proteção aos direitos e garantias das minorias. Com esses princípios postos realmente em prática, assim funciona um regime democrático. Em que pesem críticas ao modelo canadense, este tem conseguido bons resultados em termos de benefícios aos governados e à preservação da democracia.

#### 4. Conclusões: uma monarquia republicana

O modelo canadense é um exemplo de conciliação entre monarquia constitucional, regime parlamentarista e sistema federativo. Nesse sentido, o sistema político canadense chegou a um nível de sofisticação que garante a preservação dos princípios democráticos e dos direitos dos cidadãos. Sob a égide da Coroa, é o povo quem realmente governa por meio de seus representantes eleitos. Os princípios da maioria, da disciplina partidária e do governo responsável permitem ao Executivo governar usualmente de maneira mais eficiente e efetiva, e a estabilidade das instituições faz com que esse “governo a partir do centro” funcione até que perca a confiança do Parlamento, quando, então, novamente é o povo quem decidirá como quer que seu país seja conduzido. Mesmo nos casos de governo minoritário, tem-se instituições estáveis que conseguem garantir a estabilidade.

Claro que há problemas relacionados ao modelo. Críticas referem-se, por exemplo, ao excesso de centralização de poder nas mãos do Primeiro-Ministro e da estrutura burocrática do Estado. Também há questionamentos quanto à falta de transparência em algumas decisões do Governo e na pouca participação do restante dos membros do Parlamento que não façam parte de Gabinete na condução do país.

De toda maneira, o Canadá se consagra como exemplo de monarquia parlamentarista funcionando em solo americano, onde algumas vezes se usa os princípios de soberania e independência para contestar a viabilidade de qualquer modelo diferente do Presidencialismo tradicional – o qual, diga-se de passagem, neste continente só funcionou de maneira democrática ao longo de toda sua história nos EUA.

Nesse sentido, importante destacar que o Canadá não é o caso único de parlamentarismo monárquico com bom funcionamento no continente americano, tão avesso a tudo que inspire o tradicional modelo europeu de governo sob a égide da Coroa, mas de fato conduzido por representantes do povo.

O Brasil já teve um sistema parlamentarista avançado como o modelo britânico, que perdurou de maneira eficiente e efetiva por cerca de sete décadas. De fato, a Monarquia parlamentarista constitucional brasileira enfrentou e venceu grandes desafios à época da consolidação do País como nação e conseguiu garantir a integridade e a unidade nacionais e a preservação da democracia e das instituições em períodos conturbados como os das guerras da década de 1830 ou mesmo durante a Guerra do Paraguai, quando o Brasil foi invadido pelas forças de Solano López.

Assim, já tivemos um regime semelhante à “monarquia republicana”. Esse modelo foi derrubado por um golpe de Estado em 15 de novembro de 1889 – tão confuso que a proclamação do levante republicano se deu por meio de um caloroso “viva o Impera-

dor!” por parte do Marechal Deodoro da Fonseca. A partir de então, um regime de hipotético governo popular estendeu-se durante décadas, no qual a instabilidade das instituições levava à instabilidade do governo e do próprio regime. E o País entrou algumas vezes para o rol das repúblicas caudilhas, inspiradas no modelo estadunidense, mas sem a fortaleza das instituições democráticas daquela nação da América do Norte. Claro que é impossível prever se o Brasil continuaria um regime democrático com a Monarquia. Não obstante, o modelo parlamentarista monárquico parece ser mais resistente a crises institucionais ou ao menos lida com esses problemas de forma menos traumática. No Canadá, é como funciona.

#### Notas

<sup>1</sup> Importante registrar que o atual governo de Stephen Harper (Partido Conservador), iniciado em janeiro de 2006, tem-se conduzido de maneira mais alinhada com os EUA que o governo liberal que o antecedeu, com destaque para a política externa. Na área ambiental, por exemplo, o novo Governo canadense pôs em cheque o Protocolo de Kyoto e descartou o plano que a administração anterior tinha para reduzir emissões e cumprir as metas do país. Harper cortou fundos e eliminou programas voltados para a redução das emissões e para a eficiência energética. Essas ações têm suscitado críticas por parte da oposição e de setores da sociedade canadense.

<sup>2</sup> Apesar de peculiar, o Canadá não é o único caso de monarquia federativa. Cite-se a Austrália, que tem sistema semelhante. Há também a Bélgica, monarquia federativa na qual o monarca tem importante papel para garantir a unidade nacional.

<sup>3</sup> O termo “quebecquois” é um neologismo que surge com o movimento nacionalista da década de 1960 para designar os habitantes da província, que até então se intitulavam simplesmente de franco canadenses ou canadenses franceses.

<sup>4</sup> Apenas a título de informação, os termos Canadá Superior e Inferior (*Upper and Lower Canada*) referem-se à localização geográfica das duas regiões, tendo por referência o rio São Lourenço.

<sup>5</sup> “*Responsible Government, that is, executive government by ministers accountable to the popular assembly and bound to retire from office when the su-*

pport of that body is lost. This convention involves, ultimately, action by the Sovereign or his representative in accordance with the advice of his executive, the essence of constitutional monarchy" I.C. Rand. "Some Aspects of Canadian Constitutionalism" (RAND, 1960, p. 137).

<sup>6</sup> Importante registrar que o Governador-Geral do Canadá, representante-mor da Coroa em território canadense, é nomeado pela Rainha sob indicação do Primeiro-Ministro.

<sup>7</sup> Constituída por uma pequena bandeira britânica no canto superior esquerdo sob um fundo vermelho composto com o brasão do Canadá.

<sup>8</sup> "Political culture includes feelings people have toward the overall political community of Canada – reactions to national symbols (flag, anthem, the Constitution), and feelings of patriotism, nationalism, and pride, including question of how people feel toward their province as opposed to the whole country. A second aspect of political culture involves beliefs regarding of the role of the state (...). Another variable consists of orientations to the decision-making apparatus. Are people aware of it, and to what extent do they want to control it? How do Canadians feel, in general, about the police, the bureaucracy, the courts, and the politicians? Do citizens trust them? Alternatively, do people feel that their participation in the political system can make any difference? And what extent do they participate? Patterns of actual participation can also be considered part of political culture (...)" (DICK, 2004, p. 209).

<sup>9</sup> "Canada has been and is a more class-aware, elitist, law-abiding, statist, collectivity-oriented, and particularistic (group-oriented) society than United States" (LIPSET, 1990, p. 8).

<sup>10</sup> Para alguns autores, com o processo de integração entre as duas nações norte-americanas, ocorrido nas últimas décadas, os canadenses estariam perdendo algumas dessas características, tornando-se cada vez mais semelhantes aos estadunidenses. Essa é uma discussão que tem ganhado espaço na sociedade canadense.

<sup>11</sup> "Une autre partie de la Constitution du Canada est formée de règles de common law. Ce sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires" (CANADA, 1981, p. 876).

<sup>12</sup> "Fondée sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites" (CANADA, 1981, p. 880).

<sup>13</sup> A Índia, por exemplo, é uma república parlamentarista e faz parte da Comunidade Britânica.

<sup>14</sup> De acordo com o art. 9 da Constituição de 1867, "The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen".

<sup>15</sup> Nada impede que uma única pessoa seja soberano de dois países. Dom Pedro I, por exemplo, monarca legítimo e constitucional do Brasil, pode-

ria ter reunido as Coroas do Brasil, de Portugal, da Espanha e da Grécia.

<sup>16</sup> "La plupart des pouvoirs de la Couronne en vertu de la prérogative sont seulement exercés sur l'avis du premier ministre ou du cabinet ce qui signifie que ces derniers l'exercent effectivement, ainsi que les innombrables pouvoirs délégués par les lois à la Couronne en conseil" (CANADA, 1981, p. 878).

<sup>17</sup> Vale lembrar que o monarca também pertence ao Poder Executivo, apesar de não ter responsabilidade perante o Parlamento – o rei não erra (exatamente porque não governa, apenas reina).

<sup>18</sup> O fato de ter o maior número de deputados não significa que o Governo tenha a maioria no Parlamento. Há o fenômeno dos "governos minoritários", como é o caso do Governo do Partido Conservador liderado por Harper e estabelecido em janeiro de 2006.

<sup>19</sup> Há a aposentadoria compulsória dos Senadores aos 75 anos.

<sup>20</sup> Interessante a evolução para o sistema parlamentarista de governo: o poder inicialmente concentrado nas mãos do monarca passou para o Parlamento e deste para o Gabinete. Dentro do Gabinete, a autoridade do Primeiro-Ministro evidencia-se, sendo, portanto, este o centro do governo.

<sup>21</sup> Instituto do modelo de Westminster, a disciplina partidária mostra-se bastante rígida no Canadá, onde é pouco provável que a bancada divirja de uma posição da liderança. Nesse sentido, no modelo canadense é menos provável que haja votos dissidentes nas bancadas ou casos extremos como insurreições contra a liderança, como as que ocorrem na Grã-Bretanha – vale lembrar que a Primeira-Ministra Margaret Thatcher foi levada a deixar seu cargo à frente do Governo britânico por uma insurreição dos membros de seu próprio partido.

Segundo Monique Guay (2002), MP, "[p]arty discipline can be compared to team spirit in sports. A minister in the Liberal government of Pierre-Elliott Trudeau once compared Canadian politics to a team sport like football, hockey or baseball. (...)It is dependant on mutual trust, on close cooperation by all members of the team and confidence that each individual will play his role.(...)Party discipline is also the unwritten rule that sometimes forces parliamentarians to set aside their personal beliefs if they conflict with the decisions made by their party. Dissent can be voiced in caucus meetings, which are usually held behind closed doors, away from cameras and journalists. Caucus is where MPs can say they disagree with a bill or one of the party's positions or bring up a policy they would like to see incorporated into the party's election platform. It is not unusual for a newly elected MP to discover with astonishment and confusion that there are greater rivalries within a party than there are between opposing parties. (...)Once the debate is over, the MPs have to rally behind their party's

decisions; if they do not, they run the risk of being reprimanded. Parties can use perks the appeal of which depends on whether the party is in government or in opposition. A loyal MP can be made a committee chair, House leader, a parliamentary secretary or a Cabinet minister. Insubordinate MPs can be relegated to the back benches, refused authorization to travel abroad, thrown out of caucus or barred from running in the next election."

<sup>22</sup> A grande referência sobre a concentração de poderes no Primeiro-Ministro canadense, ocorrida nos últimos trinta anos, é a obra "Governing from the Centre: The Concentration of Power in Canadian Politics", de Donald Savoie (2004).

<sup>23</sup> "Representative democracy in Canada is so dominated by political parties that some experts believe the party discipline exerted on most votes in our House of Commons and provincial legislatures is the tightest in the democratic world. Defenders of our model argue many Canadians prefer it this way because every candidate for each party can be assumed at election time to have identical views on every issue. Others contend our executive democracy, patterned on a system prevailing in Great Britain about three centuries ago, requires iron party discipline if our fused legislative and executive branches of government are to function effectively. Another reason, probably the most important, is that our practice makes life easier for leaders of both government and opposition parties. (...) Unlike parliamentary systems in places such as Australia, virtually every vote in Canadian legislatures is considered potentially one of non-confidence in a government. Even a frivolous opposition motion to adjourn for the day can be deemed by a cabinet, if lost, to have been one of non-confidence. The whips of government parties have for decades used the possibility of an early election to push their members into voting the respective party line. The opposition attitude is so similar that we have the recent spectacle of both opposition parties in our House of Commons arguing that a free vote on an abortion resolution would "rip out the heart" of our parliamentary system of government. The constituents of both provincial and federal legislators would be the real winners if party discipline is loosened. Private members from both government and opposition benches could then take positions on government bills and other matters based on pleasing constituents instead of their respective party hierarchies" (KILGOOR; KISNER, 1988).

<sup>24</sup> Há casos em que senadores passam a compor o Gabinete como ministros, apesar de que, comumente, são os deputados que ocupam esses cargos.

<sup>25</sup> No Brasil e nos Estados Unidos da América, o sistema Presidencialista deixa clara a incontestável separação entre os Poderes Executivo – nas mãos do Presidente da República –, Legislativo – a cargo do Congresso Nacional, composto pela Câmara e pelo Senado – e Judiciário. No Canadá e na Grã-Bretanha, a separação dos poderes só se evidencia no judiciário independente.

<sup>26</sup> Isso sem falar da competência exclusiva do Executivo para apresentar projetos de leis relacionados a questões financeiras.

<sup>27</sup> O que não significa que todos os projetos apresentados pelo governo serão aprovados pelo Parlamento, que tem poderes para rejeitar a proposta do Executivo ou, o que é mais comum, alterá-la.

<sup>28</sup> "L'exécutif et le législatif ne sont pas vraiment séparés au Canada. Le premier ministre, qui constitue de facto son Cabinet le Pouvoir exécutif, domine également le pouvoir législatif e siège à la Chambre des communes" (BEAUDOIN, 2000, p. 20).

<sup>29</sup> "En 1867, les Pères de la fédération avaient pour modèle le fédéralisme américain. Ils le connaissaient fort bien" (BEAUDOIN, 2000, p. 29).

<sup>30</sup> "Le fédéralisme constitue la plus fondamentale de la Constitution canadienne (...). Dans le Renvoi sur le repatriement, deux juges de la Cour Suprême déclarent: 'On peut donc dire à bon droit que le principe dominant du droit constitutionnel Canadien est le fédéralisme'. La Constitution de 1867 est la première qui reconnaît à notre pays un caractère véritablement fédératif" (BEAUDOIN, 2000, p. 21).

<sup>31</sup> "In a federal state, governmental power is distributed between a central (or national or federal) authority and several regional (or provincial or state) authorities, in such a way that every individual in the state is subject to the laws of the two authorities, the central authority and a regional authority" (HOGG, 1992, p.98).

<sup>32</sup> Importante assinalar que, assim como nos EUA, os municípios no Canadá não são entes federados, sendo a federação estruturada nas esferas central e provincial apenas. Em decorrência da força do municipalismo, tem-se no Brasil um caso *sui generis* de federação composta pela União (governo federal), pelos Estados e pelos Municípios – e também pelo Distrito Federal, onde se localiza a capital da República, que reúne competências estaduais e municipais.

<sup>33</sup> "[John A.] Macdonald [who went on to become the first Canadian Prime Minister] accepted a federal form of government, then, to allow the former colonies to retain some of their political and economic independence, but he intended the new country to be a highly centralized federation. He felt that its economic and defensive objectives required a strong central government, a conviction reinforced by the conclusion held by most the participants that the American Civil War (...) had been the result of too much power at the state level (...)]" (DICK, 2004, p. 31).

<sup>34</sup> Essa regra não é absoluta.

<sup>35</sup> "Civil liberties encompass a broad range of values that support the freedom and dignity of the individual, and that are given recognition in various ways by Canadian law. The political civil liberties include the freedoms of speech, religion, assembly and association; the right to vote and be a candidate for elected office; and the freedom

to enter and leave Canada and to move from one province to another. (...)” (HOGG, 1992, p. 765).

<sup>36</sup> “Il s’agit d’un événement considérable tant sur le plan judiciaire que parlementaire. Les tribunaux, qui assurent au Canada le contrôle de la constitutionnalité des lois, voient leur rôle ainsi considérablement agrandi. Depuis 1982, la Cour suprême a rendu environ 400 arrêts sur la Charte canadienne des droits et libertés” (BEAUDOIN, 2000, p. 32-33).

### Referências

BEAUDOIN, Gérald-A. *Le fédéralisme au Canada*. Montréal: Wilson & L. Ltée, 2000.

BERTON, Pierre. *Why we act like Canadians*. Toronto: Clark, Irwin & Co., 1982.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: maio 2006.

CANADA. *Constitution act 1867*. Ottawa: Department of Justice, 1867. Disponível em: <<http://lois.justice.gc.ca/en/const/index.html>>. Acesso em: maio 2006.

\_\_\_\_\_. *Constitution act 1982*. Ottawa: Department of Justice, 1982. Disponível em: <<http://lois.justice.gc.ca/en/const/index.html>>. Acesso em: maio 2006.

\_\_\_\_\_. *Renvoi: résolution pour modifier la constitution*. Ottawa: Cour Suprême du Canada, 1981.

DICK, Ran. *Canadian politics: critical approaches*. 4. ed. Toronto: Thomson Canada, 2004.

GUAY, Monique. The parliamentary centre in Canada. *Canadian Parliamentary Review*, Ottawa, v. 25, n.1, 2002. Disponível em: <[http://www.parlcent.ca/canada/mg\\_e.php](http://www.parlcent.ca/canada/mg_e.php)>. Acesso em: 14 ago. 2006.

HOGG, Peter W. *Constitutional law of Canada*. Toronto: Carswell, 1992.

KHAN, Mansab Ali. *A guide to the canadian government and parliamentary system*. Ottawa: Carswell, 1986.

KILGOUR, David; KIRSNER, John. *Party discipline diminishes canadian democracy*. Ottawa: D. Kilgour, 1988. Disponível em: <<http://www.david-kilgour.com/mp/partydiscipline.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2006.

LIPSET, Seymour Martin. *Continental divide*. New York: Routledge, 1990.

RAND, I. C. Some aspects of canadian constitutionalism. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 38, 1960.

SAVOI, Donald. *Governing from the centre: the concentration of power in canadian politics*. 4. ed. Toronto: University of Toronto Press, 2004.

# Desafios do terceiro milênio

## Agravamento das ações terroristas

Leila Bijos

### Sumário

1. Introdução. 2. Funções do Estado e a legitimidade na governança global. 3. O reflexo da criminalidade na economia mundial. 4. Estratégias para um ordenamento jurídico. 5. Considerações finais.

### 1. Introdução

O impacto das atividades terroristas internacionais constata a necessidade de novos procedimentos para a segurança internacional, uma vez que não existem mais barreiras para o trânsito de pessoas e mercadorias. A partir de 11 de setembro de 2001, o mundo teve conhecimento da hecatombe perpetrada pelo terrorismo, que age subrepticamente, não mostra a sua face, ataca as nações, desestabiliza os sistemas governamentais e insufla a insegurança internacional. Segurança, para a maioria das pessoas, significa quase sempre – e de modo bastante claro – *segurança física e psíquica* para si e para os seus; por conseguinte, representa paz e sua preservação. Preservar a paz exige tanto a habilidade de evitar o uso da força quanto de oferecer-lhe resistência; e a salvaguarda da segurança de outros valores, em geral, requer a mesma habilidade.

Propiciar a segurança, portanto, significa organizar o poder do Estado Nacional e dos organismos internacionais de forma a capacitá-los para enfrentar novas situações, em que o terrorismo se faz presente.

Leila Bijos é Doutora em Sociologia pelo CEPPAC, Universidade de Brasília (UnB), Professora visitante da Universidade da Califórnia em San Diego (UCSD), Professora do Mestrado em Direito e Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília e do UniCEUB e Coordenadora do Núcleo de Estudos em Segurança (NES).

As coalizações internacionais precisam ser fundamentadas para conjugar ações e compromissos de Estados nacionais para evitar a agressão de um Estado contra o outro ou a insurreição de grupos terroristas. Ao engendrar uma ameaça crível contra um Estado, organismo ou pessoa humana, por meio de boicotes, pressões econômicas, intervenção militar ou qualquer tipo de agressão, o sistema de coalizão internacional inibiria os atores da empreitada militar e deteria a ação da facção terrorista.

Nesse contexto, ressalte-se, ademais, o conceito de segurança humana, instituído pelo Banco Mundial em fevereiro de 2005 (ABCDE, Tokyo 2006) (Cf. ANNUAL BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS, 2006), como desafios para a implementação de ações em níveis regionais. Recentemente, o Conselho do Banco Mundial elaborou uma nova estratégia de desenvolvimento social, na qual a segurança humana foi identificada como um conceito consistente com sua política. Mesmo antes dos atentados de 11 de setembro de 2001, o Banco já havia reconhecido que a estabilidade socioeconômica e humana era pré-condição para o desenvolvimento sustentável. Em 2003, o Governo do Japão revisou sua Carta de Ajuda para o Desenvolvimento (ODA) (Cf. JAPAN'S, 2005) e adotou a perspectiva da segurança humana como elemento fundamental de sua política. Essas tendências indicam a relevância da segurança humana no mundo de hoje, em que os tópicos se mostram mais interconectados, requerendo respostas além das fronteiras e dos mecanismos institucionais de cada país.

No entanto, sérias preocupações ainda permanecem no contexto das nações de como implementar esse conceito na sua totalidade, de forma operacional, evitando o uso da força, combatendo o terrorismo, promovendo a paz, trabalhando para a melhoria de vida de todos os membros da sociedade – particularmente os excluídos –, gerando desenvolvimento econômico, distribuindo benefícios e aumentando o acesso aos

serviços. O desafio que se interpõe à sociedade é como integrar todos os tecidos sociais.

## 2. Funções do Estado e a legitimidade na governança global

A amplitude das ações terroristas delinea a necessidade de um ordenamento jurídico, não concentrado somente na punição criminal dos perpetradores de atos que desestabilizam a segurança internacional, mas que estabeleça normas jurídicas homogêneas que inibam o avanço de ações terroristas, com diretivas internacionais voltadas para o cumprimento dos Estados signatários.

A democracia moderna pressupõe uma organização complexa, delicada e profunda, que positivamente dirige a vida de milhões de cidadãos cujos direitos devem ser respeitados e protegidos contra todas as possibilidades de agressão. Na acepção dos clássicos Rousseau, Montesquieu, Tocqueville, Gramsci, Kelsen, somente a ordem jurídica internacional é soberana, mormente quando os aspectos econômicos e religiosos envolvidos nos atos terroristas e na criminalidade financeira internacional exigem rapidez na solução dos problemas que se antepõem à sociedade internacional.

Os grupos terroristas e as organizações mafiosas têm estabelecido seus tentáculos no mundo todo, como a *Cosa Nostra Siciliana*, que tem sua base de atuação na ilha da Sicília e tem o objetivo de submeter pela corrupção e pela força o Estado-legal. Suas atividades principais são o tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro e extorsões. A organização *N'Drangheta* atua na Calábria e sua principal atividade é o seqüestro para receber resgate e efetuar extorsões. Opera ativamente com o tráfico de drogas. Na região de Nápoles, encontra-se a *Camorra*, na Campânia. Suas atividades abrangem o tráfico de drogas, o contrabando de cigarros, extorsões, loterias clandestinas, jogos de "bicho", financiamentos ilícitos e participação em obras públicas. *Sacra Corona Unita*,

na Puglia, também opera com o tráfico de drogas, contrabando de cigarros, extorsões, usura e fraudes. Além das fronteiras italianas, encontra-se a Máfia Americana (*Cosa Nostra Americana*), que desenvolve tráfico de drogas e de armas, a prostituição e a extorsão, ampliando sua rede com negócios na área de construção civil e o comércio atacadista de alimentos.

Um importante ramo mafioso encontra-se na Ásia e é conhecido como *Máfia Asiática* ou *Triáde Chinesa*, que tem uma intensa atividade de tráfico de drogas, de jogos e apostas ilegais, prostituição, imigração ilegal, extorsões e roubo. Sua rede atua de forma pró-ativa em Myanmar, onde financia a produção de heroína, e em Hong Kong atua nos ramos imobiliário, hoteleiro e de alimentação, propiciando a lavagem de dinheiro. A *Máfia Russa* opera no tráfico de drogas, matérias-primas, material nuclear, armas, implementa a prostituição, a venda de produtos falsificados e a lavagem de dinheiro. A *Máfia Japonesa*, chamada de *Yakuzá*, é muito forte no cenário internacional, controlando o tráfico e a venda de narcótico no Oriente. Como processo de lavagem de dinheiro, redireciona seus recursos para a recapitalização da empresa, aumento de capital em ações, compra de bens imobiliários e reestruturação da própria empresa, transferindo lucros e ações de clientes para o exterior. Seus membros são muito hábeis no extravio de livros contábeis, na simulação de roubo de bens da empresa, além de forjarem incêndios nas suas próprias instalações. No Triângulo Dourado formado por Birmânia, Tailândia e Laos, as máfias orientais dominam a produção de papoula, matéria-prima da heroína e do ópio.

Na Turquia existe a máfia denominada *lobos-cinza*, que atua no tráfico de drogas. No que se refere ao tráfico de seres humanos, ressalte-se a máfia judia *Zwi Migdal*, especializada no contrabando de mulheres judias para o exercício da prostituição no Rio de Janeiro, São Paulo e Buenos Aires, entre outras capitais.

Na América do Sul, destacam-se os cartéis colombianos, cujas atividades se concentram no plantio e no comércio de drogas, mas existem outros segmentos que trabalham na Bolívia, refinam cocaína e a distribuem para outros países, numa rede que tem como pontos centrais o Brasil e o Suriname.

Em conjunto, essas máfias formam um império subterrâneo, com ramificações em mais de trinta países, e penetram em todas as esferas de poder estatal, empresarial e social.

### 3. O reflexo da criminalidade na economia mundial

O modelo econômico neoliberal em voga em toda a América Latina alcança um número cada vez maior de cidadãos, que vivem em pobreza absoluta, privados de uma rede de segurança mínima, afetados por agentes articuladores de partidos conservadores e narcotráfico, assim como de igrejas fundamentalistas e pelo consumismo transnacional (Cf. ALVAREZ; DAGNINO; ESCOBAR, 2000, p. 45-46). A violência assumiu novas dimensões como modeladora do social e do cultural em muitas regiões; classes emergentes ligadas a negócios ilícitos e empresas impulsionadas pelo mercado transnacional ganharam ascendência social e política, ressaltando o ilícito em vez de normas éticas e morais. Como chamar a atenção da comunidade internacional para as exportações de café e petróleo que geram à Colômbia dois bilhões de dólares se os cartéis colombianos movimentam anualmente, com a cocaína, sete bilhões de dólares (MAIEROVITCH, [200-?])? Maierovitch ressalta que, na década de 70, os cartéis somente atuavam na intermediação e no refino da cocaína plantada no Peru e na Bolívia, mas, a partir da década de 80, com o apoio econômico da *Cosa Nostra*, passaram a plantar e a cultivar a coca na própria Colômbia. Atualmente são 100.000 acres de plantações de cocaína, onde trabalham cerca de 350.000 homens.

Num outro contexto, encontra-se o tráfico de armas, que inundou o mercado inter-

nacional com o fim da Guerra Fria, conforme análise de Hobsbawm (1995, p. 250). O tráfico da morte se desenvolveu não apenas com as grandes peças, mas com a demanda de artefatos leves e portáteis, altamente destrutivos e mortais.

Novos conflitos surgiram com o arrefecer das divergências entre EUA e URSS, com novas operações militares na Europa, Ásia e África, sem que fossem denominados guerras. Em suma, o perigo da guerra global não havia desaparecido, apenas mudara de denominação.

O tráfico de armas supre o narcotráfico, que é alimentado pelo tráfico de seres humanos. Leite (2002) ressalta que mais de quatro milhões de pessoas são traficadas anualmente, havendo um deslocamento de mulheres tailandesas, filipinas, latino-americanas, africanas e européias para os países ricos. Todos os anos, pelo menos 120 mil mulheres são contrabandeadas para a Europa ocidental, a maioria procedente das regiões leste e central do continente, e são obrigadas a trabalhar como prostitutas. O esquema internacional trabalha com o tráfico de crianças das comunidades mais desfavorecidas, que são “exportadas” em proveito de representantes das sociedades ricas.

Os fatores sociais endêmicos consorciaram-se para agravar a situação mundial, percebendo-se a ausência de políticas públicas e sociais que proporcionem a inclusão social desses grupos minoritários. A educação e o conhecimento são essenciais para conscientizar os grupos de risco e evitar que sejam seduzidos por promessas de emprego e oportunidades de vida melhor.<sup>1</sup>

A partir da efetivação de parâmetros de desenvolvimento socioeconômico e mecanismos de Direito Internacional, a exploração do trabalho, o comércio de armas, drogas e o tráfico de seres humanos apresentarão uma involução como criminalidade internacional.

Essas lacunas pressupõem a ausência de integração social e justiça distributiva que, por conseguinte, levam à exclusão do

direito à segurança e dos direitos humanos. A exclusão não é meramente material, receptiva ao regulamento por uma intervenção oportuna do Estado. Ela é histórica, política, geográfica e freqüentemente racial, demandando, portanto, maior ação radical (Cf. OAKLEY, 2004, p. 99).

Os negócios marginais, entre eles o tráfico de drogas e o narcoterrorismo, sofreram um grande impulso a partir da década de 90, resultantes da exacerbação do neoliberalismo, com a abertura indiscriminada dos mercados, a desregulamentação financeira internacional, expulsando os trabalhadores formais de seus empregos. Os chamados negócios “legais” entraram em recessão, abrindo caminhos para os negócios marginais, quando os campesinos da Colômbia, Peru, Bolívia, Paraguai e Brasil passaram a dedicar-se à produção da matéria-prima para a fabricação da cocaína, da heroína e da maconha. Os narcodólares obtidos com os negócios ilegais são lavados em paraísos financeiros no Caribe, na Argentina, Uruguai, Brasil, EUA ou Suíça.<sup>2</sup>

A estrutura internacional precisa ser sustentada por meio da consolidação da hegemonia política e econômica, vislumbrando espaços para a construção de projetos nacionais soberanos, que repercutam positivamente na vida das comunidades locais, sem degradarem os ecossistemas, gerando riqueza e bem-estar.

Um imediato e sólido projeto deve ser formulado e implementado para restaurar as economias dos países do Sul, para que se fortaleçam e ampliem seus mercados. Os negócios “legais” precisam ser valorizados e crescer em escala qualitativa e quantitativa.

Há medidas governamentais que o Estado de direito deve implementar, principalmente no que se refere à regulamentação de políticas para o fornecimento de diferentes serviços, mercadorias, acesso a diferentes profissões ou ocupações. Como as dificuldades na implementação de normas e regulamentos ultrapassam as fronteiras nacionais, foi criado pelo G-7 o Grupo de Ação

Financeira (GAFI), ou *Groupe d'Action Financière*, ou *Financial Action Task Force*<sup>3</sup>. A criação do GAFI como organismo intergovernamental teve como objetivos principais estabelecer padrões, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. O GAFI é formado por duas organizações regionais – a saber, a Comissão Européia e o Conselho de Cooperação do Golfo – e mais quarenta e dois países.

A partir da criação do GAFI, surgiram vários grupos regionais com a tarefa de combater o crime de lavagem de dinheiro e o financiamento de atos terroristas, tais como o GAFI da América do Sul, o ESAAMLG (África), o FATF, o Comitê C-R.EV do Conselho da Europa, a Força Tarefa de Ações Financeiras do Caribe (CFATF) e o Grupo de Combate de Lavagem de Dinheiro da Ásia e Oceania (APG). São organizações similares que atuam como observadoras do GAFI Central, conduzem avaliações mútuas e analisam as tendências regionais de lavagem de dinheiro. Várias outras parcerias foram criadas com o Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento, Banco para o Desenvolvimento Asiático, Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Fundo Monetário Internacional, o Grupo Offshore de Supervisores Bancários, o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, entre outros.

As Unidades de Inteligência Financeira, ou *Financial Intelligence Unit*, são agências nacionais que fazem parte dessa ajuda e estão encarregadas de requerer, receber, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras relativas a procedimentos presumidamente criminosos, conforme legislação ou normas dos países aos quais pertencem, com o objetivo de impedir a lavagem de dinheiro. Os setores financeiros e comerciais precisam ser protegidos, pois são passíveis de manobras ilegais.

Em atendimento às recomendações internacionais, o Brasil criou uma unidade de

inteligência financeira, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com o propósito de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998<sup>4</sup>. As informações financeiras estão sendo analisadas e transmitidas às autoridades competentes também pelo Grupo Egmont, que é um grupo internacional informal, criado para promover, em âmbito mundial, entre as Unidades de Inteligência Financeiras (FIUs), a troca de informações relevantes sobre redes terroristas, como o atentado do dia 11 de setembro de 2001 aos EUA.

#### 4. Estratégias para um ordenamento jurídico

As manifestações em prol de um ordenamento internacional iniciaram-se com o fim da Segunda Guerra Mundial, até a promulgação por George W. Bush da Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América, em setembro de 2002<sup>5</sup>. O sucesso dessa empreitada deveu-se à capacidade e disposição das lideranças americanas de exercerem a hegemonia por meio de estruturas multinacionais, nas quais a influência americana é preponderante<sup>6</sup>. Essa rede de alianças implicava o apoio ao governo norte-americano em sua guerra contra o terror, já que os Estados Unidos haviam se tornado complacentes na década de 90, na acepção de Joseph Nye (2002), demonstrando indiferença a respeito da formulação de uma política externa que direcionasse o seu poder. A comissão de segurança nacional, chefiada pelo então ex-senador Gary Hart e Warren Rudman, alertou aos cidadãos que a superioridade norte-americana não os protegeria dos ataques hostis em seu próprio solo. Como os relatórios foram ignorados, o terrorismo catastrófico deu origem ao contraterrorismo. Nesse sentido, foram invadidos o Afeganistão e o Iraque. A coerção e a

ação militar se justificaram junto à OTAN e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, que reconheceram os atos do 11 de Setembro como um ataque armado que legitimava a autodefesa. A ofensiva do Afeganistão foi computada diplomaticamente como positiva e bem sucedida, uma vez que capturou e matou os mais importantes líderes da Al-Qaeda, assim como fechou seus campos de treinamento, apossou-se de seus documentos e computadores de seu quartel-general, que ajudaram a localizar outros operantes da Al-Qaeda. No Iraque, os ataques tiveram respaldo nas alegações de que o líder terrorista Bin Laden se escondia nas cavernas, com todo o seu arsenal, e de que havia armas de destruição em massa em Bagdá e outras localidades iraquianas. O alvo central do Presidente George W. Bush para a invasão seria a retirada do poder do então presidente-ditador Saddam Hussein, a fim de mostrar ao mundo os parâmetros democráticos para o estabelecimento de uma paz duradoura e a implementação de planos de desenvolvimento no Iraque.

Ao ignorarem o veto das Nações Unidas para declararem guerra ao Iraque, os Estados Unidos violaram a Carta da ONU a respeito da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Os povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra e reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas. Para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz é unir forças para manter a segurança internacional e garantir pela aceitação de princípios e instituições de métodos empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”.

A estratégia de invasão dos Estados Unidos para expandir sua autonomia foi

reprovada pela sociedade internacional, as ações impertinentes deixaram o Iraque num clima de guerra civil, provocaram cisões profundas entre o Oriente e Ocidente, difundindo o terrorismo, e tornaram o local uma área de conflito potencial. Segundo Samuel Huntington (1997), a tensão entre os choques das civilizações está nas relações econômicas desenvolvidas entre Oriente e Ocidente, que privilegiam os países que comandam o capitalismo mundial e geram desigualdades econômicas e sociais nos países subdesenvolvidos.

Desde março de 2003, o Iraque tem sido alvo das ações bélicas norte-americanas, que, com o pretexto de localizar e inibir uma possível existência de armas de destruição em massa, sofreu baixa de mais de dois mil e duzentos soldados americanos, e mais de sessenta mil iraquianos foram mortos, presos, torturados ou encarcerados, sem que nenhuma arma química tenha sido encontrada. No entanto, está sendo imposto o poderio bélico e político dos Estados Unidos na região, apesar de George W. Bush ter declarado em 1º de maio de 2003, a bordo do porta-aviões USS Lincoln, que era uma “missão cumprida”, apesar de se ter despendido mais de US\$ 320 bilhões, de acordo com o Congressional Research Service<sup>7</sup>.

Verifica-se que, a partir desse incidente, o número de aliados do grupo terrorista Al-Qaeda só tem aumentado, intensificando também a ação do Hamas e do Hezbollah, cujas tensões resultaram nos ataques aos metrô de Madri e Londres em 2003 e 2005, no recente ataque a Israel e na conseqüente deflagração de guerra ao Líbano.

O ataque norte-americano no Iraque, num primeiro momento, criou o principal centro de produção de antiamericanos no mundo. Essa invasão permitiu que líderes terroristas se inserissem nos partidos políticos, como os que agora se apresentam no Líbano, sendo os responsáveis pela crise que assola esse país, devastado após os ataques israelenses. As ideologias extremistas têm diminuído a segurança mundial, alas-

trando redes terroristas em todo o mundo. Atualmente existem mais de 4.400 *websites* de grupos terroristas que propagam não só suas doutrinas religiosas, mas também incitam à violência e divulgam práticas para sua execução<sup>8</sup>.

No que se refere ao Iraque, após a dominação americana, verifica-se um falso estabelecimento de regimes democráticos, com protestos constantes à presença americana no país, com religiosos xiitas que foram perseguidos durante anos pelo governo deposedo a requerer a devolução do poder aos iraquianos, fomentando o ódio, os saques e a destruição. As forças de ocupação tornaram-se alvo de atentados e ataques. As autoridades iraquianas, com o apoio do Governo norte-americano, trabalham incansavelmente para a instauração da ordem e do desenvolvimento, apresentando ao mundo um Conselho de Governo, cujos membros têm sido alvo intermitente de assassinatos e perseguições. O fato de ter capturado Saddam Hussein não eliminou o caos no país nem dirimiu a ação das milícias contrárias, que têm dirigido seus ataques contra iraquianos que se alistam ao exército ou mesmo civis que desejam trabalhar na reconstrução do país.

A reconstrução do Iraque como país soberano depende do estabelecimento de um denominador comum que seja aceito pela explosiva mistura de grupos religiosos, étnicos e políticos. A resistência à ocupação estrangeira torna mais complexo esse quadro de fragmentação, ao mesmo tempo em que aproxima facções opostas e fortalece o sentimento nacional.

Nessa fase de transição, que poderia ser denominada pós-conflito, têm surgido divergências quanto ao papel das instituições internacionais na reconstrução do Iraque. Contudo, a necessidade de uma abordagem internacional coerente poucas vezes foi tão importante.

Apesar da maneira coercitiva e unilateral com que o presidente George W. Bush atacou o Iraque, faz-se necessário analisar os resultados das ações que ocorreram no

país, uma vez que a presença das tropas americanas não legitimou a paz e a segurança. A permanência dos militares norte-americanos e de outros países que apoiaram a invasão não surtiu efeitos positivos e, sim, alastrou a onda de conflitos no país. O bombardeamento constante e o fogo pesado da campanha *shock and awe* foram eficazes durante algumas semanas, mas provaram que o inimigo é uma ideologia terrorista espalhada por toda a diáspora muçulmana, que não terá fim somente com os ataques militares. Na avaliação pública de seu governo, percebe-se que apenas 9% dos americanos acham agora que a missão no Iraque foi cumprida, enquanto 44% dizem que a guerra já está perdida (Cf. SILVA, 2006, p. 73). As revelações trazem à tona o erro do Governo em decisões militares, de inteligência e de estratégia política, desgastando a imagem do país. Esse desgaste político culminaria com uma série de investigações sobre abusos de poder no Governo Bush, o que poderia levar ao seu *impeachment* em 2007. Dois terços da liderança da Al-Qaeda foi capturada ou morta, isto é, mais de trezentos “operantes”, entre eles o suposto idealizador do 11 de Setembro, Khalid Sheikh Mohammed, que, após métodos de tortura como *water-boarding* e outras formas de interrogatório, teria passado informações substanciais aos órgãos governamentais americanos, o que resultou no desmonte de pelo menos dez planos terroristas no mundo todo. A segurança foi reforçada nas fronteiras e nos aeroportos, mais de quatrocentas pessoas foram processadas em “investigações relacionadas ao terrorismo”, células terroristas foram desmanteladas em Buffalo, Detroit, Seattle, Portland, Oregon e no norte da Virgínia, e mais de 515 estrangeiros associados à investigação do 11 de Setembro foram deportados (Cf. COLE, 2006, p. 81-104).

Como não se pode medir a vitória na “guerra global contra o terrorismo”, verifica-se que os incidentes terroristas no mundo triplicaram em relação a 2003. Cole (2006) afirma que o Departamento de Estado Norte-

Americano apresentou cifras de 2.013 incidentes em 2002, 1.593 em 2003, mas corrigiu seus dados para 3.646 feridos. Em 2004, seriam 651 ataques, com 1.097 mortes. A precisão não faz parte dos relatórios do Departamento de Estado, que terminou por eliminar dados de seu relatório anual sobre o terrorismo, dizendo que é muito difícil confirmá-los.

A estratégia antiterrorista norte-americana mobilizou mais de cem mil tropas, centenas de milhões de dólares e milhares de vidas, cuja única conexão clara com a guerra foi a incitação ao terrorismo. A obsessão do governo Bush por uma “guerra contra o terror” não lhe permite cuidar de suas defesas internas, que não visam movimentos terroristas não-estatais.

O Iraque necessita de estruturas estratégicas em curto prazo para a redemocratização do país, voltadas para uma estabilização de ordem política e econômica liderada pelos iraquianos, pois os mesmos têm consciência das suas necessidades e estão empenhados em reconstruí-lo. As Nações Unidas têm um papel importante a desempenhar na legitimação da forma de governo que vier a surgir no Iraque: aproveitar a sua competência para suprir as necessidades humanitárias, revitalizar as áreas sociais e econômicas, desenvolver uma cooperação técnica internacional e encorajar o envolvimento de organizações não-governamentais. Medidas para incrementar a venda de petróleo do Iraque devem ser consideradas para prover a subsistência da população, recursos que deverão ser utilizados na reconstrução do país e na implementação de infra-estrutura para novos hospitais, escolas, habitação e restauração de sítios culturais. Essas estratégias mostrarão que o governo local, os EUA e as agências internacionais poderão avançar de forma mais coerente em relação ao Iraque, independentemente das divergências anteriores.

A velha ordem internacional, embaixando-se no contexto do Iraque, foi construída com base no medo e no terror. Na sua principal obra, *O Leviatã*, Thomas Hobbes (1988)

caracteriza de forma concisa a perturbação que os Estados experimentam diante do perigo da dissolução de suas ações, já que estão convencidos de que a maior causa do mal deve ser buscada na cabeça dos homens, nas falsas opiniões sobre o que é justo e injusto, sobre os direitos e deveres e respectivamente dos soberanos e dos súditos – “Guerra de todos contra todos”.

Apesar das diferenças étnicas, representantes das três comunidades – sunitas, xiitas e curdos – estão sentados à mesa, negociando um acordo viável com o qual todos possam conviver. Essas lutas sectárias por poder podem tornar-se muito confusas e violentas, pois reprimem suas ações para uma possível reestruturação do país. É notório que os xiitas ganharam mais espaço político após a queda de Saddam Hussein, que era um sunita. Em 2004, vinte e dois grupos e partidos xiitas formaram uma aliança para a disputa das eleições, a Aliança Iraquiana Sunita. Seu líder é o chefe do Conselho Supremo da Revolução Islâmica no Iraque. Trata-se de uma organização que foi fundada no Irã. Sua candidatura assustou os Estados Unidos, já que um país com ligações com a República Islâmica do Irã terá um regime teocrático xiita. Após a morte de Abu Mussab al-Zarqawi, o terrorista mais procurado no Iraque, um novo caminho para a estabilização do país passou a ser vislumbrado. O Iraque, através de sua diplomacia, necessita de uma possível construção da nação por meio de consensos e cooperações internacionais para estabilizar a soberania do país, sem necessariamente aceitar os líderes impostos pelos Estados Unidos, com o pressuposto democrático de pôr fim a uma guerra civil que impede a formulação da paz e do desenvolvimento. Na verdade, o país vive uma fase delicada, já que necessita reconstruir seus pilares ideológicos para traçar metas futuras.

## 5. Considerações finais

A redemocratização do Iraque tornou-se um assunto fértil para a mídia e a sociedade

internacional, propiciando a geração de novas concepções teóricas. Trata-se, em suma, de uma série de brigas pelo poder, que são desgastantes batalhas políticas para as relações internacionais. A guerra no Iraque de 2003, na acepção de Hans Blix (2006), causou uma série de convulsões políticas em todo o mundo, até mesmo no país que a desencadeou, os Estados Unidos. Percebe-se a extensão desse banho de sangue, que ora atinge a sociedade civil no Líbano. Na verdade, ao analisarem-se os fatos históricos, nenhuma arma de destruição em massa (ADM) foi eliminada, pois, ao contrário do que afirmavam os governos dos Estados Unidos e do Reino Unido, não havia arma alguma. Os cientistas políticos têm-se debruçado na análise dos parâmetros da legalidade de deflagração da invasão, nas perspectivas de democracia no Oriente Médio, na permanência das tropas e bases americanas no Oriente Médio, e de uma Arábia Saudita cujos interesses financeiros se fundamentam no sistema bancário norte-americano. Nos dias de hoje, dá-se prioridade à questão do petróleo, da energia nuclear, do gás natural, dos crescentes sinais de aquecimento global e da necessidade de fontes de energia renováveis, que poderão ser o estopim de novos conflitos globais em decorrência dos aspectos econômicos, financeiros e estratégicos.

A sociedade internacional aliada à ONU deve respeitar os princípios dos Direitos Humanos que protegem a autodeterminação dos povos e também levar em consideração a sabedoria e autoridade dos líderes iraquianos que lutam para a reconstrução e desenvolvimento do país e para a inserção competitiva do Iraque no mundo globalizado. O que se verifica numa análise global dos fatos é que o governo norte-americano invocou uma racionalidade “preventiva” e violou as normas internacionais, utilizando um tratamento cruel, desumano e degradante no interrogatório de cidadãos iraquianos, de membros da Al-Qaeda, argumentando que as regras tradicionais não se aplicam a esse tipo de inimigo.

A expansão dos poderes norte-americanos tem sido respaldada pelo Ato Patriota USA, que permite a sujeição de imigrantes árabes e mulçumanos árabes a interrogatórios intermináveis pelo FBI, a prisão, instauração de processos, emissão de “cartas de segurança nacional”, o grampeamento de linhas telefônicas, sem que as iniciativas terroristas diminuam ou se eliminem as máfias, a lavagem de dinheiro ou o tráfico de drogas, tráfico de armas e de seres humanos.

Com o fenômeno da globalização, emerge um reordenamento das relações internacionais, que implica uma influência de causa e efeito dessas relações sobre o direito, especialmente quando envolvem ilações intervencionistas militares sobre qualquer pretexto. Diante desse novo cenário, abre-se espaço para novas negociações que completem os interesses econômicos, tecnológicos e políticos das potências de primeira grandeza, em detrimento das nações em desenvolvimento, que deverão demonstrar habilidade e equilíbrio, procurando articular-se em blocos, a fim de participarem das benesses do desenvolvimento. Essa nova mudança de paradigma exige dos Estados o aumento de suas capacidades de informação, atração de capitais e a formação de redes, com o objetivo precípuo de uma nova ordem mundial direcionada para a busca da paz e do progresso entre as nações.

A abrangência dos meios de comunicação atuais vem desnudando a incoerência dos argumentos na utilização de forças militares para a preservação da paz entre as nações e o bem-estar coletivo. Os resultados das práticas de ataques que se verificam na contemporaneidade evidenciam a dissociação do estado de direito, minam a legitimidade do Estado Nação, desaguando para o lado obscuro do crime, das máfias e das milícias armadas.

O conceito de poder mundial implica considerações sobre o aperfeiçoamento interno da democracia, da integração e da interdependência, pilares fundamentais para o estabelecimento e consolidação do estado de direito entre povos e nações.

## Notas

<sup>1</sup> Monica Fauss (2004), em seu livro *A imigração é brasileira*, 6ª edição, relata a situação de mulheres brasileiras na Alemanha. Ressalta que muitas mulheres ficam sozinhas com seus filhos: sem ajuda do companheiro ou de parentes, elas precisam educar as crianças e, ao mesmo tempo, providenciar o sustento da casa. Não encontrando trabalho em sua região, elas migram para os centros econômicos do Brasil ou até mesmo arriscam o salto para o exterior. São atraídas para empregos falsos, tornando-se prostitutas, sujeitas à violência das cafetinas ou cafetões.

<sup>2</sup> Jonas Potiguar ([200-?]), no seu artigo *O Narcotráfico já é o maior Negócio Imperialista do Mundo*, ressalta que “os grandes bancos aceitam de bom grado o que se estima em US\$ 1 trilhão de narcodólares que são lavados anualmente no sistema financeiro mundial”.

<sup>3</sup> O G-7 é composto pelos sete países mais ricos do mundo: EUA, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Canadá. Posteriormente a Rússia, embora não constituindo a oitava economia do mundo, foi admitida no Grupo em razão de sua posição geopolítica. Em seguida foram aceitas a África do Sul, a China e a Índia.

<sup>4</sup> Segundo o artigo 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, o COAF é composto por servidores públicos, integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal, Órgão de Inteligência do Poder Executivo, Departamento de Polícia Federal e Ministério das Relações Exteriores.

<sup>5</sup> O *Economic Report of the President*, transmitido ao Congresso em fevereiro de 2002, (ECONOMIC, 2002) elenca as medidas norte-americanas relacionadas às estratégias econômicas, novas tecnológicas de desenvolvimento, meio ambiente e segurança nacional.

<sup>6</sup> O Vice-Almirante da Reserva Armando Amorim Ferreira Vidigal (2004, p. 13), ex-Diretor da Escola de Guerra Naval, apresenta artigo seminal *O Brasil diante dos desafios internacionais em segurança e defesa*.

<sup>7</sup> O gasto previsto no Orçamento de 2006 é praticamente o mesmo alocado para os Departamentos de Educação, Justiça e Segurança Doméstica juntos. E o aumento diário é de US\$ 200 milhões, o que permite antever para muito breve que ele ultrapasse o que foi gasto na Guerra do Vietnã. Entre 1964 e 1972, os Estados Unidos despenderam no Vietnã em média US\$ 61 bilhões por ano. No Iraque, durante o ano de 2006, foram previstos US\$ 94 bilhões, em contraposição à cifra de US\$ 81 bilhões em 2005. O custo total da Guerra do Vietnã em dólares correntes é estimado em US\$ 549 bilhões.

Em 2008, último ano da administração Bush, esse total será superado no Iraque (SILVA, 2006, p. 69-80).

<sup>8</sup> David Cole (2006, p. 81-104), no seu artigo *Estamos mais seguros?*, analisa a obra *The Next Attack*, de autoria de Daniel Benjamin e Steven Simon, e ressalta que, “uma vez que a ameaça terrorista é descentralizada e globalizada, não se pode lutar contra ela usando métodos militares tradicionais”.

## Referências

ALVAREZ, Sonia; DAGNINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo. *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos: novas leituras*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

ANNUAL BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS. *Why human security now?: challenges for implementation at regional and country levels: parallel session*. Tokyo: ABCDE, 2006.

BLIX, Hans. Questões sobre a guerra do Iraque: o uso de força, armas de destruição em massa e as Nações Unidas. Tradução de Bárbara de Queiroz. *Revista de Política Externa*, São Paulo, v. 14, n. 3, dez./fev. 2005/2006.

CARVALHO, Guilherme; VERDUM, Ricardo. *IIRSA: os riscos da integração*. Brasília: INESC, 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br>>. Acesso em: 23 set. 2006.

COLE, David. *Estamos mais seguros?*. *Revista de Política Externa*, São Paulo, v. 15, n. 1, jun./ago. 2006.

ECONOMIC report of the president, transmitted to the congress in february 2002. Washington: United States Government Printing Office, 2002.

FAUSS, Mônica. *A imigração é brasileira*. 6. ed. Berlin: Brazine, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1988. (Os pensadores).

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a reconstrução da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JAPAN'S ODA loan and Millennium Development Goals (MDGs): for the bright future and hope of the earth. Tokyo: JBIC, 2005.

MAGALHÃES, José Antônio F. de. *Teoria política*. Brasília: Vestcon, 2005.

- MAIEROVITCH, Walter Franganiello. *As associações mafiosas*. Brasília: Justiça Federal, [200-?]. Disponível em: <[http://www.cjf.gov.br/Revista/numero 2/artigo18.htm](http://www.cjf.gov.br/Revista/numero%20artigo18.htm)>. Acesso em: [200-?].
- NYE JUNIOR, Joseph S. *The paradox of american power: why the world's only superpower can't go it alone*. New York: Oxford University Press, 2002.
- OAKLEY, Peter. Origens européias da exclusão social: aplicação aos países em desenvolvimento. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthane. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina*. Tradução de Hilda Maria Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: BID, 2004.
- POTIGUAR, Jonas. *O narcotráfico já é o maior negócio imperialista do mundo*. Curitiba: Antieua, [200-?]. Disponível em: <<http://www.antieua.hpg.ig.com.br/ Tex13.htm>>. Acesso em: [200-?].
- SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Bush: entre um modesto legado ou legado nenhum. *Revista de Política Externa*, São Paulo, v. 15, n. 1, jun./ago. 2006.
- SILVA, Jaqueline Leite Oliveira. Comércio de mulheres. *Correio da Bahia*, Salvador, 27 out. 2002.
- VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira. O Brasil diante dos desafios internacionais em segurança e defesa. In: PINTO, J. R. de Almeida; ROCHA, A. J. Ramalho da (Org.). *O Brasil no cenário internacional de defesa e segurança*. Brasília: Ministério da Defesa, Secretaria de Estudos e de Cooperação, 2004. 2 v.
- WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2. ed. Brasília: UnB, Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 2002.



# Desenvolvimento institucional e modernização administrativa em Angola

## Oportunidades e desafios no contexto da cooperação internacional em África

João Paulo M. Peixoto

### Sumário

1. Introdução. 2. Breves características do “Continente-Mãe”. 3. Notas sobre a descolonização. 4. Contexto político. 5. Reformas estruturais como imperativo da nova ordem política. 6. O debate em torno do papel do Estado. 7. O declínio da legitimidade do Estado e o surgimento da nova administração pública. 8. A cooperação para o desenvolvimento e o fortalecimento do setor público. 9. Desafios e oportunidades. 10. Considerações finais.

### 1. Introdução

Embora com naturais assimetrias, o foco das reformas tem-se centrado no aperfeiçoamento do aparato estatal como instrumento do processo de consolidação democrática, de estabilidade e flexibilização econômica. A busca por mais sociedade e menos Estado tem sido uma marca deste processo.

A mudança no perfil do Estado, e a conseqüente diminuição de suas responsabilidades acessórias ou periféricas na prestação de determinados serviços públicos, veio reforçar suas políticas no sentido de fortalecer o seu papel no exercício das suas funções clássicas.

A modernização dos processos de governação nos países em desenvolvimento vem se constituindo, então, em atividade prioritária para os países do continente africano – no âmbito da CPLP ou fora dela –, na esteira das mudanças políticas e econômicas ocorridas globalmente, das quais Angola tem sido parte há 14 anos.

João Paulo M. Peixoto é professor de Política e Administração Pública na Universidade de Brasília. Ex-Conselheiro Técnico Principal do Programa Reforpa/UNDESA, em Angola. Consultor do Banco Mundial.

O papel das diversas agências internacionais tem sido um fator marcante para que esses países possam implementar seus programas de modernização administrativa e de desenvolvimento institucional.

Este trabalho pretende analisar o papel desempenhado por um dos agentes da cooperação técnica internacional nesse processo, particularmente no tocante ao desenvolvimento institucional da administração pública em Angola: o Programa Reforço Institucional da Administração Pública (REFORPA), financiado pelo Governo da República da Itália por meio de acordo multilateral com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UNDESA). Enfocará também o papel das Nações Unidas no que tange ao apoio ao desenvolvimento institucional dos países em desenvolvimento, especialmente no caso do setor público angolano.

## 2. Breves características do “Continente-Mãe”

Apesar de ser o segundo continente em extensão, a África contém 22% da superfície terrestre. O deserto de Saara isoladamente é maior do que os Estados Unidos continental, ocupando um terço do território. O total de sua população dispersa em 53 países; no entanto, é menor do que a da Índia. As distâncias, por outro lado, são vastas – 7.000km do Cabo da Boa Esperança no Sul ao Cairo no norte. O Nilo é o maior rio do mundo em extensão – 6.695km da foz ao estuário; os rios Congo e Niger percorrem mais do que 4.000km, sendo que o rio Congo isoladamente abriga uma bacia que cobre 3.7 milhões de quilômetros quadrados, tornando-a maior do que a Índia. Essa Bacia somente é superada pela Bacia amazônica com seus 7.05 milhões de quilômetros quadrados. Em contraste à abundância de recursos hídricos, contrapõe-se o deserto do Saara, que ocupa um terço do território africano.

Tamanho à parte, a posição ocupada pelo continente no globo é de vital impor-

tância, ainda mais pelo potencial ecológico oferecido aos habitantes do planeta. A África é não somente a mais antiga superfície terrestre da Terra, como também berço evolucionário de incontáveis espécies de animais e plantas – incluindo humanos, além de abrigar imensos depósitos de riquezas minerais (READER, 1997).

Uma característica bastante peculiar do continente africano é a clara separação em duas regiões: a África Branca, ou Setentrional, e a Negra, ou Subsaariana, divididas naturalmente pelo deserto do Saara.

Os seis países que compõem a África Branca têm características físicas e humanas semelhantes aos do Oriente Médio, como consequência da ocupação desde o século VII por povos árabes, responsáveis pela difusão da religião islâmica e da língua e cultura árabes.

A África Subsaariana, muito mais extensa, congrega a maioria da população, predominante negra.

É o continente menos desenvolvido do mundo e é essencialmente agrícola. Alterna monoculturas de exportação com a agricultura de subsistência.

Em razão de diversos fatores, a África continua à margem da globalização econômica, com um Produto Interno Bruto (PIB) que corresponde a menos de 2% do mundial. Quase metade da população vive abaixo da linha de pobreza – com renda inferior a 1 dólar por dia.

Essa pobreza de sua população difere significativamente de seu potencial econômico, principalmente em razão dos seus vastos recursos naturais.

A boa governança constitui-se num permanente desafio para que a exploração adequada desses recursos reverta-se em benefício do seu povo, sendo o petróleo, o ouro, os diamantes e os minérios estratégicos, ao lado dos recursos humanos, a base da prosperidade dos países africanos; e não, como tem sido, fonte de conflitos, corrupção, desperdícios e guerras civis, como se não bastasse a catástrofe representada pela galo-

pante epidemia de AIDS, associada a outras doenças tropicais ou não, típicas do subdesenvolvimento.

### 3. Notas sobre a descolonização

Historicamente, o colonialismo<sup>1</sup> existiu em todos os períodos da civilização: Grécia, Roma, o Império Otomano, Portugal, Turquia, Espanha e Inglaterra são os exemplos clássicos. Desses, o Império Britânico, Portugal, além da França, Holanda e Bélgica, foram as potências coloniais que mais firmemente marcaram o continente africano notadamente nos séculos XIX e parte do século XX. Note-se, no entanto, que a intervenção europeia na África data do século XV com a chegada dos portugueses no continente.

A era moderna da história africana foi inaugurada com a descoberta de diamantes em Kimberley e ouro no Witwatersrand.

O rei Leopoldo II da Bélgica deu início à confusa e predatória escalada promovida pelas nações europeias no final do século XIX, em busca por territórios no continente. Enquanto França, Grã-Bretanha, Portugal e Alemanha estabeleciam colônias, Leopoldo autoproclamou-se Rei-Soberano do *Estado livre do Congo*. Materializava-se, assim, a ambição imperial sobre o continente, não obstante o rotundo fracasso das pretensões belgas.

Por outro lado, a conferência de Berlim em 1884-85, nas quais as potências coloniais dividiram os territórios entre si, não contou com a presença de líderes africanos, que também não foram sequer consultados sobre a partilha.

Desse modo, as fronteiras coloniais foram decididas na Europa pelos negociadores, com quase nenhuma atenção às condições locais. As fronteiras atravessaram pelo menos 177 áreas étnicas, dividindo unidades econômicas e sociais pré-existentes e distorcendo o desenvolvimento de regiões inteiras.

Durante o século XX, o interior do continente foi explorado e ocupado por explora-

dores, missionários e comerciantes europeus num abrangente programa de colonização. É, também, nesse período que surgem os primeiros Estados.

O vigor exploratório<sup>2</sup> europeu durante o século XX foi sustentado por várias campanhas militares contra Estados e tribos. Depois da I Guerra Mundial, no entanto, o antigo Império colonial alemão foi dividido entre os aliados vitoriosos (READER, 1997).

No interregno entre as duas Grandes Guerras, os governos coloniais dedicaram maior atenção ao bem-estar das colônias africanas como nunca haviam feito antes. Depois de 1945, no entanto, cresceu o nacionalismo africano, que veio a acelerar, pacificamente ou não, o processo de descolonização. Esse movimento tornou independente a maioria dos países Subsaarianos no período compreendido entre 1957 e 1980.<sup>3</sup> (OXFORD, 2000).

Em outubro de 1960, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou uma resolução declarando que *o despreparo [das nações] não deveria servir de pretexto para retardar sua independência* (MAZRUI apud READER, 1997, p. 43). Em conseqüência, 16 antigas colônias em geral “despreparadas” tornaram-se independentes em 1960; em 1965 o total de novos Estados independentes na África cresceu para 38; a estes somaram-se outros 7 num espaço de 10 anos até 1975 (UNESCO apud READER, 1997).

A descolonização, tal como foi feita, deixou como herança, até os dias de hoje, várias novas nações empobrecidas e politicamente instáveis, condições alimentadas pelas fronteiras artificiais impostas pelos colonizadores europeus.

A idéia largamente difundida, no entanto, de que gerações de africanos gozavam uma vida agradável em sociedades harmoniosas é errada. Poucas comunidades tinham suficiente mão-de-obra para satisfazer suas necessidades. A vida era árdua e imprevisível, e a escravidão um lugar comum.

O sonho de que a África viesse a se tornar um continente composto de pacíficos

Estados democráticos evaporou-se rapidamente. Mais de 70 Golpes de Estado ocorreram nos primeiros 30 anos de independência. Por volta de 1990, muito poucos Estados guardavam algum vestígio de democracia. Partidos únicos, presidentes vitalícios, regimes militares tornaram-se norma; recursos eram desperdiçados, as elites acumulavam riquezas e a maioria dos africanos sofria (READER, 1997).

Em suma, o processo de descolonização nos países da África Negra ou Subsaariana, portanto, teve início em 1957 com a independência de Gana, terminando em 1990 com a independência da Namíbia. Foram necessários, portanto, 37 anos para que tal processo fosse concluído.<sup>4</sup>

Nesse curso, as ex-colônias portuguesas ganharam a independência na metade dos anos 70<sup>5</sup> do século passado, no bojo da Revolução dos Cravos em Portugal (1974). Durante a revolução, uma Junta de esquerda assumiu o poder e liminarmente “premiou-as” com a libertação.

#### 4. Contexto político

Angola emergiu recentemente de um dos mais duradouros conflitos armados durante a Guerra Fria, com impactos profundos em todos os aspectos da vida social e econômica do país. O processo de paz e reconciliação nacional em curso exige a redefinição de paradigmas políticos e administrativos, para que o setor público possa cumprir sua missão no processo de consolidação democrática e flexibilização econômica.

A 4 de abril de 2002, o governo angolano e a UNITA assinaram, em Luanda, um acordo para a pacificação total e definitiva do País. Com a assinatura do “Memorando de Entendimento do Luena – complementar ao Protocolo de Lusaka” –, foi conquistada a paz, depois de uma guerra de quatro décadas – quatorze contra o colonialismo português e 27 em plena independência.

O advento da paz veio proporcionar oportunidades ímpares para que o país en-

frentasse os desafios da reconstrução e do desenvolvimento. Nesse particular, está em curso um vasto Programa de Reconstrução e Desenvolvimento que inclui o reforço da Administração Pública.

A reconstrução econômica e social de Angola contempla vários objetivos programáticos do governo que visam à estabilidade social, bem como ao combate à fome e à pobreza. Outras metas consistem em capacitar as instituições estatais, assegurar a administração do Estado e da Justiça em todo o território nacional e criar condições para as eleições gerais previstas para 2006\*. Faz parte ainda desse esforço de reconstrução a elaboração de uma nova Constituição, já em curso na Assembléia Nacional. Como parte ainda do projeto de reconstrução, um programa de reforma administrativa vem sendo paulatinamente desenvolvido desde 1990. Afirma-se, assim, a promoção da boa governação e reforma da administração pública como um dos principais desafios a ser enfrentado pelo Estado angolano no período pós-guerra.

Com o fim do conflito armado, o papel do Estado [Angolano] tem aumentado substancialmente como promotor do desenvolvimento humano sustentável, no atendimento das necessidades do povo por igualdade de acesso e de partilha dos recursos, melhoria da qualidade da prestação dos serviços públicos, fortalecimento das responsabilidades sociais e na garantia da participação dos cidadãos no processo decisório vinculado ao estabelecimento das políticas públicas. Esses desafios incrementam responsabilidades quanto à performance dos servidores públicos e no tocante à necessidade de uma gestão pública eficaz e eficiente, e, ao mesmo tempo, transparente e responsável perante os cidadãos.

O país vive ainda um período de transição entre emergência e desenvolvimento, em que o sistema das Nações Unidas terá um papel preponderante a curto e a longo prazo. O esforço atual do sistema é migrar gradualmente da assistência humanitária para

o apoio na construção de capacidades nacionais que sirvam de suporte para a promoção do desenvolvimento. Os doadores internacionais têm-se juntado a esse esforço, multiplicando as possibilidades de cooperação técnica.

A recuperação da capacidade governamental na prestação de serviços públicos essenciais é peça fundamental para todo o processo de desenvolvimento. Dessa forma, os sistemas de governação em Angola requerem análises em aspectos variados para assegurar que os esforços de desenvolvimento sejam levados a cabo, de maneira significativa, em torno da promoção dos recursos humanos em todos os níveis. Ademais, Angola enfrenta simultaneamente desafios múltiplos, ingentes e imediatos, sendo um dos mais importantes a necessidade de fortalecer a governação por meio da capacitação institucional.

### *5. Reformas estruturais como imperativo da nova ordem política*

Os organismos multilaterais têm apoiado diversos programas de reforma do setor público no continente africano. No entanto, sem que tenham completado suas agendas de reformas, alguns desses países vêm enfrentando um intenso debate político, centrado nas preocupações relativas ao futuro das reformas e das adequadas funções do Estado.

É importante ressaltar que os modelos de Estado buscados em Angola pós-independência seguiram a conjuntura internacional, ou seja, em 1975 alinhou-se com a crença do Estado forte, “faz tudo”, solucionador dos problemas sociais e econômicos. Em 1990 não foi diferente. Acompanhando a tendência internacional trazida pela globalização, internalizou as idéias fundamentais do pluripartidarismo e da economia de mercado, adjacentes aos processos de liberalização política e econômica que acompanharam o fenômeno globalizante. E, desde a última década do século passado, o Estado angolano vem transformando-se lenta-

mente ao ritmo das reformas estruturais na economia e na política.

Decorridos trinta anos, o Estado autárquico, interventor e intrusivo, moldado pelo socialismo centralizador, vem cedendo espaço a uma proposta de modelo menos intervencionista, mais comprometido com a estabilidade econômica, com o ajuste fiscal e com mudanças no aparato burocrático.

No período que se seguiu à queda do comunismo soviético, Angola inaugurou uma década de reformas políticas, econômicas e administrativas, destinadas a alinhar o país com a nova realidade mundial. Esse processo, ainda tolhido pela guerra civil, veio acelerar-se com o advento da paz em 2002.

### *6. O debate em torno do papel do Estado*

A definição do adequado perfil do Estado foi sempre objeto de intenso debate. Independentemente do regime político ou ideologia, porém, a busca por um Estado eficiente sempre esteve na agenda de políticos e governantes de quase todos os países, com maior ou menor grau de prioridade e diferentes graus de celeridade.

A despeito do arcabouço político ou econômico que se escolha, os governos de fato fazem diferença na vida dos cidadãos. Contudo, quanto maior o papel do governo, menor capacidade de autogoverno parece haver na sociedade.

O colapso do comunismo soviético sinalizou o fim da noção de que um Estado diretivo, centralizador e auto-suficiente poderia ser o caminho para a justiça social e o desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento.

O paradigma estatizante traduziu-se em um papel muito maior do Estado na formulação de políticas públicas e em processos decisórios, relegando à sociedade civil um papel menor.

De qualquer modo, essa mudança de paradigma ocorreu sem que se perdesse de vista o adequado papel do governo no pro-

vimento de bens públicos fundamentais, como a educação, a saúde e a segurança públicas, por exemplo.

A agenda de reformas insere-se no rol das questões de Estado, e não no mero interesse partidário respaldado num determinado tipo de regime político, ou mesmo na transitoriedade de um determinado governo, independente de sua matriz ideológica. Reformar e modernizar o Estado tem sido tarefa permanente [Estado] e não transitória [governo], para usar uma das distinções clássicas da ciência política, que é a caracterização distinta de Estado e Governo. Essas mudanças têm ocorrido independentemente da ideologia política, embora largamente difundidas com o postulado neoliberal.

Essa é, definitivamente, uma lição aprendida pelo estudo comparado de mudanças estruturais ocorridas em vários países. Angola, é claro, não é exceção.

### *7. O declínio da legitimidade do Estado e o surgimento da nova administração pública*

Praticamente, o século XX iniciou-se [Revolução Soviética de 1917] e terminou [neoliberalismo a partir de 1979] sob a égide de diferentes processos de reforma do Estado, quebrando paradigmas ora para a direita ora para a esquerda. Do estado desenvolvimentista dos anos de 1960 ao estado regulatório contemporâneo, o papel do governo e o adequado perfil do Estado e da administração pública estiveram no centro da literatura dessas áreas de estudos, especialmente a partir de 1989. Durante esse período, as ações governamentais e da administração pública foram objeto tanto de aclamação como de ceticismo.

Os novos paradigmas políticos e econômicos que se seguiram são parte de uma pauta em constante evolução no sentido de reforma do setor público. A necessidade de reformas institucionais tem sido tema frequente entre os governantes, políticos e administradores públicos, os quais vêm

nela não apenas um mecanismo de encorajamento a mudanças no governo, mas também como o modo de se melhorar a eficiência do setor público. Tanto os países desenvolvidos quanto aqueles em processo de desenvolvimento estão tendo de se confrontar com aumentos na pressão (externa e interna) para se adaptarem às forças culturais, econômicas, políticas e sociais adjacentes à globalização.

No centro das disputas políticas encontra-se a necessidade de redefinição das responsabilidades do Estado e dos limites à sua atuação. Os membros da comunidade empresarial e defensores do livre-mercado que protestam contra a intervenção abusiva do Estado em questões econômicas têm muitos seguidores mundo afora. A questão, no entanto, é definir os limites dessa intervenção, uma vez que, pura e simplesmente, não se põe a questão não-intervenção.

Admitindo-se o fato de que um Estado estritamente não-intervencionista nunca existiu e provavelmente jamais existirá, o dilema recorrente não é mais saber se o Estado deve ou não intervir no setor econômico, mas passa a girar em torno de qual seja o escopo das ações estatais e os limites a se impor à intrusão.

O desenvolvimento é uma meta nacional, a despeito da falta de consenso entre políticos e planejadores quanto aos modos de alcançá-lo. A disputa se dá entre o nacionalismo, o modelo estatal e as ideologias de mercado, sendo esta última marca registrada da economia clássica.

Tradicionalmente, em várias nações, desenvolvidas ou não, o Estado era visto como a principal instituição voltada para a tarefa de planejamento e coordenação do processo de desenvolvimento.

Ao contrário do que alguns afirmam, no entanto, a reforma do Estado [pró-mercado] não tem como foco o enfraquecimento do Estado, mas sim o seu fortalecimento seletivo. As mudanças, por sua vez, são desafios de longa duração concebidos para melhorar a capacidade do Estado de promover a

democracia, o desenvolvimento econômico, a justiça social e a redução da pobreza.

Examinando diferentes situações, não se pode apontar a culpa pelos fracassos ou sucessos das reformas numa só direção. Tomando a América Latina como exemplo, nem o êxito do caso chileno nem o fracasso do modelo argentino têm, no “receituário neoliberal”, a razão isolada para o resultado positivo ou negativo, embora esse modelo tivesse contribuído tanto para uma como para outra situação.

Quanto ao papel do Estado, a situação não é diferente. Há um consenso cada vez mais forte em torno de algumas atribuições monopolísticas a serem desempenhadas pelo Estado nacional, independentemente da matriz ideológico-partidária de um governo transitório por natureza.

Hoje, tanto os governos liberais como os social-democratas reconhecem a importância do mercado, até mesmo para a realização de suas metas sociais e de redistribuição de renda.

Por outro lado, as reformas estruturais vêm acontecendo em países de regimes políticos e culturas políticas tão diferentes como China e Brasil, por exemplo; o primeiro praticando o fechamento político simultaneamente com a abertura econômica, e o segundo implementando as mudanças ao sabor das pressões típicas da democracia e dos interesses político-partidários. Em não poucos casos, as reformas têm sido dificultadas pela prática de governos de coalisão que muitas vezes abrigam na sua base interesses conflitantes.

A tendência política em relação ao papel do Estado parece ser a de acompanhar o movimento pendular de retorno ao Estado necessário, longe tanto do coletivismo soviético como do fundamentalismo de mercado. Essa busca da racionalidade quanto à adequada dimensão do Estado encontrará em políticas públicas pragmáticas uma âncora segura para o desempenho eficiente de sua tarefa primeira, e razão de sua existência, que é a promoção do bem comum.

Não que se vá retornar ao dirigismo estatal na política ou na economia, mas também que não se adote indiscriminadamente regimes políticos e econômicos sem que se faça a obviamente necessária redução sociológica, no dizer de Guerreiro Ramos. A adoção precoce e intempestiva de determinadas fórmulas administrativas para o setor público ou para a economia tem sido um mal a trabalhar contra o próprio modelo importado, muitas vezes positivo em si mesmo, quando adotado no tempo e na medida certos.

Pelo que se avizinha politicamente para o início do novo milênio, é de se supor uma meia-volta no sentido da retomada do papel do Estado e do seu fortalecimento, naquelas atribuições que sempre foram suas funções clássicas. A idéia do Estado mínimo está em declínio, embora isso não signifique o retorno do Estado máximo. Novamente, a discussão em torno do papel e do tamanho do Estado não deve obedecer a rigorosos dogmas ou ideologias políticas; deve girar, portanto, ao redor de questões mais pragmáticas, voltadas para o desenho de um arcabouço institucional e para o estabelecimento de um aparato estatal capazes de fazer valer o que realmente interessa: o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, a promoção da justiça social, a estabilidade macroeconômica e o desenvolvimento.

Cada vez mais prevalece, portanto, a necessidade de implementação de políticas públicas racionais baseadas no pragmatismo, esquivando-se do debate ideológico exarcebado, bem como das tentações dogmáticas, ao menos nestes tempos de crise das ideologias.

#### *8. A cooperação para o desenvolvimento e o fortalecimento do setor público*

O entendimento clássico sobre o desenvolvimento expressa que o mesmo ocorre – não exclusivamente – em razão da redução e eliminação da pobreza, da desigualdade e do desemprego.

O papel da cooperação internacional no processo de desenvolvimento constituiu-se, por sua vez, na transferência administrada de recursos de um país doador para uma agência internacional ou ONG em um país subdesenvolvido, com o intuito de encorajar o desenvolvimento econômico. Essa ajuda pode ser bilateral ou multilateral, a verificar-se entre países e instituições. Nesse contexto, a cooperação técnica destina-se a apoiar o desenvolvimento institucional para permitir que o país atinja os seus objetivos de desenvolvimento.

A boa governação – *Good Governance* ou *Democratic Governance* – tem sido um foco prioritário nos projetos de cooperação técnica agendados pelos mais distintos doadores e pelas agências internacionais, particularmente em África.

No verão de 1950, as Nações Unidas deram um importante passo para o cumprimento de sua missão ao lançar um Extenso Programa de Assistência Técnica para o Desenvolvimento Econômico (HILDE, 2002).

De acordo com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, tanto os países desenvolvidos como aqueles em desenvolvimento têm reconhecido a importância de possuírem um governo efetivo, capaz de fazer face aos desafios do mundo em desenvolvimento. Nos anos recentes, tem sido igualmente melhor entendida a interdependência entre a boa governação (da qual o bom governo é um aspecto central) e a redução da pobreza. Não é por outra razão que cada vez mais países esforçam-se para redirecionar as diversas capacidades do setor público buscando atender os desafios econômicos, sociais e ambientais; existindo também um renovado interesse em dinamizar o papel do Estado na promoção do desenvolvimento humano sustentável e na busca do justo acesso e distribuição do poder e dos recursos no seio da população (UNITED..., [200-?]).

A Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1991, adotou a Nova Agenda para o Desenvolvimento da África. Para colocar em

prática essa Agenda, bem como para acelerar o desenvolvimento até 2005, foi lançado um novo programa – “a iniciativa ampliada do sistema das Nações Unidas em África, destinado a racionalizar e maximizar o impacto das Nações Unidas, de suas agências e dos seus organismos financeiros, prevendo uma maior coordenação ao nível central e no terreno” (BASIC..., 2000).

Essas várias iniciativas reafirmam o compromisso das Nações Unidas com o continente africano, região prioritária para suas várias atividades de apoio ao desenvolvimento em suas várias vertentes.

Note-se ainda que a disseminação da *good – or democratic – governance*, ao lado dos esforços para a promoção da democracia e do estado de direito, está entre os princípios estabelecidos por vários líderes mundiais, sintetizados na “Declaração do Milênio”.<sup>6</sup>

Entre os pressupostos básicos para a boa governação, estão o desenvolvimento institucional e a reforma do setor público, ambos componentes cruciais do desenvolvimento.

Angola tem contado, desde 1990, com uma série de iniciativas de reforma da administração pública, sempre com o apoio de doadores bilaterais e multilaterais.

Com o apoio do PNUD, lançou em 1996 o Programa de Reforma Institucional e Modernização Administrativa (PRIMA) e, em 1999, o Programa de Reforma Administrativa (PREA), cujos objetivos eram a desburocratização, descentralização e modernização da administração pública; programas esses voltados para a melhoria dos serviços públicos. Em 2002, foi instituído o Programa de Reforço Institucional da Administração Pública – REFORPA. Este último, financiado pelo Governo da República da Itália por meio de acordo multilateral com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UNDESA), visava reforçar a capacidade institucional do Instituto Nacional de Administração Pública – INAP e da administração pública angolana em geral, para que possa responder

mais eficientemente e eficazmente aos novos desafios colocados pelo processo de modernização em curso nos recentes anos. A Divisão de Administração Pública e Gestão para o Desenvolvimento (DPADM) é a unidade executora desse projeto de três anos de duração.

Em particular, o programa se propunha a contribuir para o desenvolvimento dos seguintes objetivos:

- Melhoria significativa na qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, associações, comunidades, empresas públicas e privadas, e organizações não governamentais.

- Aumento da transparência institucional e administrativa e maior prestação de contas nas atividades da administração pública.

- Melhoria na eficiência técnica e administrativa dentro da administração pública.

- Estimular um papel mais preponderante da administração pública no processo de democratização.

Com o intuito de atingir os quatro objetivos citados acima, o programa REFORPA se concentrou em três áreas principais:

a) Reforço da capacidade institucional, que focaliza o papel do INAP e da rede de agências de formação nos diferentes ministérios;

b) Formação [treinamento], que se concentra no fornecimento de cursos selecionados sobre questões de gestão e de administração tanto em nível central como em níveis provincial e local;

c) Assistência técnica, que se concentra no fornecimento de apoio institucional ao GEPE do MAPESS (Ministério da Administração Pública e Seguridade Social) e às administrações em nível central, provincial e local em áreas relacionadas com sistemas administrativos e de gestão, incluindo a revisão de procedimentos administrativos e inovações.

Com efeito, o projeto visava reforçar a capacidade da Administração Pública Angolana em face dos constantes desafios sus-

citados pelo processo de modernização em curso nos últimos 15 anos.

O projeto REFORPA, durante sua vigência (2003-2006), constituiu-se em peça estratégica no contexto da reforma e modernização da administração pública angolana, em face da sua forte vocação voltada para a formação dos altos quadros do serviço público no País. Além disso, a contribuição desse projeto em outras áreas do setor público tornou-o um instrumento valioso para o processo de reforma e modernização do Estado, particularmente no âmbito da parceria estabelecida entre as Nações Unidas, a República de Angola e a República da Itália.

### 9. Desafios e oportunidades

A reforma do serviço público constituiu-se em desafio de longo prazo, destinado a melhorar a capacidade do Estado de promover a democracia, a cidadania, o desenvolvimento econômico e a justiça social. Esses, ao lado da expansão da cidadania, que permite de modo adequado o acesso pelos cidadãos angolanos aos serviços públicos oferecidos pelo Estado, são os principais desafios postos perante o governo de Angola nesse campo.

A reforma e modernização do Estado e de suas instituições é condição *sine qua non* para que Angola ultrapasse o subdesenvolvimento e passe a trilhar o caminho do desenvolvimento sustentável.

A reforma da administração pública, processo que vem sendo tentado desde 1990, deve constituir-se igualmente em meta governamental prioritária, e não apenas num esforço setorial.

Essa reforma é peça fundamental para o exercício pleno da cidadania pelos angolanos. Por isso mesmo deve integrar a agenda política do governo de forma prioritária, pois, sem uma liderança política central que legitime e respalde a difícil tarefa de reformar as instituições, o sucesso é improvável.

Vários exemplos de reforma do aparato do Estado em outros países apontam para o

sucesso quando se verifica a primeira condição (a Grã-Bretanha, no governo Thatcher, é um caso exemplar de sucesso). Situação diversa, no entanto, verificou-se no Brasil no governo de Fernando Henrique Cardoso, em que o isolamento setorial do Ministro Bresser Pereira e de sua agenda [privatizações à parte] fez com que as propostas de reforma do aparato do Estado fossem severamente restringidas, permitindo, quase que exclusivamente, que fosse aprovado apenas aquilo que interessava ao ajuste fiscal, capitaneado pela equipe econômica, fato que alguns especialistas chamaram de “captura da reforma do Estado pela agenda fiscal”.

Em Angola, vislumbram-se duas oportunidades únicas para a reforma da administração pública e da função pública: a elaboração de uma nova Constituição e as eleições presidenciais previstas para 2007-8. Esses dois fatos garantiriam a “cobertura” política necessária aos processos de mudança, legitimando-os perante a sociedade, condição indispensável para o sucesso das reformas. É preciso, no entanto, que essas oportunidades políticas sejam seguidas de programas – técnica e politicamente consistentes – apoiados por amplos setores governamentais e liderados pela área governamental responsável pela administração pública. Isso poderá ocorrer tanto no molde institucional atual, como por meio de um novo organismo que centralize as decisões e a coordenação da reforma, zelando pela implementação de um “Plano Diretor” a guiá-la.

Aliás, como assinala o Banco Mundial, onde houver vontade política e determinação governamental para a implementação de reformas, a assistência técnica para o desenvolvimento resultará em crescimento.

### *10. Considerações finais*

Como está dito, a idéia do Estado mínimo está em declínio, embora isso não signifique o retorno do Estado máximo.

Contrariamente ao que os seus detratores proclamam, a reforma do Estado não se destina ao enfraquecimento do Estado, mas, sim, ao seu fortalecimento. Igualmente, a coexistência entre Estado forte e economia de mercado é perfeitamente viável, como demonstram os países desenvolvidos.

De uma maneira geral, esses sistemas políticos e econômicos – democracia, economia de mercado – e a própria social-democracia são sistemas bem aceitos em Angola. Um importante objetivo da reforma, no entanto, deverá ser a correta imposição dos limites para a intervenção do Estado na economia uma vez que as atuais condições de funcionamento do aparato do Estado constituem-se em obstáculo para o desenvolvimento do setor privado. Excessivas medidas burocráticas, marcos regulatórios precários e outros obstáculos de natureza político-administrativa estão entre os fatores a travar o desenvolvimento econômico.

Uma futura estratégia para a implementação das reformas deverá contemplar medidas ortodoxas e heterodoxas; o desenho da reforma do Estado deverá adaptar a reforma às peculiaridades do país e não o contrário.

Faz-se necessário, enfim, o relançamento político da reforma do Estado, mediante um amplo debate nacional que a encare como um projeto de governo, destinado a dimensionar o adequado papel do Estado e das funções governamentais e de suas instituições, que inclua as reformas fiscais, política e judiciária e não simplesmente a reforma administrativa.

A cooperação internacional poderá ter um papel estratégico nesse processo, na medida em que venha a facilitar os meios técnicos e financeiros que viabilizem as decisões políticas do governo angolano nesse campo.

Sem dúvida, o papel das diversas agências internacionais tem sido um fator marcante para que outros países possam implementar seus programas de modernização administrativa e desenvolvimento institucional. Não seria diferente em Angola.

## Notas

<sup>1</sup> Colonialismo é empregado aqui no mesmo sentido de Imperialismo, seguindo a definição do *Oxford Dictionary of World History*, que define esse regime como a *política de estender a influência de um determinado País sobre um Estado mais fraco*. O século XIX viveu o ápice dessas políticas, motivadas pela nova realidade econômica imposta pela Revolução Industrial. A primeira metade do século XX, por sua vez, trouxe o início do fim da era colonial em razão da independência dada a várias colônias a partir dos anos 40, como resultado do movimento antiimperialista iniciado nos anos 20.

<sup>2</sup> Note-se que a exploração das populações sub-saarianas do continente deu-se também no período antigo, desde a época em que civilizações cresceram e pereceram ao longo do Nilo. Lembre-se que as mercadorias africanas eram sempre comercializadas no norte, embora nenhum aspecto das culturas das civilizações ao longo do rio tenham sido passadas ao sul.

<sup>3</sup> Outras nações do norte já haviam conquistado a independência: Egito (1936), Líbia (1951), Tunísia e Marrocos (1956).

<sup>4</sup> Os esforços de descolonização implementados pela Organização das Nações Unidas derivam de princípio fundamental inserido na Carta - *equal rights and self-determination of peoples* -, assim como de três capítulos específicos do mesmo documento - XI, XII e XIII - dedicados aos interesses dos povos não-independentes. Desde 1960, a ONU tem sido guiada pela *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, emitida pela Assembleia Geral, também conhecida como a *Declaração sobre Descolonização*, pela qual os Estados-membros proclamam a necessidade de encerrar rapidamente o colonialismo. A despeito do grande progresso feito contra o colonialismo, cerca de 1.3 milhões de pessoas ainda vivem sob regime colonial. A ONU, então, prossegue seus esforços para ajudar esses povos a atingirem sua autodeterminação ou independência nos remanescentes territórios privados da autodeterminação. Para esse fim,

a Assembleia Geral declarou, em 2002, o período de 2001 a 2010 como a Segunda Década Internacional para a Erradicação do Colonialismo.

<sup>5</sup> Guiné-Bissau (1974), Cabo Verde, Angola, São Tomé e Príncipe e Moçambique (1975).

<sup>6</sup> O item número 8 desse documento da ONU estabelece como um dos princípios o desenvolvimento de parceria global para o desenvolvimento.

## Referências

BASIC facts about United Nations. Nova York: Department of Public Information, 2000.

HILDE, F. Johnson. Speech for the opening of the UNDP Oslo governance centre. *United Nations Development Programme*, New York, 5 mar. 2002. Disponível em: <http://www.undp.org/governance/cd/documents/83.pdf>. Acesso em: [200-?].

HODGES, Tony. *Angola: anatomy of an oil state*. Oxford: Institute James Currey; Indiana University Press, 2001.

PEIXOTO, João Paulo M. (Ed.). *Reforma e modernização do estado no Brasil*. Sobral: UVA, 2000.

PIERSON, Christopher. *The modern state*. New York: Routledge, 1996.

PROGRAMA de ações unidas para o desenvolvimento. *PNUD Angola*, [S.l.], 2004.

PROGRAMA de reforço institucional da administração pública: REFORPA. New York: UNDESA, 2002.

REGO, Antonio Carlos Pojo; PEIXOTO, João Paulo M. *A política das reformas econômicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, New York, [200-?]. Disponível em: <http://www.undp.org/governance/public.htm> >. Acesso em: [200-?].



# O “Direito” no espaço jurídico globalizado

## Perfis de Direito Administrativo Internacional

Gianluca Maria Bella

Todos nós estamos vivendo numa época de profundas transformações sociais e jurídicas por causa do fenômeno de globalização. O dito processo envolve, mudando-a, a idéia mesma de “Direito”, e por isso não é mais suficiente e oportuno estudar singularmente os vários ordenamentos jurídicos nacionais, mas, ao contrário, é necessário considerar os diferentes *spiritus vitales* dos vários sistemas jurídicos, na perspectiva da constituição de um ordenamento jurídico global.

O processo de globalização, segundo o termo elaborado pelo Prof. Theodore Levitt da *Harvard University* em 1983, engloba em si mesmo todos os aspectos caracterizadores da vida social dos indivíduos. Isso parece evidente, considerando que o dito processo não é definível como atuação específica de uma determinada área (por exemplo, social ou econômica ou jurídica), mas como “enriquecedor” dos aspectos mais incisivos da vida dos indivíduos. A difusão acelerada das tecnologias de comunicação, a interdependência de todos os Países do mundo, produzida pela variedade e generalizada quantidade de transações internacionais, e a incondicionada afirmação no campo econômico das empresas multinacionais, que em alguns casos até superam o faturado interno de alguns Países, determinam o processo de globalização. Nesta sede, trataremos somente dos perfis jurídicos, ou melhor, do desenvolvimento de novos conceitos de

Gianluca Maria Bella é Consultor Jurídico em direito estrangeiro. Especialista em Direito Administrativo e Ciência da Administração pela *Università degli Studi di Napoli “Federico II”* – Itália. Doutor em Direito pela *Università degli Studi del Molise* – Itália.

direito público conseqüentes ao dito processo de globalização. Isso depende do fato de, em campo jurídico, justamente a relação teórica e prática entre direito administrativo e direito internacional, ser aquela que mais sofreu as mudanças criadas por um fenômeno de tal importância sócio-jurídica e econômica.

O processo de globalização, embora seja ainda *in fieri*, encontra-se já numa fase suficientemente madura para serem elaboradas algumas reflexões sobre as implicações por ele determinadas a respeito da “crise do Estado” e da afirmação de um novo *rule of law*.

Segundo opinião pacificamente aceita pelos estudiosos de relações internacionais, a idade moderna começa com a paz de Westfalia, em 1648.

É a partir daquele momento que se elaboram os primeiros conceitos modernos de ‘veste sócio-jurídica do Estado’. O modelo Westfalia caracteriza-se por dois aspectos fundamentais: o primeiro é representado pela *assolutezza* do princípio da soberania do Estado e o segundo (conseqüência do primeiro) pela distinção – ainda bem evidente – entre direito público e direito internacional.

Então, o primeiro aspecto é caracterizado pela afirmação do princípio do Estado-centralizador, baseado no convencimento de que o Estado-nação é o exclusivo “soberano” nas relações entre ele e os cidadãos. Nessa ótica, e partindo da concepção de que cada Estado é soberano entre os próprios confins, provém que a função recoberta pelo ‘Direito’ fica conseqüentemente comprometida a benefício da política, que naturalmente é estranha – ou deveria ser (!) – aos condicionamentos externos, também de tipo jurídico.

Em outros termos, na delineada concepção, o Direito é ineficaz nas relações nas quais é parte o Estado, pois ele é “absoluto soberano” de si mesmo.

Nessa situação, resulta evidente como, também a querer reconhecer a aplicação do Direito nas relações entre Estado e cidadão, e, portanto reduzindo a função do princípio absoluto da soberania, delinea-se uma

*summa divisio* entre ordenamento jurídico nacional e ordenamento jurídico internacional.

Tal característica é avançada e demonstrada pela linha de “pensamento dualística”, elaborada pelo respeitável jurista Triepel (1923, p. 82). Segundo essa teoria, o Direito distingue-se, entre outros, em duas categorias fundamentais: em direito internacional, entendido como um direito aplicável exclusivamente às relações entre Estados, ou seja, entre Sujeitos igualmente soberanos; e direito público, entendido como um direito regulador exclusivamente das relações entre Administradores e administrados, ou seja, das relações entre Administração Pública e cidadãos.

Trata-se de uma distinção de âmbito operativo clara entre o antigo *ius gentium*, hoje direito internacional (BENTHAM, 1960), entendido como direito entre Estados, e o direito público, entendido como direito entre Estado e cidadãos. Segundo a dita concepção, nunca haveria uma relação entre os dois distintos tipos de direito, pois totalmente independentes entre si por natureza e por objeto e, portanto, sem qualquer “possibilidade” de recíproca interferência e recíproco enriquecimento.

Essa concepção de ‘direito estatal’ é elaborada, como dito, pela corrente dualística. A teoria dualística considera o Estado como ‘ente de fato’, portanto totalmente independente de outras manifestações e, conseqüentemente, de condicionamentos externos. Isso certamente demonstra, na concepção de “ordenamento jurídico internacional”, o reconhecimento da existência de vários Estados, que, juntos, constituem uma “sociedade internacional”. Todavia, a grande desvantagem que essa concepção sofreu foi justamente por não ter considerado como elemento essencial do direito a componente humana, que, ao contrário, constitui a base de qualquer expressão sócio-jurídica. Nesses termos, a teoria dualística necessariamente não se propôs a estudar os fenômenos jurídicos e os institutos jurídicos como método de estudo fundamental para a elaboração de uma

concepção unitária de “direito”, e ainda menos de “ordenamento jurídico internacional”, visto que já ao Estado corresponde uma organização de regras mais ou menos harmônicas e, sobretudo, “auto-suficientes”.

Contrariamente aos fundamentos da mencionada teoria, é correta a elaboração de uma linha de estudo que evidentemente considere a “componente jurídica elementar” e a “componente jurídica conceituada” como elementos de uma mesma formação jurídica. Nessa perspectiva, é correta a reflexão que valere, por um lado, o “fenômeno jurídico” como representação espontânea e primordial, ainda não conceituada, de uma realidade, que poderá ou não assumir importância para a sua conceituação num instituto jurídico e, por outro, o “instituto jurídico” como o elemento constitutivo do mundo do direito, que consiste num conjunto de fenômenos jurídicos verdadeiros e reais organizados por meio de um procedimento de conhecimento e conceituação que os constrói justamente como instituto jurídico. Nessa ótica, o conceito de “ordenamento jurídico” assume grande relevância, pois é definível como uma “lei preeminente” que governa a vida do direito, conduzindo os fenômenos e os institutos jurídicos a se organizarem de forma unitária nas estruturas do dito ordenamento, e em o tornarem o mesmo instrumento de conservação da realidade social que o constrói e que se traduz na sua mesma “constituição”.

Normalmente, existe a tendência a não reconhecer aquilo que não é unitário, ou seja, os estudos jurídicos sobre os ordenamentos nacionais sempre proliferaram e afirmaram-se sem especiais problemas. Isso não aconteceu tão facilmente com os estudos de direito internacional, pois os ordenamentos internacionais se tornaram regras jurídicas não encaixáveis num esquema lógico bem definido. Aceitava-se a existência de uma vida internacional dos Estados – segundo a teoria dualística, bem distinta daquela nacional – mas não a existência de um corpo administrativo unitário em nível internacional.

A vida jurídica internacional é fruto de um conjunto de fenômenos jurídicos e de institutos jurídicos que, por causa da própria natureza, aferem um determinado setor homogêneo e característico da experiência jurídica. Nesses termos e nas novas perspectivas, é fundamental não achar que a noção unitária de direito – corretamente direito administrativo internacional – deva ser excluída pelo fato de que todos os fenômenos jurídicos e institutos jurídicos confluem em uma multiplicidade de ordenamentos (CESARINI SFORZA, 1930). Em suma, hoje a tendência é justamente de elaborar uma construção teórica que consiga criar um único ordenamento jurídico internacional, mas não substituindo aqueles nacionais.

Nessa perspectiva, o princípio absoluto da soberania do Estado como corolário da tradicional concepção dualística do direito foi ao longo do tempo amplamente criticado pelos estudos das relações internacionais e, sobretudo, pela escola das *transnational relations*.

As mudanças socioeconômicas causadas pelo aumento considerável do comércio internacional, pela difusão da rede Internet e pelo aumento, em nível internacional, dos fluxos financeiros determinam a globalização da economia e a conseguinte “diminuição do mundo e, portanto, a sua unidade” (“*rimpicciamento del mondo e quindi la sua unita*”) (Cf. BRAUDEL, 1998, p. 107-112).

Então, o aumento das relações econômicas e sociais entre países de tradição jurídica diferente (*ex pluris*, pense na atenuação da tradicional distinção entre países de *common law* e de *civil law*) determinou várias consequências. Entre outras, trata-se, por um lado, da diminuição e/ou atenuação das antigas diferenças, portanto reduzindo as distâncias entre tradições jurídicas notoriamente distintas e determinando um *rimpicciamento* do mundo; por outro, trata-se de uma desagregação e/ou fragmentação do Estado numa pluralidade de centros de referência de interesses diversificados entre si, mas todavia reconduzíveis, nesse novo clima, a um único espaço jurídico global, dentro do

qual conseqüentemente se formará um ordenamento jurídico global.

Certamente, nessa progressiva transformação, ou melhor, 'desenvolvimento jurídico', como sempre, a componente histórica e/ou factual exerce uma fundamental relevância ou, segundo alguns estudiosos, é ela mesma que determina os acontecimentos jurídicos, também de tipo traumático.

De qualquer forma, a tradicional distinção entre países de *civil law* e *common law*, criada sobretudo pela obra dos estudiosos de direito privado, hoje está progressivamente diminuindo, seja pelos fatos históricos ocorridos (por exemplo, a caída do Muro de Berlin), seja pela sempre maior integração europeia (considere-se a Constituição política europeia assinada em Roma no dia 29 de outubro de 2004, que fechou um processo de integração já aviado a partir do Tratado de Roma assinado uns 50 anos atrás) ou seja pelo processo de globalização econômica e comercial, hoje num estágio bastante avançado.

Para a aproximação gradual entre as mencionadas duas famílias de direito, posição importante assumiu a obra dos comparatistas, sobretudo relativamente ao controle de constitucionalidade das leis, que constitui um símbolo da *common law*. O dito controle de constitucionalidade das leis, que constituía um fator de afastamento, hoje constitui um fator de aproximação, pois contrasta o primado do juspositivismo, finalizado na afirmação do direito legislativo como o único verdadeiro direito. Para isso, grande importância assumiu a participação do Reino Unido na Comunidade Europeia e no Conselho da Europa, enquanto determinou o reconhecimento pelos ingleses da competência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, composta principalmente por juristas de *civil law*. Na realidade, as decisões constitucionais, tendo como objeto principal as questões de legitimidade constitucional, aparecem como leis ab-rogatórias ou modificativas de outras já em vigor.

Nessa situação, diante de um estudo preliminar, poderia parecer que o fenômeno

jurídico e social de globalização tenha criado, pela sua originalidade e magnitude, alguma incerteza jurídica. Todavia, nunca se verificou o perigoso fenômeno de "anarquia jurídica", ou seja, de uma área não coberta pelo direito. Contrariamente a quanto prognosticado, desenvolve-se uma feliz e complexa "área cinza", estudada pela Escola sobre *transnational e transgovernmental relations*. Trata-se de um 'setor híbrido' certamente – em boa parte – não mais regido pelos tradicionais institutos jurídicos, que ainda são ligados à concepção dualística, mas disciplinado por sistemas reguladores globais, inspirados maiormente – somente em alguns sentidos (!) – na "concepção pluralística" e liberal do Estado.

Essa teoria caracteriza-se pela autonomia e, em alguma parte, pelo primado, *in primis*, da sociedade a respeito do Estado e, *em secundis*, da esfera econômica a respeito daquela política.

Então, a consolidação mundial da concepção pluralística do 'Estado' e a atual diminuição das distâncias entre os vários países determinam que a vida econômica e social internacionaliza-se, exercendo uma pressão sobre o quadro institucional e assim impondo a constituição de coalizões, de regimes, de procedimentos e de formas de organização internacional, que se encostam aos Estados e condicionam-no a soberania pelo externo.

É fundamental neste ponto esclarecer que a concepção pluralística à qual estamos nos referindo não constitui a teoria pluralística clássica, mas aquela já mais evoluída e/ou desenvolvida. Em outros termos, o pluralismo clássico certamente reconhece – contrariamente a quanto afirmado pelo dualismo – a importância do elemento social na criação de qualquer forma de expressão, também jurídica, mas falta ainda a conscientização da existência de um "elemento unificador" que naturalmente e evidentemente crie ligações e conexões. Qualquer formação jurídica permanece fixa e incondicionada somente se totalmente fora de

qualquer contato externo; em caso contrário, recebe contaminações e, sobretudo, tende ‘naturalmente’ a criar uma ligação e uma harmonização jurídica. Isso acontece, hoje, na paisagem globalizada. Nesse contexto, está atuando uma força unificadora que naturalmente tende a criar conexões, ligações e interdependências entre as várias estruturas administrativas nacionais, criando conseqüentemente um “retículo de estruturas”, ou seja, um sistema articulado de figuras organizativas de tipo administrativo interligadas e interdependentes entre si (PERULLI, 1995, p. 231). Portanto, a aplicação contemporânea de um direito de diferente natureza e origem expressa não somente a complexidade e larga abrangência dos próprios institutos, mas também a superação de específicas conotações jurídicas das várias áreas do direito a favor de um “direito misto”.

Dessa forma, setores que em alguns ordenamentos faziam parte do direito administrativo permanecem sempre mais influenciados pelo direito privado e por um direito de natureza mista, como aquele caracterizado, por boa parte, pelas convenções internacionais. O mesmo processo verifica-se em setores jurídicos que eram tradicionalmente partes do direito privado, demolindo os tradicionais confins entre as disciplinas – não somente jurídicas – a favor de um direito caracterizado pela ‘componente híbrida’. Com efeito, a maioria das áreas de relevância jurídica são hoje disciplinadas não somente por normativas nacionais, mas sim por normativas internacionais e/ou por acordos bilaterais ou multilaterais. Um caso muito interessante que põe em evidência as novas conotações do ‘direito’ e, no mesmo tempo, contribui à querela entre monismo ou dualismo do direito administrativo afere à área dos bens culturais, disciplinada por normativas de países de tradição de *civil law* e de tradição de *common law*. Nos ordenamentos jurídicos de *common law*, que por natureza não dedicam espaço ao direito administrativo, o direito dos bens culturais é parte de um direito geral; ao contrário, em

alguns ordenamentos de *civil law*, como na Itália e na Espanha, especial atenção dedica-se ao direito administrativo e, portanto, os bens culturais são disciplinados pelo direito administrativo mesmo. Além disso, na Itália foi até proclamado um “código dos bens culturais”, que inovou a matéria e ao mesmo tempo racionalizou-lhe melhor o conteúdo.

Então, é interessante – neste escrito – sublinhar como também nos países dotados de uma extensa produção normativa em matéria de bens culturais as relativas normativas são enriquecidas por disciplinas internacionais, como as convenções promovidas pela UNESCO, as normativas comunitárias em matéria de exportação de bens culturais para países terceiros e, entre outros, as diretrizes em matéria de recuperação dos bens relevantes para a humanidade (MARLETTA, 1997).

Em suma, sempre a normativa nacional é enriquecida por aquela internacional ou por medidas de tipo normativo-obrigatório (por exemplo, os Estados membros da União Européia) ou mediante medidas espontâneas mas, de qualquer forma, vinculadoras num contexto internacional (pense nas normas consuetudinárias ou no desenvolvimento natural do ordenamento jurídico nacional para o ordenamento jurídico internacional).

Ergo, o pluralismo jurídico é, por um lado, causa da atenuação de muitas tradicionais distinções entre as disciplinas jurídicas e, por outro, causa de recíproca influência entre os vários direitos. Por causa das mencionadas recíprocas influências e por meio da atividade da jurisprudência, verifica-se em campo público o reconhecimento tácito de muitos princípios típicos do direito privado (pense no princípio de boa-fé), criando conseqüentemente uma mistura de ‘direito’ e, obrigatoriamente, uma atenuação das diferenças, pelo menos conceptuais. Claramente estamos já longe da tradicional concepção dualística do direito estatal.

Então, num espaço jurídico, sempre menos dominado pelo direito interno e sempre mais por um direito formado por relações

internas e externas entre uma multiplicidade de normativas com caracterizações híbridas, resulta evidente e previsível – segundo o desenvolvimento do direito natural – que estejam delineando-se os seguintes relevantes fenômenos: a crise do Estado, a consolidação política das organizações internacionais e a afirmação do ordenamento jurídico global.

A “crise do Estado”, concebido segundo o modelo de Westfalia, ou seja, como dito, inspirado no conceito de fundo do Estado-centralizador, foi, ao longo do tempo, estudada profundamente pela literatura sobre as relações internacionais (hoje em forte descoberta), que tem progressivamente limitado o conceito de “absolutismo estatal”, para criar outras formas de expressão de interesses, nem mais nacionais, mas sim internacionais. A referência expressa à crise do Estado de Westfalia é importante no sentido de que se trata da forma de Estado criada após a paz de 1648. Esta era baseada na concentração do poder político em unidades territoriais *superiorem non recognoscentes* e na própria extensão parecida àquela dos mercados (TURNER, 2002).

Na verdade, é importante esclarecer que nem sempre ou quase nunca os Estados perderam os instrumentos de governo da economia; em alguns casos, até reforçaram as próprias políticas públicas em campo econômico. Considere-se não somente os Estados Unidos ou a Índia, mas também Estados menores como a Irlanda, que, contrariamente às previsões, aparece fortalecido do processo de globalização.

Em outros termos, é discutível a posição de algumas doutrinas que obrigatoriamente – quase por uma relação de causa e efeito – ligam ao processo de globalização o enfraquecimento estatal em termos de política econômica. Nesse caso, é importante sublinhar que não existe um desenvolvimento das tecnologias, das finanças e da economia sem uma ordem jurídica do mercado estabelecida por políticas públicas que tornem possível, por exemplo, a implantação

de estabelecimentos industriais e a movimentação de capitais em território nacional e transnacional.

Nos cenários mundiais, caracterizados pela intensificação das relações econômicas, políticas e sociais entre os diversos países, as Organizações internacionais afirmam-se com surpreendente rapidez e incisiva veemência. Evidentemente, são as organizações internacionais a representarem os novos atores da política mundial. Essas, de “simples instrumentos” nas mãos dos Estados, tornam-se verdadeiros centros de interesses, titulares de um poder próprio e autônomo. Nesse caso, não parece errado sublinhar que se trata de um evidente testemunho da consolidação do pluralismo jurídico e do liberalismo, que fortemente estão mudando a função do Estado e, sobretudo, a relação entre este e a sociedade. A bem ver, é preciso ressaltar o primado da esfera econômica a respeito daquela política. A esfera econômica internacionaliza-se e, portanto, não é mais disciplinada exclusivamente pelas normas constitucionais e legislativas nacionais, mas, ao contrário, ela mesma condiciona o quadro institucional nacional, segundo as escolhas de política internacional.

Então, na transferência da concepção do Estado-centralizador para a concepção do Estado liberal e do espaço jurídico nacional para o espaço jurídico global, a teoria pluralística e liberal exerce função fundamental, pois determina definitivamente, por um lado, o reconhecimento da autonomia da esfera econômico-social a respeito daquela política e, por outro, representa um papel importante no processo de desenvolvimento de um direito que regulamenta as relações nas quais os Estados são partes.

Sobre o plano interno, a categoria das relações econômicas e patrimoniais, como contraposta àquela das relações políticas, consente de legitimar uma parte das relações entre Estado e indivíduo ao domínio do direito e à competência do juiz.

Sobre o plano internacional, função análoga exerce a separação entre o âmbito de

atividade das relações políticas entre os Estados e o âmbito das relações que entre os Estados mesmos se estabelecem em campo econômico e social; relações (essas últimas) que são caracterizadas pela cooperação, finalizada no alcance de objetivos comuns relativos ao “bem-estar” das respectivas sociedades e em vista dos quais os Estados aceitam também renunciar a uma parte da própria soberania, transferindo-a, portanto, a instituições comuns internacionais.

Conseqüentemente, na delineada situação, reduz-se sempre mais a clássica linha de demarcação entre direito público/administrativo e direito internacional: o primeiro tende a descobrir-se dos naturais e tradicionais hábitos autoritários, reconhecendo, assim, sempre mais a participação democrática dos indivíduos e dos grupos sociais na vida administrativa; o segundo perde aquele caráter abstrato-teórico e começa a atender às políticas de cooperação internacional, ainda não segundo um *world government*, mas certamente segundo as linhas de uma *global governance*, ou seja, de um “governo político”.

É certamente a realização de uma estrutura organizativa internacional, de que as organizações internacionais são as protagonistas, que determina a criação de um novo direito. Trata-se do direito administrativo internacional, caracterizado (assim como o direito administrativo nacional) pela contínua dialética entre as estruturas autoritárias, constituídas pelos Estados, e o pólo liberal – dominante –, constituído pelas organizações internacionais, e não entendidas como novos centros de interesses coletivos do “ordenamento jurídico global”.

Esse novo ordenamento jurídico apresenta maravilhosamente os caracteres típicos dos ordenamentos jurídicos tradicionais. Portanto, é composto de pluri-subjetividade, organização e normativa. A subjetividade, nesse caso, não é representada, como no ordenamento jurídico tradicional, pelos consociados, mas por uma multiplicidade de Estados. Isso já comprova quanto dissemos antes, ou seja, que o fenômeno de globaliza-

ção não é pacificamente entendido pela doutrina como caracterizador de uma diminuição de poder estatal, mas, às vezes, até de uma sua acentuação. As estatísticas demonstram como o número de Estados-nação tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, embora em alguns casos trate-se da divisão territorial de um único espaço nacional.

Evidentemente, o que falta no ordenamento jurídico global é a presença de uma autoridade superior (Estado) com poderes de soberania (BADIE, 2000). A sociedade internacional é regida – até hoje – exclusivamente por uma forma de cooperação sem poderes de soberania; não existindo uma entidade superior às outras, não é possível criar uma relação de submissão, mas sim de colaboração espontânea. Tal forma de regulamentação certamente apresenta também vários inconvenientes, típicos de formas colaborativas e não autoritárias. Trata-se da possibilidade de mudar com mais facilidade e freqüência as regras internas de “funcionamento”, com previsíveis reflexos em termos de política externa; mas, ao mesmo tempo, também da possibilidade de consolidação de posições cristalizadas por causa de alguns Estados-partes, que dessa forma podem paralisar as atividades.

Outra característica do ordenamento jurídico global é a ausência, na sua organização, de “um centro”. Trata-se de um conjunto de organizações gerais e setoriais sem um esquema piramidal bem definido, e por esse motivo não é qualificável como organização reticular, pois por essa acepção precisar-se-ia de um organograma mínimo, ou seja, de um esquema organizacional. Além disso, não há um plano de funções e é composto por organismos supranacionais (por exemplo, União Européia), internacionais (por exemplo, ONU) e transnacionais, ou seja, aqueles criados por outras organizações internacionais; pense que somente a FAO criou mais de 25 organizações supranacionais (BLOKKER; SCHERMERS, 2001).

Outro elemento caracterizador do ordenamento jurídico global é a *non electoral*

*accountability*. Nos ordenamentos jurídicos nacionais, a legitimação do poder público provém do consenso dos consociados. Isso é tradicionalmente típico das formas de poder democrático. No caso do ordenamento jurídico global, isso não se verifica, pois, por um lado, não é possível individuar uma coletividade estabelecida sobre um território e, por outro, não existe ainda uma forma de poder democrático cósmico (ARCHIBUGI, 2000). Certamente, existem estudos comparados que finalizam a própria atividade para a criação de um “governo mundial”, e já existem estudos administrativos voltados para a criação de um “direito público global”. Então, visto que a legitimação não pode depender do consenso, esta depende do direito, conferindo ao ordenamento jurídico global, em conseqüência, uma *accountability*, segundo alguma doutrina, até mais incisiva do que a expressão consensual tradicional.

O sistema jurídico global apresenta-se como bem estruturado e a sua abrangência releva-se muito ampla, até mais do que o sistema jurídico tradicional, por causa da ausência do limite territorial sobre a eficácia das normas jurídicas. O sistema jurídico global é titular de uma produção normativa bem superior àquela dos Estados; considere-se a quantidade de convenções, tratados, acordos multilaterais etc. já produzidos até hoje. Apesar disso, há os “princípios gerais do direito”, obrigatórios em campo humanitário e de defesa das minorias, e, também, os ‘princípios universalmente reconhecidos’ pela comunidade civil. Enfim, o sistema jurídico global é dotado de numeráveis disposições e instrumentos de solução das controvérsias: Corte Internacional de Justiça, Corte de Justiça das Comunidades Europeias, Corte Europeia dos direitos do homem, Tribunal Internacional pela ex Iugoslávia, Tribunal Internacional para o Ruanda, Órgão para a resolução das controvérsias do WTO, Tribunal internacional do direito do mar e Corte Criminal Internacional.

Então, delineadas as características fundamentais do ordenamento jurídico global,

é importante agora evidenciar qual é o comportamento que o mencionado ordenamento tem com relação aos ordenamentos nacionais.

Num panorama em que não existem mais barreiras à livre circulação de pessoas e capitais, o ordenamento jurídico global exerce um papel fundamental em vários sentidos. Num primeiro sentido, o mencionado ordenamento releva-se fortemente respeitoso das diferenças dos ordenamentos nacionais, assumindo, portanto, uma posição estática: o ordenamento jurídico global não impõe as próprias determinações de forma traumatológica.

Num segundo sentido, o ordenamento jurídico global adapta-se [e/ou nasce (?)] às mudanças repentinas ocorridas no espaço jurídico global por causa das novas tecnologias, da nova política econômica e das finanças, criando – nesse caso – interferências e ligações com os ordenamentos nacionais. Isso permite a todo mundo aproveitar – pelo método comparativo – as diferenças intercorrentes entre os vários ordenamentos nacionais e, portanto, decidir qual é o ordenamento nacional que por vários motivos melhor atende às próprias exigências (econômicas, sociais etc.). É o caso das indústrias que localizam as próprias atividades em países que têm um menor custo de trabalho. De qualquer forma, os ordenamentos nacionais permitem as confrontações com outros ordenamentos jurídicos, deixando assim aos cidadãos a escolha do ordenamento que melhor se preste às próprias exigências, e o ordenamento jurídico global ajuda e harmoniza, numa esfera global, as pretensões dos vários ordenamentos jurídicos nacionais.

Nesses termos, a comparação não existiria se não houvesse um espaço jurídico global, com um *ius commune* que consinta a mobilidade entre regimes jurídicos diferentes. Esse desenvolvimento cria várias conseqüências: tende a comparar normas, leis, comportamentos dos poderes públicos e foros judiciais. Dessa forma, o método comparativo – como é na sua natureza – permite aos sujei-

tos dotados de mobilidade acharem produtos mais convenientes, escolhendo um sistema nacional e maximizando o próprio interesse; torna as políticas dos Estados mais dependentes do mercado e obriga os reguladores nacionais a considerarem a normativa de outros Estados para não aumentar ou para reduzir as vantagens ou as desvantagens competitivas para as empresas colocadas no mesmo mercado nacional e dependentes de normas mais ou menos constrangedoras segundo o país de origem. O método comparativo pressiona os Estados a se unirem e a estipularem acordos para impedir que a intervenção de outros Estados prejudique o “jogo da concorrência”.

Em conclusão, o Estado nacional soberano deixou aos privados a possibilidade de escolherem o direito segundo o qual operar, renunciando, assim, a parte da própria soberania, mas sob a condição que isso aconteça sob a égide indispensável dos critérios elaborados pelo “direito público global”, que é importante não confundir com o “direito público geral da comunidade universal”, qual conceito elaborado pela concepção, de origem kelseniana, do “monismo sistemático”.

O direito público global resulta num elemento essencial de uma forma de Estado contemporânea, em que nenhuma crise do Estado social ou nenhum governo de restauração parece capaz de eliminar a centra-

lidade da Administração e a idéia de uma sociedade na qual permanece essencial a atividade dos poderes públicos para a satisfação das necessidades essenciais e para a garantia dos direitos dos singulares.

### Referências

- ARCHIBUGI, Daniele. *La democrazia cosmopolitica*. Trieste: Asterios, 2000.
- BADIE, Brian. *Il mondo senza sovranità*. Trieste: Asterios, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Harrison, 1960.
- BLOKKER, Martins; SCHERMERS, Henry. *Proliferation of international organizations*. Kluwer: The Hague, 2001.
- BRAUDEL, Fernand. *Storia, misura del mondo*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- CESARINI SFORZA, Gianfranco. *Diritto: principio e concetto*. Bologna: Il Mulino, 1930.
- MARLETTA, Marco. *La restituzione dei beni culturali*. Padova: Cedam, 1997.
- PERULLI, Paolo. Stato, regioni, economie di rete. *Stato e Mercato*, Bologna, n. 44, p. 231, ago. 1995.
- TRIEPEL, Heinrich. Les reports entre le droit interna et le droit international. *Recueil des cours de l'academie de droit international*. Paris, 1923.
- TURNER, Andy. *Just capital: critica del capitalismo globale*. Bari; Roma: Laterza, 2002.



# Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos

Vladimir da Rocha França

## Sumário

1. Introdução. 2. Motivação e legitimidade. 3. Elementos da motivação dos atos administrativos. 4. Bases constitucionais do dever de motivação dos atos administrativos. 5. Dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

Um dos aspectos fundamentais ao Estado de Direito envolve demanda por instrumentos de controle efetivos da ação administrativa, especialmente quando esta atinge diretamente a liberdade individual e a propriedade privada. É interessante observar que a melhor fiscalização e compreensão dos provimentos da administração pública perpassam pelo exame dos fundamentos que inspiraram (ou justificaram) a sua expedição pela autoridade estatal.

O objetivo do presente ensaio é apreciar justamente a relevância da exposição dos pressupostos fáticos e jurídicos dos atos administrativos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro; especialmente quando se trata de atos administrativos que outorgam direitos ou satisfazem interesses dos administrados, como as autorizações e as licenças. Esses provimentos são conhecidos na doutrina administrativa como *atos ampliativos*.

Vladimir da Rocha França é Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Advogado em Natal/RN.

## 2. *Motivação e legitimidade*

A motivação do ato administrativo compreende a fundamentação do ato administrativo.<sup>1</sup> Ela possui duas dimensões: (i) a dimensão formal; e (ii) a dimensão substancial.

Na dimensão formal, temos a motivação como a exposição, mediante enunciados, das razões de fato e de direito que ensejaram a expedição do ato administrativo, concedendo transparência à decisão administrativa (ANDRADE, 1992, p. 14).

Na dimensão substancial, a motivação é um meio que permite a recondução do conteúdo do ato a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as demais normas do sistema do direito positivo (ANDRADE, 1992, p. 14). Noutro giro: *confere ao ato um laço de validade com o ordenamento jurídico*.

Mas aí, temos a motivação como produto da enunciação. Também é possível afirmar a motivação como uma ação, compreendendo a conduta de motivar, de fundamentar.

Nesse caso, é perfeitamente viável ao sistema do direito positivo qualificar a conduta de motivar como obrigatória, proibida ou permitida. Numa análise preliminar, haja vista as dimensões da motivação, isso será necessariamente feito em um princípio jurídico. Afinal, a motivação serve como instrumento de legitimação do ato dentro do ordenamento jurídico.

No caso brasileiro, não há na Constituição Federal um enunciado normativo que faça referência expressa ao dever de motivação do ato administrativo. Contudo, a Lei Maior<sup>2</sup> impõe ao Poder Judiciário o dever de fundamentar as suas decisões jurisdicionais e administrativas.

Até o advento da Lei Federal nº 9.784, de 27.1.1999<sup>3</sup>, o dever de motivação do ato administrativo era identificado a partir da conjugação de vários enunciados constitucionais e legais. Agora, há enunciados legais que prevêm: (i) a subordinação da Administração Federal ao princípio da motivação, colocando como critério a ser seguido

por ela a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem as suas decisões; e (ii) um rol de atos administrativos que devem ser motivados, bem como os requisitos que devem ser observados na motivação.

A disciplina da motivação do ato administrativo constante nesta lei reflete bem o espírito imposto pela Lei Maior nessa matéria, consagrando diretrizes da doutrina que sempre procurou prestigiar uma interpretação do regime jurídico-administrativo conforme as normas constitucionais. Não vemos maiores obstáculos à aplicação desses preceitos aos entes desprovidos de uma legislação própria sobre a matéria. Se bem que nos parece bem evidente que a legislação dos demais entes federativos deve observar o perfil constitucional conferido à motivação dos atos administrativos.

O princípio da juridicidade é fundamental para o regime jurídico-administrativo, pois o sistema do direito positivo é, simultaneamente, condição e fundamento da atividade administrativa (Cf. FRANÇA, 2000, p. 52-67). Toda a atividade administrativa se sujeita aos princípios e regras do ordenamento jurídico.

No arbítrio, não há qualquer espaço para o dever de motivação dos atos jurídicos do Estado, uma vez que a legitimação da decisão se faz mediante a sua mera imposição material (Cf. ANDRADE, 1992, p. 15). Logo, é manifesta a correlação entre a necessidade de fundamentação dos atos estatais e o Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade da decisão pressupõe a oportunidade de seu destinatário para compreendê-la e contestá-la.

No campo do direito privado, o princípio da autonomia da vontade torna desnecessária a motivação dos negócios jurídicos realizados por particulares (ANDRADE, 1992, p. 15). O motivo e a finalidade do negócio jurídico privado somente comprometem a validade desse ato jurídico quando o sistema do direito positivo excepcionalmente assim determina.

Como bem alerta José Carlos Vieira de Andrade (1992, p. 15), as diferenças entre as funções do Estado impedem a integração do dever de motivação do ato administrativo numa teoria geral da fundamentação dos atos estatais. O que na verdade é compartilhado é um princípio geral que veda o arbítrio.

A motivação do ato legislativo é, evidentemente, bem diversa daquela constante no ato administrativo. O regime jurídico do ato legislativo já outorga uma ampla publicidade no processo de sua expedição, permitindo a participação dos cidadãos mediante os seus representantes (ARAÚJO, 1992, p. 20-23; GOMES FILHO, 2001, p. 77-78). Aí, a fundamentação do ato legislativo serve exclusivamente para fornecer elementos para a interpretação de seu conteúdo (Cf. ANDRADE, 1992, p. 15-16).

Raciocínio similar deve ser empregado para os atos normativos, nos quais a motivação se consubstancia em seus "considerandos". Inclusive, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos não aprecia os respectivos motivos<sup>4</sup>, embora a Administração possa ser compelida a explicar as razões de atos normativos que impliquem intervenção no domínio econômico.<sup>5</sup> Envolvendo-se matéria tributária, há controvérsia quanto à obrigatoriedade de sua fundamentação quando envolve a alteração de alíquotas.<sup>6</sup> Mas a lei pode eventualmente exigir a fundamentação expressa desses provimentos. Um bom exemplo é a obrigação constitucional da Administração de fixar os critérios, em ato normativo motivado, que devem ser empregados na exoneração de servidores públicos estáveis em razão do equilíbrio fiscal.<sup>7</sup> Nesse caso, acreditamos que a apreciação da constitucionalidade do ato normativo deverá envolver a análise dos motivos nele exarados.

Entendemos que, independentemente do conteúdo do ato normativo, qualquer cidadão tem o direito de requerer à Administração a exposição das razões de fato e de direito que justificaram a sua emissão ou, pelo

menos, o acesso aos autos do procedimento administrativo que o precedeu. Caso haja recusa da Administração, é perfeitamente viável ao requerente pedir um provimento jurisdicional que determine a efetivação de um desses pedidos. A cidadania e a inexistência de qualquer constrangimento para a eficiência administrativa com o atendimento desses pleitos fornecem-nos um forte alicerce para essa posição, sem se olvidar, evidentemente, o direito à informação consagrado no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

A motivação do ato administrativo e a motivação do ato jurisdicional também têm características distintas.<sup>8</sup> Malgrado ambos os atos veicularem regras individuais, não há no ato jurisdicional espaço para discricionariedade e, por conseguinte, para uma análise de conveniência ou oportunidade na emissão dessa decisão (Cf. FRANÇA, 2000, p. 42-44). Contudo, isso não impede que recorramos ao regime jurídico dos atos jurisdicionais para a melhor compreensão da motivação dos atos administrativos que são expedidos em situações conflituosas.

### *3. Elementos da motivação dos atos administrativos*

A motivação do ato administrativo abrange tanto a exteriorização dos seus pressupostos de fato e de direito como, caso seja portador de mérito, a discriminação ordenada dos interesses determinantes para a sua expedição (Cf. ANDRADE, 1992, p. 23-44). Permite a dedução expressa da resolução das premissas que lhe servem de base ou a exposição das razões que ensejaram uma determinada decisão e não a outra eventualmente cabível (CAETANO, 1996, p. 123).

Dentro do complexo de requisitos dos atos administrativos, a motivação integra a formalização.<sup>9</sup> Afinal, a motivação funciona como discurso justificativo da atuação administrativa no caso concreto, compondo o modo como deve ser o revestimento lingüístico do ato administrativo (Cf. ANDRADE,

1992, p. 230-232; CINTRA, 1979, p. 106-107). Ressalte-se: *a motivação é o discurso que oferece ao destinatário do ato administrativo, bem como à coletividade, os aspectos jurídicos e fácticos que outorgam legitimidade para a decisão administrativa no caso concreto.*

A motivação do ato administrativo não se identifica com a “história da decisão”, ou seja, o percurso psicológico ou lógico realizado pelo agente público para decidir (Cf. CINTRA, 1979, p. 108-109). É impossível reconstituí-lo integralmente mediante a linguagem (SCARGIGLIA, 1999, p. 42). Em rigor, a formulação da fundamentação do ato é feita após a operação mental da decisão, embora seja exteriorizada junto com o ato. Na motivação, a autoridade administrativa tratará de concatenar os elementos fácticos e jurídicos relevantes para construir uma argumentação hábil para convencer a comunidade jurídica sobre a validade e oportunidade do próprio ato.

A complexidade da motivação está diretamente relacionada com o grau de relevância que o ato administrativo assume na disciplina jurídico-administrativa da liberdade e da propriedade do cidadão (Cf. ANDRADE, 1992, p. 240-241). Portanto, deve ser consignado que, *quanto maior o impacto do ato administrativo na esfera de direitos individuais dos administrados, maior demanda haverá por uma fundamentação mais densa desse ato jurídico.*

Adaptando-se o conceito de fato jurídico proposto por Paulo de Barros Carvalho (1999) ao ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 357), podemos afirmar que a motivação do ato administrativo é composta pelos seguintes elementos proposicionais: (i) o fato jurídico administrativo, o enunciado que se refere a um evento jurídico administrativo previamente tipificado pela lei ou qualificado como relevante pela autoridade administrativa<sup>10</sup>; (ii) a exposição das normas jurídicas que orientaram a autoridade administrativa na expedição do ato administrativo; (iii) a comprovação da incidência das normas jurídicas mencionadas pela autoridade administra-

tiva como lastro de validade para o ato administrativo; bem como (iv) a manifestação da causa, ou seja, da relação de razoabilidade e de proporcionalidade que deve haver entre o motivo do ato e o seu conteúdo, diante da finalidade, em se tratando de atos administrativos portadores de mérito.

Logo se vê que a motivação não se confunde com o motivo. O motivo compreende o evento jurídico administrativo que justifica a ação administrativa. Na motivação, por sua vez, há o relato dessa situação material em linguagem competente.

Também se mostra claro que a motivação não se limita ao fato jurídico administrativo. Embora admissível em algumas situações específicas<sup>11</sup>, o simples relato jurídico do evento não bastará para oferecer uma fundamentação válida para o ato administrativo na maioria dos casos.

Por conseguinte, a motivação do ato administrativo diferencia-se do antecedente normativo dessa regra (Cf. LEITE, 2001, p. 147-151). Na verdade, a motivação apresenta-se como o modo que deve ser observado na elaboração do descritor da regra administrativa individual. Em termos lógicos, a existência da regra individual é perfeita diante da presença, ainda que elíptica, do fato jurídico. Todavia, essa proposição factual pode se mostrar insuficiente para assegurar a estabilidade de sua validade no ordenamento jurídico.

A motivação do ato administrativo deve também ser diferenciada do chamado motivo legal. O motivo legal compreende o conjunto de normas jurídicas que servem de supedâneo para a expedição do ato administrativo. São, portanto, as normas jurídicas que foram incididas pela Administração no caso concreto. A motivação, por sua vez, refere-se à indicação expressa desse complexo normativo.

É possível que o fato jurídico administrativo e a indicação do motivo legal sejam suficientes para uma motivação válida (Cf. MELLO, 2001, p. 82-83). Entretanto, não raras vezes, diante das dificuldades e pecu-

liaridades do caso concreto, a relação de sub-sunção que deve existir entre regra e evento não é apreendida pela simples leitura dos enunciados do fato e da norma (Cf. MELLO, 1979, p. 526; DUARTE, 1996, p. 254). Faz-se necessário expor como se deu o enquadramento do evento às hipóteses normativas das regras gerais que foram aplicadas com a expedição do ato administrativo.

E, por fim, tem-se a exposição da causa. Aqui, não se trata da mera justificação da incidência feita pela Administração. Nesse caso, a compreensão da causa servirá para aferir a necessidade, a adequação e a razoabilidade do ato administrativo. É a causa que permite uma maior rigidez no controle dos atos administrativos portadores de mérito (Cf. FRANÇA, 2000, p. 153; CUNHA, 2001, p. 68).

A fundamentação não pode ser confundida com os fundamentos ao explicar a diferença entre a dimensão formal e a dimensão substancial desse discurso justificativo, como precisamente anota José Carlos Vieira de Andrade (1992, p. 237):

“A diferença entre a dimensão formal e a dimensão substancial do dever de fundamentação está, então, em que o dever formal se cumpre pela apresentação de pressupostos *possíveis* ou de motivos *coerentes e credíveis*, enquanto a fundamentação substancial exige a existência de pressupostos *reais* e de motivos *correctos* susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo”.<sup>12</sup>

Nesse aspecto, o magistério de Marcello Caetano (1996, p. 124) é importante:

“Não interessa, aliás, ao jurista conhecer quaisquer motivos da vontade administrativa, mas tão-somente os *motivos determinantes*, aquelas razões de direito ou considerações de facto objectivamente anotadas sem cuja influência a vontade do órgão administrativo não se teria manifestado no sentido em que se manifestou. Entretanto, pode presumir-se que os moti-

vos invocados para fundamentar uma resolução administrativa, quando exarados nos próprios actos, sejam determinantes dessa resolução”.

Por conseguinte, uma coisa é obediência ao dever de motivação; outra, os elementos exarados na fundamentação do ato administrativo. Isso apenas reforça a importância da motivação para o controle de juridicidade das decisões administrativas.

#### 4. Bases constitucionais do dever de motivação dos atos administrativos

O dever de motivação do ato administrativo não é determinado por meio de regra jurídica. É um dever estabelecido por um princípio que integra o regime jurídico-administrativo: *o princípio da motivação*.<sup>13</sup>

Se o dever de motivação do ato administrativo encontra-se consubstanciado num princípio jurídico, é preciso aferir qual o estado de coisas nele positivado. Para a identificação desse complexo de valores, é necessário investigar a própria Constituição, para demarcá-lo com melhor precisão.

Pelo fundamento constitucional da cidadania, deve ser assegurado ao cidadão o direito de conhecer os elementos que serviram de supedâneo para as decisões administrativas.<sup>14</sup> Não apenas aquelas que determinam os atos administrativos que atingem diretamente a sua liberdade e a propriedade, mas também os atos que envolvem direitos difusos e coletivos.

Como bem lembra Agustín Gordillo (1999, p. X/17):

“La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos”.

A própria noção de Estado Democrático de Direito determina que a legitimidade da atividade administrativa não se limita à obediência à lei.<sup>15</sup> A atividade administrativa

existe para dar concreção aos interesses públicos previstos na Constituição, impondo-se aos titulares das competências administrativas a tarefa de expedir e materializar decisões coerentes como os parâmetros axiológicos e teleológicos determinados pela Lei Maior. Recorde-se que o interesse juridicizado na Constituição é o interesse jurídico do povo e que este é fonte de emanação e de legitimidade para o próprio Estado.<sup>16</sup>

Sobre esse aspecto, é bastante relevante o seguinte ensinamento de Alberto Ramon Real (1982, p. 10):

“Trasladada al ejercicio de la función administrativa, la obligación de motivar los actos administrativos es también una forma práctica de imponer y de facilitar la fiscalización del imperio de la ley, o principio de legalidad, en el ámbito administrativo. Este principio que es uno de los pilares del Estado del derecho contemporáneo (fundado en la sumisión de la Administración a la ley y al juez), excede hoy a la mera legalidad formal y abarca la íntegra juridicidad, comprensiva de la constitución, los principios generales de derecho, las pautas axiológicas de razonabilidad y hasta la sumisión de los actos de alcance individual a las reglas emanadas de la administración misma (*legem patere quem feciste*)”.

Final, no Estado Democrático de Direito, as competências estatais pressupõem que a justificação de seu exercício possua uma correção argumentativa, especialmente quando afetam a esfera jurídica do cidadão (Cf. NOJIRI, 2000, p. 69-70; GOMES FILHO, 2001, p. 76; GORDILLO, 1999, p. X/19).

Ressalte-se que a Constituição Federal<sup>17</sup> determina que as decisões administrativas do Poder Judiciário devam ser fundamentadas. Se assim o é, é natural que tal obrigação seja identificada para o administrador (FIGUEIREDO, 1999, p. 49).

É mediante a análise da fundamentação do ato administrativo que se mostra viável

a verificação de sua racionalidade perante a ideologia constitucional. E não deixa de ser um meio para que a autoridade administrativa procure garantir a legitimidade política de sua decisão perante o povo, ao tentar convencê-lo quanto à justiça e certeza jurídica do ato que expediu (Cf. DUARTE, 1996, p. 240; SCARGIGILIA, 1999, p. 42-43). A assertiva de Carlos Ari Sunfeld (1985, p. 119) é precisa nesse aspecto:

“O princípio da obrigatoriedade da motivação ata a linha circular que enclausura a atividade administrativa, outorgando eficácia plena aos postulados conhecidos no Estado democrático. O direito administrativo atua como força centrípeta, mantendo a autoridade junto ao seu centro motor: a lei. A falta de motivação favorece movimento centrífugo que, sendo inverso, colide com o sistema de garantias do administrado”.

A obrigatoriedade da fundamentação do ato administrativo também consiste numa contrapartida da Administração diante das prerrogativas que o regime jurídico-administrativo lhe outorga e dos atributos que as suas decisões recebem (Cf. ARAÚJO, 1992, p. 104; DUARTE, 1996, p. 237-239; REAL, 1982, p. 13; SUNDFELD, 1985, p. 120).<sup>18</sup> Mostra-se útil e indispensável para que o administrado possa efetivamente compreender as razões da ação administrativa e oferece uma oportunidade para contraditá-las. Se o ordenamento jurídico exige que as impugnações judiciais ou administrativas sejam fundamentadas<sup>19</sup>, por que não deveriam sê-lo as decisões passíveis de impugnação?<sup>20</sup> A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 102) é imprescindível aqui:

“(…) decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irrevisível ‘arbitrio’ ou ‘juízo de consciência’ dos próprios autores do ato são radicalmente inconvincentes com o ‘Estado de Direito’, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula

naturalmente a aceitação da falibilidade humana e conseqüentes mecanismos de seu controle".<sup>21</sup>

A motivação do ato administrativo tanto viabiliza um controle mais eficiente da sua juridicidade como ajuda a prevenir o seu desencadeamento pelo administrado.<sup>22</sup> Com o acesso aos fundamentos da decisão administrativa, o administrado ganha a oportunidade para oferecer uma contestação administrativa ou judicial mais competente e racional, bem como para aderir à decisão administrativa caso julgue pertinentes os elementos argüidos pela Administração. Afinal, a democracia pressupõe a busca do consenso e do diálogo (GOMES FILHO, 2001, p. 76-77).

A obrigatoriedade da motivação do ato administrativo reforça igualmente o princípio da separação dos poderes, uma vez que torna mais eficiente o controle legislativo e jurisdicional da atividade administrativa.

Outro ponto deve ser aclarado: a fundamentação do ato administrativo também auxilia na prevenção da quebra do princípio da impessoalidade.<sup>23</sup> A obrigatoriedade de expor os fundamentos de sua decisão nos atos que demandam o emprego de um juízo de oportunidade obriga a Administração a demonstrar que procurou atender o interesse público.

A isonomia encontra igual tutela na motivação do ato administrativo, pois impõe à Administração o dever de comprovar a sua imparcialidade no contexto do ato administrativo.

No princípio da motivação, instituem-se as seguintes finalidades básicas: (i) a melhoria da qualidade dos atos administrativos e outorga de legitimidade a essas decisões, haja vista a relevância que a fundamentação do ato tem para a ponderação dos interesses por ele afetados e para a aceitação da decisão pelos seus destinatários; (ii) garantir efetividade e eficiência ao controle de juridicidade dos atos administrativos; e (iii) ampliar a publicidade da atividade administrativa (Cf. ANDRADE, 1992,

p. 65-80; ARAÚJO, 1992, p. 107-112; CINTRA, 1979, p. 112-114).

Nos princípios jurídicos, é preciso haver uma avaliação da correlação entre as finalidades neles juridicizadas e os efeitos decorrentes da conduta reputada como necessária (Cf. ÁVILA, 2003, p. 65). No princípio da motivação, deve-se ponderar, diante do estado de coisas nele determinado, as seguintes questões: (i) quando a motivação é obrigatória; (ii) se obrigatória, em que oportunidade deve ser exarada; e, por fim, (iii) quais são os requisitos que devem ser observados na motivação para que ela possa atender aquelas finalidades.

Tal como o princípio da fundamentação das decisões judiciais (NOJIRI, 2000, p. 73), o princípio da motivação dos atos administrativos tem, conseqüentemente, patamar de norma constitucional. A utilização do Poder de Reforma para eliminar uma dimensão intrínseca ao Estado Democrático de Direito e à cidadania não se justifica, embora a lei possa restringir o dever de motivação dos atos administrativos quando outros princípios constitucionais assim determinarem.

##### *5. Dever de motivação dos atos administrativos ampliativos*

Os atos administrativos podem apresentar os mais variados conteúdos. A obrigatoriedade ou não de sua fundamentação estará necessariamente relacionada à sua relevância para o atendimento do estado de coisas prescrito pelo princípio da motivação, assim como no perfil do Estado de Direito determinado pela Lei Maior.

Não raras vezes, a lei determina expressamente que o ato administrativo deve ser motivado. Nessas situações, não há caminho válido para a Administração senão observá-lo.

Há uma tendência natural pela ampliação do dever de motivação dos atos administrativos, haja vista o crescimento que o Estado Intervencionista impôs à atividade

administrativa. Atualmente, a efetivação dos direitos sociais demanda de modo inequívoco uma maior intervenção da Administração na esfera jurídica dos administrados (Cf. FRANÇA, 2000, p. 18-37).

O sistema do direito positivo determina que o ato administrativo deva ser motivado, consoante os interesses envolvidos em seu conteúdo. Essencialmente, apresenta-se obrigatória a fundamentação dos atos administrativos que: (i) determinem efeitos jurídicos desfavoráveis a direitos ou interesses legítimos de seus destinatários ou de terceiros; (ii) prescrevam uma alteração, exceção ou desvio diante da “jurisprudência” administrativa anterior; ou (iii) resolvam os conflitos levados à apreciação da Administração (Cf. ANDRADE, 1992, p. 87-88).

Assim, o sistema do direito positivo afasta o dever de motivação quando o interesse tutelado pelo ato administrativo o torne: (i) desnecessário; (ii) impossível; (iii) impraticável; (iv) inconveniente; ou (v) inadmissível (Cf. ANDRADE, 1992, p. 88-89).

Diante do estado de coisas determinado pelo princípio da motivação, é inequívoco o dever da Administração de motivar os atos administrativos que restrinjam a esfera jurídica do administrado. Mas isso não significa afirmar que o dever de motivação se limite a esse caso.

Os atos administrativos pertinentes a uma relação jurídico-administrativa entre entes públicos, na qual um deles se encontra numa posição de subordinação, devem ser motivados, especialmente quando estão em jogo os direitos ou interesses da entidade ou mesmo os direitos fundamentais que devem tutelar (Cf. ANDRADE, 1992, p. 92-93).

Aparentemente, os atos administrativos ampliativos não estariam sujeitos à obrigatoriedade da motivação, uma vez que geram benefícios para os administrados. Mas adverte José Carlos Vieira de Andrade (1992, p. 94):

“(…) Contudo, a exclusão de uma tal categoria de actos de pouco valerá neste contexto, já que sempre terá de

verificar-se se esses actos não serão em parte desfavoráveis ao próprio destinatário ou destinatários, ou se, beneficiando estes, não prejudicarão direitos ou interesses de terceiros – isto é, apenas podem ficar desobrigados da fundamentação à partida os actos exclusivamente favoráveis”.

E, afinal, a motivação dos atos administrativos ampliativos não atinge a eficiência administrativa, servindo tanto para a melhoria desses provimentos administrativos como para agilização de decisões futuras (Cf. DUARTE, 1996, p. 249). Não se deve olvidar que a motivação do ato ampliativo também se mostra um instrumento muito poderoso para a fulminação de provimentos expedidos pela Administração que gerem benefícios incompatíveis com os princípios da moralidade e da impessoalidade (MELLO, 2003, p. 468-469).

Deve ser lembrado ainda que se prevê a qualquer pessoa física, no pleno exercício da cidadania, o direito de pedir ao Poder Judiciário a invalidação dos atos administrativos contrários ao interesse público, por via da ação popular.<sup>24</sup>

Restringir a esfera jurídica do administrado abrange tanto negação, limitação ou extinção de direitos individuais como a imposição ou agravamento de deveres, encargos ou sanções. Igualmente tem relação com a denegação ou compressão de interesses individuais.

A Lei Federal nº 9.784/1999 determina que os atos administrativos federais que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”<sup>25</sup> devem ser motivados, bem como aqueles que “imponham ou agravem deveres, encargos e sanções”.<sup>26</sup> Note-se que o enunciado normativo faz referência apenas a “direitos” ou “interesses”, sem deixar claro se trata apenas dos direitos (ou interesses) individuais, ou se também abrange os direitos (ou interesses) difusos ou coletivos.

No art. 9º da Lei Federal nº 9.784/1999, estabelece-se como legitimados “interessados” no processo administrativo: (i) as pes-

soas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; (ii) aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; (iii) as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e (iv) as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Direito subjetivo pressupõe a garantia da aplicabilidade e executoriedade de uma sanção ou a invalidação da regra jurídica que lhe seja incompatível (Cf. KELSEN, 1991, p. 251-258; VILANOVA, 2000, p. 224-230). Interesse, por sua vez, é uma finalidade que exige uma conduta humana para a sua satisfação.<sup>27</sup>

O direito subjetivo individual é um direito exclusivo do indivíduo. O exercício desse direito é realizado pelo seu titular ou em seu nome. Somente o seu titular ou seu representante legal têm legitimidade para provocar a aplicação da regra secundária que o assegura. Por conseguinte, interesse individual é sinônimo de interesse particular.<sup>28</sup>

Com efeito, em se tratando de ato que restrinja direito ou interesse individual, é imprescindível a motivação do ato administrativo. A rescisão unilateral de contrato administrativo<sup>29</sup>, a demissão de servidor público celetista (Cf. DI PIETRO; BEZOS; NOVELLI, 1996)<sup>30</sup>, a exoneração de servidor público em estado probatório<sup>31</sup> e a remoção *ex officio* de servidor público<sup>32</sup> representam bons exemplos disso.

Os interesses coletivos representam a dimensão coletiva dos interesses do indivíduo. São interesses que o indivíduo possui enquanto membro de um grupo dotado de um mínimo de coesão, organização e estrutura, constituído mediante um vínculo jurídico específico ou porque há uma relação jurídica base que une os seus membros diante de uma parte adversa.<sup>33</sup>

Quando assegurados mediante regras secundárias<sup>34</sup>, os interesses coletivos inte-

gram os direitos subjetivos coletivos. São direitos cuja titularidade reside no grupo, a quem cabe a exclusividade de invocar os meios de sua tutela se ameaçados ou lesionados (Cf. MANCUSO, 1997, p. 48-55). Apesar de comporem a esfera jurídica do indivíduo, somente são exercidos por este em conjunto com os demais componentes do grupo.

Quanto aos interesses difusos, a questão é mais complexa.

No art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 8.078/1990, encontramos o seguinte enunciado:

“Art. 81. (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar:

I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato.”

Para nós, os interesses difusos são sinônimos de interesses públicos.<sup>35</sup> Tal como os interesses coletivos, os interesses difusos são interesses transindividuais, uma vez que não se limitam à esfera jurídica do indivíduo. São interesses positivados pela Constituição que os indivíduos possuem enquanto membros de uma comunidade jurídica, em um dado espaço e num dado tempo sociais. O direito difuso, ao qual se integra o interesse difuso, tem um sujeito ativo indeterminado, embora não o seja o seu sujeito passivo. O sujeito passivo do direito difuso pode ser qualquer pessoa, ou até mesmo o próprio Estado.

Os direitos subjetivos difusos brotam de “circunstâncias de fato” que envolvem situações litigiosas em torno de valores constitucionais. São eventos concretos que permitem o seu surgimento e ordenam sua tutela pelo Estado e, em especial, pelo Ministério Público.<sup>36</sup> Os cidadãos poderão, inclusive, perfeitamente formar entidades para a sua defesa.<sup>37</sup>

Quando a Lei Federal nº 9.784/1999 emprega os substantivos “direitos” e “inte-

resses”, sem adjetivá-los, o enunciado normativo não menciona apenas os direitos e interesses individuais,<sup>38</sup> tal como deve ser visualizado o termo “direito” no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (Cf. CAVALCANTI, 1997, p. 93-101; SILVA, 1996, 216-220).

Note-se que o art. 9º, inciso IV, da Lei Federal nº 9.784/1999 classifica como “interessados” no processo administrativo as “pessoas” quanto a direitos difusos. Recorde-se que “pessoa” abrange tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Isso é reforçado pela ampla legitimidade para a interposição de recurso administrativo estabelecido no art. 58 dessa lei.

E, no art. 9º, inciso II, do mesmo diploma legal, admite-se a intervenção, no processo administrativo, daqueles que, apesar de não terem solicitado a deflagração do procedimento, têm “direitos ou interesses” que possam ser afetados pela decisão. Se uma interpretação restritiva dessa expressão fosse empregada, as associações constituídas para a defesa do meio ambiente seriam impedidas de intervir, por exemplo, no processo administrativo instaurado para a outorga de uma licença que envolve uma área sensível do ponto de vista ambiental.<sup>39</sup>

Contudo, é preciso que a entidade comprove, entre os objetivos que justificaram a sua constituição, a defesa do direito (ou interesse) difuso ou coletivo pelo qual pretende atuar. Por conseguinte, é preciso que se comprove a pertinência temática entre a pessoa jurídica e o direito (ou interesse) difuso ou coletivo que será (ou foi) afetado pelo ato administrativo (Cf. NEVES, 2001, p. 148-152).

Por conseguinte, os atos administrativos que afetem diretamente direitos (ou interesses) difusos ou coletivos não são isentos da obrigatoriedade de motivação.<sup>40</sup> Caso o ato administrativo seja expedido no bojo de um processo administrativo desencadeado por entidades voltadas para a defesa desses direitos ou interesses, é evidente que a Administração tem o dever de exteriorizar as razões de fato e de direito que serviram de base

para a decisão. É uma decorrência natural do enunciado do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal:

“Art. 5º. (...)

(...)

XXXIII – todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Do mesmo modo, ainda que o ato administrativo seja ampliativo, ou seja, implique a outorga de direitos ou a satisfação de interesses individuais, o dever de motivação se impõe caso a decisão possa atingir de frente os direitos coletivos ou difusos.<sup>41</sup> Embora fique sujeita à discricionariedade administrativa a realização de consultas e audiências públicas quando os atos disserem respeito a interesses coletivos ou difusos<sup>42</sup>, isso não afasta o dever da Administração de expor os fundamentos fácticos e jurídicos das decisões nesses casos.

Portanto, não procedem as críticas feitas à Lei Federal nº 9.784/1999 de que ela teria ignorado os atos administrativos ampliativos.<sup>43</sup> Ressalte-se que os atos que beneficiam agentes públicos, deferindo-lhes uma comodidade ou proteção especial e excepcional, demandam a sua fundamentação, diante dos princípios da impessoalidade, moralidade e isonomia.

*Um ato administrativo que, do ponto de vista do indivíduo, seja ampliativo pode se apresentar como restritivo diante de direitos (ou interesses) coletivos ou difusos.* Logo, os atos administrativos ampliativos de direitos ou interesses individuais que possam afetar direitos (ou interesses) coletivos ou difusos se enquadram perfeitamente na hipótese do art. 50, inciso I, da Lei Federal nº 9.784/1999.

A motivação do ato administrativo ampliativo somente é dispensável, por conseguinte, quando o mesmo não atingir diretamente direitos individuais, coletivos ou di-

fusos. Nesse caso, o dever de motivação nos parece manifestamente desnecessário (Cf. ANDRADE, 1992, p. 118-119; CAVALLO, 1993, p. 62-63). Se, contudo, a Administração for instada a explicar os fundamentos para a expedição do ato, ela deverá fazê-lo em homenagem ao art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da Lei Maior.

## 6. Considerações finais

A lição de que os atos administrativos ampliativos não devem ter a sua validade apreciada sob a ótica do princípio da motivação mostra-se incompatível com a contemporaneidade. Sem o acesso aos pressupostos de fato e de direito das decisões administrativas que atendem as pretensões individuais dos administrados, não há como se exercer, com a devida efetividade e percuciência, a proteção dos direitos coletivos e difusos.

Afinal, a concessão de um direito ao indivíduo ou a satisfação de uma pretensão particular não pode ser realizada sem se levar em consideração o seu impacto no campo do interesse público. A motivação do ato administrativo revela-se aí como um poderoso instrumento para um maior proveito no controle da atividade administrativa, tanto pelos órgãos que desenvolvem o controle externo da Administração como pelas entidades da sociedade civil organizada.

## Notas

<sup>1</sup> Empregamos motivação e fundamentação como sinônimas, apesar de abalizada doutrina rejeitar fortemente essa opção semântica (Cf. ANDRADE, 1992, p. 20-22; FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 59; REAL, 1982; e SUNDFELD, 1985, p. 118). Mas se trata de uso admitido pelo vernáculo, ao examinarmos os verbetes “motivação”, “motivado” e “motivar” do *Novo Dicionário Aurélio* de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1989).

<sup>2</sup> Art. 93, incisos IX e X.

<sup>3</sup> Ver arts. 2º, parágrafo único, inciso VII; e 50.

<sup>4</sup> Cf. STF, ADI nº 432/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime pelo não conhecimento, julgado em 15.5.1991, publicado no DJ de 13.9.1991.

<sup>5</sup> Cf. STJ, MS nº 4.269/PE, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, unânime pelo deferimento parcial, julgado em 10.4.1996, publicado no DJ de 17.6.1996

<sup>6</sup> Ver Constituição Federal, art. 153, § 1º. A favor: cf. STJ, RESP nº 40.719/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime pelo provimento, julgado em 31.5.1996, publicado no DJ de 19.6.1996. Contra: cf. STF, RE nº 222.330/CE, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, unânime pelo provimento, julgamento em 20.4.1999, publicado no DJ de 11.6.1999. Ver item 5.5.

<sup>7</sup> Ver Constituição Federal, art. 169, § 4º.

<sup>8</sup> Sobre a motivação das decisões judiciais, ver: NOJIRI, 2000; GOMES FILHO, 2001; PERO, 2001. Como se verá, muitas de nossas considerações tiveram inspiração na doutrina do direito processual.

<sup>9</sup> Há quem coloque a motivação como um requisito procedimental: ARAÚJO, 1992, p. 96; CINTRA, 1979, p. 110-112; DUARTE, 1996, p. 218-219; SUNDFELD, 1985, p. 124-125. Já seguimos anteriormente tal posição (Cf. FRANÇA, 2001, p. 241).

<sup>10</sup> Em outra oportunidade, asseveramos: “O evento jurídico administrativo é o acontecimento da realidade – social ou natural – que foi previamente delimitado pela hipótese da norma jurídica ou valorado como relevante pela autoridade, diante do interesse público; o fato jurídico administrativo, por sua vez, o enunciado produzido pela autoridade administrativa que torna essa ocorrência específica relevante para o Direito Positivo. Sem o relato competente do evento, articulado com os preceitos jurídicos que disciplinam as provas, as relações jurídicas que foram prescritas ficam impedidas de eclodir na realidade jurídica” (FRANÇA, 2001, p. 224). Exemplificando com uma infração de trânsito (ver Lei Federal nº 9.503, de 23.9.1997, art. 162, I): constitui um evento jurídico o acontecimento no qual um indivíduo dirigiu um automóvel sem carteira nacional de habilitação; e o fato jurídico, o enunciado que descreve essa ocorrência, feito pela autoridade competente.

<sup>11</sup> Ou, até mesmo, a descrição genérica de eventos imputados a servidor público, quando se trata da deflagração de processo administrativo disciplinar. Cf. STJ, MS nº 7.736/DF, Rel. Min. Félix Fischer, Terceira Seção, unânime pelo indeferimento, julgado em 24.10.2001, publicado no DJ de 4.2.2002.

<sup>12</sup> Ver também: ARAÚJO, 1992, p. 93; DUARTE, 1996, p. 217; CARVALHO FILHO, 2002, p. 94.

<sup>13</sup> Sobre a estrutura dos princípios jurídicos, vide Ávila, 2003.

<sup>14</sup> Ver Constituição Federal, art. 1

º, *caput*.

<sup>16</sup> Ver Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único. Cf. SUNDFELD, 1985, p. 119-120.

<sup>17</sup> Art. 93, inciso X.

<sup>18</sup> É interessante a seguinte assertiva de Arruda Alvim (1996, p. 597): “A liberdade do juiz ao decidir, conforme o Direito, encontra na necessidade de fundamentação (“justificação”) o seu preço”.

<sup>19</sup> Cf. STJ, MS nº 7.834/DF, Rel. Min. Félix Fischer, Terceira Seção, unânime pelo indeferimento, julgado em 13.3.2002, publicado no DJ de 8.4.2002.

<sup>20</sup> Ver Lei Federal nº 9.784/1999, arts. 6º, inciso IV, e 60. Ver Lei Federal nº 8.112/1990, art. 176. Ver Código de Processo Civil, art. 282, inciso III, e 514, inciso II.

<sup>21</sup> Vide também: MEIRELLES, 2001, p. 92; SCARCIGLIA, 1999, p. 50.

<sup>22</sup> Embora o trecho adiante transcrito se refira às sentenças judiciais, ele se apresenta plenamente aplicável aos atos administrativos: “(...) Quando a sentença é motivada, não só fica mais fácil verificar se vale a pena dela recorrer, como também facilita a visualização mais precisa das causas que levaram o juiz a decidir daquela forma, possibilitando ao sucumbente elaborar conscientemente as razões de seu recurso, individualizando o objeto da impugnação” (NOJIRI, 2000, p. 34).

<sup>23</sup> Ver Constituição Federal, art. 37, *caput*. O princípio da impessoalidade tem, para nós, a mesma dimensão semântica que o princípio da finalidade, que coloca o interesse público como meta que deve ser onipresente para a Administração (FRANÇA, 2000, p. 62).

<sup>24</sup> Ver Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIII.

<sup>25</sup> Art. 50, inciso I. É impressionante a semelhança entre o rol descrito no art. 50 da Lei Federal nº 9.784/1999 e o elenco proposto por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 528-529) para os atos sujeitos ao princípio da motivação.

<sup>26</sup> Art. 50, inciso II.

<sup>27</sup> É preciso anotar que a conduta necessária para atender materialmente um interesse pode ou não ser qualificada pelo sistema do direito positivo como obrigatória. Isso dependerá, naturalmente, se esse comportamento compuser o objeto de um direito subjetivo. Caso contrário, estaremos aqui diante de um mero interesse legítimo, nas hipóteses em que a lei não tipificar a referida ação (ou omissão) como ilícita.

<sup>28</sup> A Lei Federal nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor), faz referência a “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, inciso III). A origem comum é um evento concreto que enseja o surgimento de vários direitos individuais. Isso permite a sua tutela coletiva pelas entidades devidamente habilitadas. Contudo, esses direitos não deixam de ser direitos individuais.

<sup>29</sup> Ver Lei Federal nº 8.666/1993, arts. 78, parágrafo único, e 79, § 1º. Cf. STJ, ROMS nº 5478/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime pelo provimento, julgado em 24.5.1996, publicado no DJ de 19.6.1996.

nime pelo provimento, julgado em 24.5.1996, publicado no DJ de 19.6.1996.

<sup>30</sup> Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho (Cf. Orientação Jurisprudencial nº 247 da Seção de Dissídios Individuais, Subseção I) entende perfeitamente cabível a dispensa imotivada nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. A nosso ver, essa prerrogativa somente se justifica quando a empresa estatal é exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público que não lhe seja exclusivo. A possibilidade de dispensa imotivada nessas entidades é compatível com as demandas do mercado por uma maior eficiência e agilidade no desenvolvimento de atividades sujeitas à livre concorrência. Caso contrário, a dispensa sem justa causa parece-nos vedada pelo princípio da motivação. Ver Constituição Federal, art. 173, § 1º, inciso III.

<sup>31</sup> Ver Súmula 21 do STF: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entende que esse ato de exoneração não precisa ser precedido de um procedimento administrativo (cf. STJ, RESP nº 417.089/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, unânime pelo não provimento, julgado em 4.6.2002, publicado no DJ de 26.8.2002).

<sup>32</sup> Cf. STJ, ROMS nº 13.550/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, unânime pelo não provimento, julgado em 10.9.2002, publicado no DJ de 4.8.2003; STJ, AGRESP nº 258.949/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Terceira Seção, unânime pelo não provimento, julgado em 19.9.2002, publicado no DJ de 11.11.2002; e TJRN, AC nº 99.000077-0, Rel. Des. Manoel dos Santos, Segunda Câmara Cível, unânime pelo não provimento, julgado em 22.11.2001, publicado no DJ de 6.12.2001.

<sup>33</sup> Ver Constituição Federal, art. 8. Ver Lei Federal nº 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, inciso II.

<sup>34</sup> As regras secundárias asseguram ao sujeito de direito o poder de pedir a tutela jurisdicional caso haja controvérsia em torno da observância dos deveres prescritos nas regras primárias dispositivas ou mesmo para viabilizar a execução das sanções previstas nas regras primárias sancionadoras. Em algumas situações, como no caso da Administração, o titular do direito sonogado tem a prerrogativa de executar diretamente a sanção, sem necessidade de intermediação jurisdicional. Vide França (2005).

<sup>35</sup> Em sentido contrário, ver Mancuso (1997).

<sup>36</sup> Ver Constituição Federal, art. 129, inciso III.

<sup>37</sup> Ver Lei Federal nº 7.347/1985, art. 5º.

<sup>38</sup> Em sentido similar: FREITAS, 2000, p. 106.

<sup>39</sup> As relações jurídicas que se encontram sujeitas ao regime jurídico-administrativo assumiram uma natureza plurilateral, como bem explica Vasco

Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (1996, p. 273-297), haja vista os bens usualmente envolvidos nas decisões administrativas. O forte laço que deve existir entre a atividade administrativa e os direitos fundamentais, por exemplo, obrigam a Administração a ponderar a compatibilidade dos pleitos dos administrados com as exigências impostas pela tutela do meio ambiente.

<sup>40</sup> Especialmente quando a lei tipifica os eventos que devem ensejar a expedição desses atos (Cf. STF, RE 76.601, Rel. Min. Antônio Neder, Primeira Turma, unânime pelo provimento, julgado em 12.9.1978, publicado em 6.10.1978). Mas o ato ampliativo somente deve ser invalidado caso seja comprovada a sua manifesta incompatibilidade com os princípios do regime jurídico-administrativo (Cf. STF, RMS nº 9.774, Rel. Min. Gonçalves Pereira, Pleno, unânime pelo provimento, julgado em 2.5.1963, publicado no DJ de 6.5.1963).

<sup>41</sup> David Duarte (1996, p. 250) coloca com precisão: "Esta categoria de decisões, caracterizáveis pelo seu impacto colectivo, deve estar sujeita ao imperativo da fundamentação, não só por razões derivadas da valorização dos factores de racionalização da decisão, como também por justificações baseadas na publicidade, no consenso e na redução pública das resistências à decisão". Isso acontece especialmente nos atos administrativos que concedem a concessionários de serviço público o direito de cobrar tarifas mais elevadas do cidadão.

<sup>42</sup> Ver Lei Federal nº 9.784/1999, arts. 31 a 34.

<sup>43</sup> Como se faz em Bandeira de Mello (2003, p. 468-469). Pelo caráter exemplificativo do rol do art. 50 da Lei Federal nº 9.784/1999, ver: DI PIETRO, 2003, p. 82-83; FREITAS, 2000, p. 106-107.

## Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 2 v.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e plenitude da tutela jurisdicional. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 8, p. 77-116, 1997.

CAVALLO, Bruno. *Tratado di diritto amministrativo (diretto da Giuseppe Santaniello): provvedimenti e atti amministrativi*. Milão: CEDAM, 1993. 3. v.

CUNHA, Elke Mendes. O princípio da motivação e a lei 9.784/99. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: M. Limonad, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_.; BEZOS, Clóvis; NOVELLI, Vera de Andrade. Necessidade de motivação do ato de dispensa de servidor celetista: processo: PGE n. 97.827/87. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 74-82, 1996.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Anotações à teoria das normas jurídicas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 60, p. 11-23, jan./fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Invalidação administrativa na lei federal n.º 9.784/99. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 221-248, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis do processo administrativo: lei federal*

- 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1999. t. III.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1991.
- LEITE, Fábio Barbalho. *Os regimes jurídicos de invalidação dos atos administrativos viciados*. 2001. 330 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 1 v.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NEVES, Fernando Crespo de Queiroz. Dos interessados no processo administrativo: lei n. 9.784/99. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: M. Limonad, 2001.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RAMÓN REAL, Alberto. *Fundamentación del acto administrativo*. *Revista de derecho público*, São Paulo, ano 15, n. 62, p. 5-20, abr./jun. 1982.
- SCARCIGLIA, Roberto. *La motivazione dell'atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica*. Milão: Giuffrè, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de direito público*, n. 75, p. 118-127, jul./set. 1985.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

# O conceito de participação dos interessados na gestão da seguridade social no direito espanhol

João Rezende Almeida Oliveira

## Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão.

### *1. Introdução*

O objetivo do presente estudo é o de obter o conceito de participação institucional na gestão da seguridade social no ordenamento jurídico espanhol. Para obter tal delineamento, realizar-se-á a delimitação das principais formas de participação previstas na Constituição e legislação espanholas.

### *2. Desenvolvimento*

A Constituição Espanhola é generosa com relação às disposições referentes à participação. O artigo 9.2 elenca quatro formas de participação: participação na vida política, econômica, cultural e social. Tendo em vista sua localização, tal disposição obriga os poderes públicos não só a aceitar a referida participação como também a estimular o desenvolvimento das instâncias participativas criando condições favoráveis para tanto.

Mais adiante, o artigo 23 da Constituição Espanhola apresenta as duas formas clássicas de participação política: a direta e a representativa. O capítulo em que se localiza esse último preceito no texto constitucional possui especial significação, pois caracteriza a participação política como Direito Fundamental. Trata-se de direito

João Rezende Almeida Oliveira é Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, Professor do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

público subjetivo protegido com plenitude, tendo em vista o disposto no artigo 53.2 da Constituição Espanhola, o que implica que qualquer cidadão poderá requerer a tutela de tal direito perante os Tribunais Ordinários, mediante procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariedade e, conforme o caso, por meio do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.

A participação política, em ambas as modalidades (direta e representativa), faz-se presente nos três níveis territoriais: nacional, autonômico e local. A democracia representativa é exigida com respeito aos poderes centrais, por meio da eleição de deputados e senadores, conforme o disposto nos artigos 68 e 69 da Constituição Espanhola; no âmbito regional, mediante a eleição das Assembléias Legislativas das Comunidades Autonômicas (art. 151, 1); e na esfera local, com a eleição de conselheiros, nos termos do artigo 140.

Uma das razões do surgimento da teoria da participação institucional é que o voto universal, devido ao distanciamento que promove entre os cidadãos e os centros de decisão, não demonstra ser um instrumento suficiente para dar à maioria da população o sentimento de participação eficaz na Administração Pública. Portanto, a participação política pelo voto nas eleições não constitui garantia para assegurar a democratização das decisões, nem para proporcionar integração adequada dos cidadãos e dos diversos grupos e coletividades na gestão da Administração Pública, e, especialmente, no que tange aos órgãos gestores da proteção social pública.<sup>1</sup>

Outra das razões que promove a idéia de se estabelecer a participação do cidadão na Administração Pública é o fato de que o crescimento da intervenção estatal nas necessidades vitais dos cidadãos e do peso compressor da mesma reduz o espaço de liberdade dos cidadãos e faz com que cresça a dependência dos mesmos com respeito à mencionada administração. Tal ques-

tionamento é perfeitamente válido com relação aos órgãos gestores da Seguridade Social.

Com o desenvolvimento do Estado de bem-estar, os organismos gestores da seguridade social vêm adquirindo dimensões e atuações anteriormente inimagináveis.

Segundo Gonzalo Gonzalez (1980, p. 14), *in verbis*:

“Em somente cinqüenta anos, em efeito, as instituições sociais de proteção frente aos riscos sociais têm se despreendido de todos os caracteres que, tomados das associações de ajuda mútua pré-existentes, inspiraram a organização dos primeiros Seguros Sociais: gestão privada, com a limitação conseguinte da intervenção do Estado a uma ação meramente legislativa e de fomento; auto governo de suas instituições, é dizer, direito de reger-se por si mesmas mediante representantes do coletivo assegurado, e fragmentação deste, reduzido previamente na norma os trabalhadores assalariados, em multiplicidade de associações não solidárias de bases setoriais profissionais, territoriais ou de empresa. Em seu lugar, a política contemporânea de Seguridade Social vem assumindo caracteres diretamente derivados dos novos princípios de publicação e deslaboralização: universalidade de cobertura subjetiva – toda a população residente – e objetiva – qualquer situação de necessidade; gestão direta estatal, realizada por si ou mediante Entes instrumentais criados com tal objetivo; unificação ou, quando menos, simplificação institucional e solidariedade nacional ou total”.

A consequência é óbvia: o fenômeno do crescimento dos organismos gestores e o distanciamento do cidadão da gestão pública podem provocar, nas sociedades modernas, atitudes de apatia por parte do consumidor de serviços públicos e, também,

determinar sentimento de revolta como alternativa às frustrações causadas. Logo, faz-se necessário o desenvolvimento de outras formas de participação para sanar tais deficiências democráticas. Além do mais, convém lembrar que a participação institucional poderá funcionar como eficiente instrumento disciplinador e educador da sociedade.

Na Espanha, a legislação básica da Seguridade Social obriga a uma organização administrativa coordenada pelos princípios de solidariedade, universalidade e gestão pelos poderes públicos, e, por conseguinte, o tema da participação dos interessados na gestão da Seguridade Social é proposto desde a perspectiva da necessidade de presença cidadã na gestão dos órgãos gestores da Segurança Social.

Para aprofundar a presente pesquisa e conceituar a participação institucional de forma concreta, convém falar também da participação política direta. A participação política direta encontra-se regulada nos artigos 87.3 e 92 da Constituição Espanhola, que dispõem respectivamente, *in litteris*:

“Uma lei orgânica regulará as formas de exercício e requisitos da iniciativa popular para apresentação de proposições de lei. As decisões políticas de transcendência especial poderão ser submetidas a *referendum* consultivo de todos os cidadãos e tal *referendum* será regulado por lei orgânica”.

A participação política direta<sup>2</sup> possui diferenças fundamentais com relação à participação dos interessados na gestão da Seguridade Social prevista no art 129.1 da Constituição Espanhola. Na verdade, estamos diante de duas formas de participação distintas. A participação política direta faz-se necessária quando politicamente se apresenta a possibilidade de uma mudança radical que pode trazer conseqüências dificilmente revisáveis para a totalidade dos cidadãos de um país tutelados por um ordenamento constitucional determinado.

Portanto é aconselhável a realização de consulta institucionalizada a todos os afetados.

A principal diferença conceitual entre a participação política direta e a participação em organismos administrativos é que naquela o indivíduo não atua como membro de um grupo social organizado, enquanto a participação institucional, objeto do presente estudo, é a que se efetua mediante grupos ou estruturas sociais organizadas, pelo sistema de representação de interesses externos no interior dos órgãos gestores públicos da Seguridade Social, com o fim de possibilitar que o cidadão intervenha de alguma forma nas decisões, expressando os interesses comuns dos diversos grupos. É a denominada participação orgânica<sup>3</sup> e se dá quando “a intervenção do portador do interesse coletivo se conduz através de um órgão administrativo de decisão, bem de controle das decisões burocráticas ou de uma atividade administrativa específica”. (SANCHEZ MORON, 1980, p. 107)

Portanto, a participação dos interessados na Seguridade Social, objeto da presente pesquisa e estabelecida no art. 129.1 da Constituição Espanhola, circunscreve-se à problemática da participação institucional orgânica pela representação de interesses coletivos externos no âmbito dos órgãos gestores da Seguridade Social<sup>4</sup>.

Na definição de Torollo Gonzalez (1990, p. 765), *in verbis*:

“Representação porque atuam em lugar de outras pessoas, e institucional porque representa os direitos e os interesses de determinados coletivos de pessoas. Mas, também precisando, trata-se de uma representação institucional implícita, porque a mesma, em termos expressos, é estabelecida pelo ordenamento jurídico e não pela vontade de seus associados; com o que nos indica que a representação se realiza fora dos moldes do Direito Privado, é dizer, fora dos moldes de contrato de mandato associativo”.

Tampouco a participação institucional referida anteriormente é a participação do cidadão no funcionamento da Administração como parte de um procedimento (Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum – Lei 30/1992, de 26 de novembro – arts. 68 e ss.), ou seja, como titular dos interesses ou direitos próprios, senão como membro da comunidade, ou simplesmente como afetado pelo interesse geral. (GARCIA DE ENTERRÍA, 1979, p. 14)

Denominam-se colegiados (Lei nº 30/1992, de novembro, art. 22)<sup>5</sup> os órgãos do qual formam parte os representantes eleitos ou designados segundo o princípio de participação institucional. As competências de tais órgãos podem ser simplesmente consultivas ou, em outros casos, de controle e vigilância da autoridade, mediante a exigência de informações e de um parecer vinculado prévio à adoção da decisão. Não cabe a menor dúvida de que o caso mais efetivo é aquele que em se conferem competências decisórias a referidos órgãos colegiados.

Outro aspecto importante é se o organismo gestor em que vai dar-se a participação possui autonomia administrativa ou não. Na experiência comparada, a participação institucional em organismos gestores da seguridade social que possuem plena autonomia administrativa costuma determinar uma maior probabilidade da eficácia participativa realizada pelos diversos grupos de interesses no interior dos órgãos colegiados de participação, em razão da proximidade dos centros de decisão efetivos.

Logo, para a participação institucional tornar-se eficaz, faz-se necessário analisar a autonomia dos órgãos gestores da Seguridade Social e as competências dos órgãos colegiados encarregados da tarefa participativa no interior de tais órgãos. A verificação da autonomia e a descrição das competências seguindo um desenvolvimento cronológico normativo são de primordial

importância para delimitar o alcance e a eficácia da participação institucional nos órgãos gestores da Seguridade Social.

### 3. Conclusão

Como havíamos assinalado anteriormente, a ascensão no Estado de bem-estar de uma pluralidade de interesses sociais coletivos constituídos de complexidade cada vez maior dá origem a um crescimento espantoso do aparelho gestor da Seguridade Social. A delimitação dos grupos interessados no âmbito da Segurança Social não é tarefa fácil. Em princípio, três partes estão diretamente interessadas na organização do melhor sistema possível de Seguridade Social, assim como de sua estrutura orgânica mais perfeita: o Estado como tal, por se tratar da realização de um serviço público embasado na Lei, os sujeitos protegidos a que se destinam tais serviços e, na maioria dos sistemas, os empresários, que arcam freqüentemente com uma parte substancial dos custos. A forma e o conteúdo da participação institucional desses três setores na gestão da Seguridade Social varia segundo as formas organizativas dos distintos sistemas e países.

Por outro lado, a universalização da Seguridade Social, e sua “manutenção pelos poderes públicos como regime público de proteção para todos os cidadãos”, segundo a definição do art. 41 da Constituição Espanhola, obriga a dispor, em princípio, de uma maior amplitude e diversificação das instâncias participativas, em razão da complexidade dos interesses em jogo e da diversidade de grupos de interessados. Essa é a posição que determina a Constituição Espanhola quando, afastando-se de seu imediato precedente (o inciso 2 do art. 3 da Constituição Italiana de 1947, que se refere em concreto aos trabalhadores), promove a participação de “todos” os “cidadãos” (art. 9.2 da Constituição Espanhola), enquanto “interessados” (art. 129.1 Constituição Espanhola) na Seguridade Social.

## Notas

<sup>1</sup> Segundo Parada Vázquez (1993, p. 77-78), “o princípio de participação supõe que os cidadãos, à margem dos mecanismos próprios da democracia parlamentarista que lhes permitem dirigir as Administrações Públicas por meio dos seus representantes eleitos nos processos eleitorais, possuem outras vias diretas, imediatas, para gestionar os serviços públicos e para influir ou decidir os assuntos de competência dos mesmos. Nos termos expostos, a participação tem se mostrado nos últimos tempos como um remédio milagroso frente aos desvios burocráticos e autocráticos do Estado democrático. Tais perigos presumivelmente desapareceriam se os cidadãos interessados em cada setor ou serviço da Administração pudessem administrá-los, diretamente, sem intermediários políticos. Mas a participação assim configurada supõe um afastamento maior ou menor, mas em todo caso supõe um afastamento da classe política democraticamente eleita da direção dos serviços públicos... A solução desta velha antinomia entre o princípio constitucional da responsabilidade do Governo sobre o rumo dos serviços públicos e as imposições constitucionais de participação possuem alguns limites que não podem ser ignorados em nenhum caso... Um desses limites seria entender que os dirigentes dos serviços públicos não poderiam ser escolhidos pelos grupos de cidadãos diretamente afetados, sistema que contradiz o princípio da responsabilidade do Governo sobre o funcionamento da Administração. Assim, a entrega da gestão àqueles que não compareceram nos processos eleitorais não condiz com os princípios da responsabilidade política e de fiscalização do Parlamento”.

<sup>2</sup> De acordo com Torres del Moral (1985, p. 26-28): “O Anteprojeto de nossa Constituição fazia uma ampla e intensa recepção das formas de participação política direta, mas foi ostensivamente reduzido mediante emendas oportunamente consensuadas aos artigos (atuais) 87.3 e 92. O constituinte espanhol se encontrou com uns dados históricos que condicionaram fortemente sua opção. A conotação conservadora, autoritária e antipartidária das formas de participação direta se via reforçada por seu uso durante o regime anterior. Por isso, os grupos parlamentares do centro e da esquerda falaram da necessidade de consolidar o sistema parlamentar e dos partidos políticos, do cuidado de evitar que o Parlamento pudesse ver-se desautorizado e ficar em um segundo plano com ocasião dos referendos *abrogatório* e *aprobatório* (se o seu resultado é negativo) de leis aprovadas pelas Cortes. As conseqüências de delineamentos tão deficientes têm sido que a Constituição Espanhola termine admitindo a iniciativa popular, mas desfigurando-a e que, ainda admitindo o referendo em nível nacional, desnaturaliza-o ao torná-lo meramente consultivo”.

<sup>3</sup> De acordo com Sanchez Moron (1980, p. 241): “Na experiência comparada, pode-se encontrar duas fórmulas principais de organização da participação institucional orgânica: a fórmula representativa eletiva, que consiste na manifestação direta da vontade de um cidadão concreto, e a fórmula da representação de interesses que tende a co-responsabilizar mais diretamente os grupos sociais na gestão dos poderes públicos. Em princípio, a fórmula eletiva parece preferível, pois atribui uma maior independência ao representante, ao mesmo tempo em que arbitra o modo de manifestação direta da vontade do cidadão concreto; enquanto a forma de representação de interesses é mais integradora, uma vez que tende a co-responsabilizar diretamente as organizações sociais na gestão”.

<sup>4</sup> Segundo Sanchez Moron (1979, p. 26-27): “A participação interna consiste na intervenção dos que trabalham no âmbito da Administração Pública, no processo de formação da decisão administrativa. É a participação dos funcionários e/ou trabalhadores a serviço da administração. Como exemplo de participação interna, poderíamos mencionar a participação do artigo 39 da Lei 9/1987, de 12 de maio sobre os direitos de representação e negociação dos funcionários públicos. É obvio que se trata de uma intervenção em defesa dos próprios interesses destes trabalhadores e não da intervenção sobre aspectos da atividade funcional. Em contrapartida, a participação externa em seu sentido mais amplo se refere à intervenção dos indivíduos e grupos sociais externos à organização administrativa nas funções, decisões e atividades formalmente consideradas como administrativas. Os aspectos que se apresentam são muitos: o enfoque ideológico do tema; a distinção entre as diversas categorias de trabalhadores administrativos e seu estatuto jurídico; sujeitos participantes, individuais ou coletivos – sindicatos ou associações de funcionários; as formas de intervenção; os perigos do corporativismo, etc.”.

<sup>5</sup> Segundo Parada Vázquez (1993, p. 118): “uma novidade substancial da nova regulação é que se impõe uma classificação, um duplo regime jurídico dos órgãos colegiados. Em efeito, a lei distingue o regime jurídico dos órgãos colegiados que poderíamos denominar órgãos colegiados comuns, do regime dos órgãos colegiados em que “participam organizações representativas de interesses sociais (e econômicos), assim como aqueles compostos por representantes de Administrações distintas”. O primeiro efeito de tal divisão é que, enquanto os órgãos colegiados comuns integrados por autoridades e funcionários de uma mesma Administração se inserem na estrutura hierárquica de cada Administração – ainda que possam ser órgãos sujeitos a uma hierarquia debilitada, como é o caso dos órgãos colegiados que exercem funções consultivas –, os órgãos em que se inserem membros com uma representação de interesses ou de outra Administração “ficam integrados na Administração”.

Pública que corresponda, ainda que sem participar na estrutura hierárquica desta, salvo que assim estabeleçam suas normas de criação”.

### Referências

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. A participação do administrado nas funções administrativas. *Revista de Seguridad Social*, Madri, n. 4, p. 14, 1979.
- GONZALO GONZALEZ, B. A participação dos interessados na gestão da seguridade social espanhola. *Revista de Seguridad Social*, Madri, n. 5, p. 14, 1980.
- PARADA VÁZQUEZ, R. *Direito administrativo*. 4. ed. Madrid: M. Pons, 1993. 2 v.
- \_\_\_\_\_. *Regime jurídico das administrações públicas e procedimento administrativo comum*. Madrid: M. Pons, 1993.
- SANCHEZ MORON, M. *A participação do cidadão na administração pública*. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1980.
- \_\_\_\_\_. Sobre o conceito de participação na administração pública. *Revista de Seguridad Social*, Madri, n. 4, p. 26-27, 1979.
- TOROLLO GONZALEZ, Francisco Javier. Aspectos problemáticos da representação das associações empresariais. *Revista Espanola de Derecho del Trabajo*, Madri, n. 44, p. 765, 1990.
- TORRES DEL MORAL, A. *A participação política através das instituições de democracia direta na participação*. Lleida: Facultad de Dret, 1985.

# Planos de saúde e planos-referência

Considerações sobre uma eventual alteração da Lei nº 9.656/1998

Leandro Martins Zanitelli

## Sumário

Introdução. 1. O plano-referência na Lei nº 9.656/1998. 1.1. A situação dos planos de saúde antes da Lei nº 9.656/1998 e o plano-referência. 1.2. Os efeitos indesejáveis. 1.2.1. O obstáculo a transações Pareto-eficientes. 1.2.2. A seleção adversa. 2. O plano-referência básico. 2.1. O incentivo às transações. 2.2. O combate à seleção adversa. 2.3. Múltiplos planos-referência e informação. Considerações finais.

## Introdução

Uma das principais medidas reguladoras dos contratos de plano de saúde<sup>1</sup> instituídas pela Lei nº 9.656/1998 é a que impõe o plano-referência, um plano a ser obrigatoriamente oferecido pelas operadoras aos consumidores (art. 10, § 2º).

O plano-referência é previsto no art. 10 e inclui

“cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei (...)”<sup>2</sup>.

Leandro Martins Zanitelli é Professor na Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter); Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

No art. 12, descreve-se mais detalhadamente a cobertura propiciada pelo plano-referência nos segmentos ambulatorial (art. 12, I), hospitalar sem obstetrícia (art. 12, II) e hospitalar com obstetrícia (art. 12, III), permitindo-se às operadoras comercializar planos que abranjam apenas um ou alguns desses segmentos<sup>3</sup>. Entre as características do plano-referência<sup>4</sup> indicadas pelo mesmo artigo, estão a cobertura de consultas médicas em número ilimitado (no segmento ambulatorial) e de internação hospitalar, inclusive em centro de terapia intensiva, sem limite de tempo ou valor (no segmento hospitalar).

Hoje, passados já alguns anos da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, a adoção do plano-referência pode ser causa de uma aparente crise do setor de saúde suplementar. Em fevereiro de 2006, o presidente da ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina de Grupo), Arlindo Almeida, informou que a quantidade de consumidores de planos de saúde no Brasil sofreu redução de cinco milhões nos últimos seis anos (PLANOS, 2006, p. 11).

Embora distintos, dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) também não são animadores. De acordo com a ANS, o número de consumidores de planos de saúde teve baixo crescimento entre 2000 e 2005<sup>5</sup>. Além disso, o percentual de contratantes associados a planos coletivos é significativamente superior entre os contratos sujeitos à Lei nº 9.656/1998 (ANS 2005: 14)<sup>6</sup>, o que sugere uma debilidade no mercado de planos individuais e familiares<sup>7</sup>. Em janeiro de 2006, esses planos deixaram de ser comercializados pelas seguradoras Bradesco Saúde e SulAmérica (SEGURADORAS, 2006, p. 18).

Outro fato a levar em conta é o do ainda numeroso contingente de beneficiários com contratos não submetidos às regras da nova lei, de 40,1% em setembro de 2005 (ANS 2005: 14). Embora esse número tenha sofrido um decréscimo substancial nos últimos anos (era de 70,7% em dezembro de 2000),

isso se deve, em parte, à contratação de plano de saúde por indivíduos que não dispunham de cobertura no período anterior à vigência da Lei nº 9.656/1998. Entre os consumidores vinculados a contratos antigos, é grande, portanto, o percentual dos que se recusaram a “migrar” ou adequar seus contratos<sup>8</sup> ao regime da nova lei<sup>9</sup>. O principal empecilho à “migração” ou adequação dos contratos, como se sabe, é o aumento do prêmio.

Admitindo-se que a legislação aplicável aos planos de saúde mereça aperfeiçoamento, o objetivo deste trabalho é examinar as possíveis vantagens e os riscos de uma alteração das disposições da Lei nº 9.656/1998 acerca do plano-referência. A mudança a ser considerada consistiria na adoção de um segundo plano-referência, o plano-referência básico, com cobertura reduzida em relação ao plano-referência atual, que passaria a se designar como plano-referência avançado.

A proposta a ser examinada se encontra, sem dúvida, entre as que almejam a uma “flexibilização”<sup>10</sup> do setor de saúde suplementar, embora esteja longe de acarretar o retorno à situação anterior à edição da Lei nº 9.656/1998. Isso porque, primeiro, não admite toda e qualquer restrição de cobertura, mas apenas as que se coadunem com o plano-referência básico<sup>11</sup>. Em segundo lugar, porque permite às operadoras a oferta de apenas três modalidades de plano (em cada um dos segmentos já definidos pela legislação): o plano-referência básico, o plano-referência avançado e os planos com cobertura superior à do plano-referência avançado. Planos “intermediários”, com cobertura superior à do plano básico e inferior à do plano avançado, são vedados.

A primeira parte do artigo é dedicada ao plano-referência previsto pela Lei nº 9.656/1998, tratando de descrever as vantagens proporcionadas ao mercado de planos de saúde por sua adoção, bem como as causas da aparente crise com ele relacionadas. Na segunda parte, apontam-se os possíveis be-

nefícios advindos de um segundo plano-referência (o plano-referência básico) e os riscos que a mudança legislativa acarretaria.

### 1. O plano-referência na Lei nº 9.656/1998

A primeira seção faz um levantamento das vantagens do regime instituído pela Lei nº 9.656/1998 sobre a situação legislativa anterior. Na seção seguinte, indicam-se alguns inconvenientes das normas em vigor.

#### 1.1. A situação dos planos de saúde antes da Lei nº 9.656/1998 e o plano-referência

Antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, as restrições à liberdade de estipulação contratual na área dos planos de saúde só encontravam amparo legal no Código do Consumidor (CDC - Lei nº 9.656/1998). Entre as disposições desse Código (Cf. MARQUES, 1996), merecem referência as relativas ao princípio da boa-fé (art. 4º, III), à interpretação contratual (art. 47: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”), às cláusulas contratuais abusivas (art. 51) e aos contratos de adesão, em especial a do art. 54, § 4º (segundo a qual “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”).

A falta de normas que regulassem exclusivamente os contratos de plano de saúde e de ação governamental para controle do conteúdo desses contratos se revelava desvantajosa para os consumidores. Uma queixa comum estava ligada à recusa de cobertura pelas operadoras. As situações encontradas eram de duas espécies<sup>12</sup>: 1) recusa baseada em cláusula contratual específica e inequívoca (ainda que, muitas vezes, redigida com “letras miúdas”), como, por exemplo, cláusula que estipulava largo prazo de carência em relação a internações hospitalares (LOPES 1998, p. 149); e 2) recusa baseada em cláusula contratual acentuadamen-

te genérica (por exemplo, a que afastava cobertura para o tratamento de doenças infecto-contagiosas [LOPES 1998, p. 150]) ou vaga (por exemplo, cláusulas alusivas a doenças “crônicas” ou “genéticas” [MARQUES, 1996, p. 79]).

Às duas situações se associava uma série de prejuízos:

a) informação imperfeita dos consumidores; o contrato era realizado sem que o consumidor dispusesse de plena informação sobre a cobertura oferecida, seja por não atentar para disposições contratuais restritivas contidas entre as inúmeras cláusulas do contrato (situação “1”), seja em virtude do sentido impreciso ou demasiadamente genérico de algumas dessas cláusulas (situação “2”);

b) custos judiciais; não havendo órgão governamental especialmente encarregado da regulação do setor de saúde suplementar, a via mais adequada ao consumidor informado com a recusa de cobertura era, na maior parte das vezes, o Poder Judiciário;

c) insegurança jurídica; enquanto as cláusulas de conteúdo duvidoso podiam, sem maior hesitação, ser interpretadas em favor do consumidor (CDC, art. 47), as de sentido claro, ainda que genérico, só deixavam de se aplicar quando consideradas nulas ou inexistentes. Como as cláusulas de contratos de planos de saúde, à luz do art. 51 do CDC, não eram, muitas vezes, flagrantemente ilegais (um dos dispositivos freqüentemente invocados era o do art. 51, IV, ele próprio bastante vago<sup>13</sup>), a jurisprudência acerca da oponibilidade de certas cláusulas nem sempre se mostrou uníssona<sup>14</sup>.

Os três inconvenientes descritos correspondem a falhas de mercado. A informação imperfeita dos consumidores é causa de ineficiência, não só por levá-los a celebrar acordos insatisfatórios, como porque desincentiva a oferta de coberturas mais amplas pelas operadoras. Como o consumidor, devido à falta de informação, não distingue contratos com maior e menor cobertura, as operadoras são estimuladas a celebrar apenas

os contratos da última espécie (KOROBKIN 1999, p. 27-44). Assim, os que desejem dispor de seguro contra um maior número de riscos não o conseguirão. A necessidade de ir a juízo, por sua vez, faz subir os custos de transação<sup>15</sup> associados aos contratos de planos de saúde. Finalmente, a insegurança jurídica, além de incentivar a litigância, dando causa ao aumento dos custos judiciais, eleva os riscos que o contrato oferece para ambas as partes.

Essas falhas de mercado foram enfrentadas pela Lei nº 9.656/1998 da seguinte maneira:

a) como medidas aptas a reduzir o nível de desinformação dos consumidores acerca dos contratos de planos de saúde, devem ser citadas, além da adoção do plano-referência em si mesma, as que trataram de definir de forma precisa a cobertura mínima correspondente a esse plano. Com o plano-referência, são estabelecidos direitos de que dispõe (em cada um dos segmentos) qualquer beneficiário de plano de saúde. A padronização do regime a que estão submetidos os contratos reduz o número de informações a serem obtidas a seu respeito. Fica, assim, mais fácil para os consumidores adquirir informação adequada, seja a partir da leitura da própria lei, seja por intermédio de “cartilhas” de direitos confeccionadas para o esclarecimento da população em geral. À indeterminação de algumas cláusulas encontradas em contratos anteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998 se contrapõe a descrição, um tanto quanto precisa, da cobertura proporcionada pelo plano-referência (arts. 10 e 12), bem como a atribuição à ANS de competência para instituir normas que detalhem essa cobertura (art. 10, §§ 1º e 4º<sup>16</sup>);

b) é evidente que a nova lei não eliminou, de todo, o risco de disputas judiciais envolvendo planos de saúde. Algumas das suas disposições, não obstante, servem para evitar o uso da via judicial, contribuindo, desse modo, para a redução dos custos de transação. As mais importantes são a do art.

9º, que submete as cláusulas dos contratos de planos de saúde ao exame prévio da ANS, e a do art. 25, que sujeita as operadoras a sanções administrativas que vão da advertência à retirada da autorização para o exercício da atividade. A aplicação dessas sanções também cabe à ANS (Lei nº 9.961/2000, art. 4º, XXX);

c) o plano-referência e a competência dada à ANS para instituir normas regulamentadoras das exigências de cobertura mínima previstas pela Lei nº 9.656/1998 previnem dúvidas acerca da cobertura oferecida pelos contratos. Proporcionam, portanto, maior segurança jurídica.

Conclui-se, assim, que o plano-referência dos arts. 10 e 12 da Lei nº 9.656/1998, juntamente com outras disposições regulatórias, logrou atenuar ou suprimir diversas falhas do mercado de saúde suplementar. As mesmas inovações legislativas, não obstante, podem estar associadas a algumas dificuldades atuais desse mercado. É do que se tratará na próxima seção.

### *1.2. Os efeitos indesejáveis*

Entre os efeitos indesejáveis do plano-referência, podem ser apontados, sobretudo: a) o de impedir transações Pareto-eficientes; e b) a seleção adversa. Esses efeitos são comentados a seguir.

#### *1.2.1. O obstáculo a transações Pareto-eficientes*

Ao estabelecer o plano-referência, a Lei nº 9.656/1998 vedou a realização de contratos que propiciassem cobertura inferior à desse plano (art. 12, *caput*). Como ocorre, em regra, com disposições de restrição à liberdade contratual, a consequência dessa medida é impedir a realização de transações Pareto-eficientes<sup>17</sup>. No caso do art. 12 da Lei nº 9.656/1998, essas transações são as que envolveriam operadoras e consumidores interessados em obter cobertura inferior à do plano-referência.

Para ilustrar, considere-se que *X*, um consumidor, queira firmar um contrato de pla-

no de saúde. No segmento pretendido por X, o plano de saúde mais barato custa \$ 100 mensais e oferece a cobertura mínima legalmente exigida. X, entretanto, está disposto a pagar um prêmio máximo de \$ 75 mensais. Por ser jovem e saudável, é pequeno o risco de que ele tenha de se submeter, em curto prazo, a algumas das formas de tratamento cobertas pelo plano-referência. X sabe disso e gostaria, portanto, de contar com uma cobertura menor do que a desse plano por um preço mais baixo, igual ou inferior a \$ 75.

Como se percebe facilmente, nas circunstâncias atuais, X não fará contrato algum. Imagine-se, agora, que uma mudança na legislação permita às operadoras comercializar um plano com a cobertura que X deseja, e que esse plano seja oferecido por \$ 60 mensais. Supondo-se que o plano seja vantajoso para a operadora, a alteração dará lugar a uma transação Pareto-eficiente. X também ganhará, pois pagará \$ 60 por uma cobertura para a qual dá um valor maior (\$ 75).

### 1.2.2. *A seleção adversa*

Designa-se como seleção adversa a realização de contratos de seguro por pessoas sujeitas a risco superior ao da média dos segurados, bem como a desistência de contratar pelas de risco inferior à média. À falta de algo que conduza a uma situação de equilíbrio, a seleção adversa pode se manter até a eliminação do mercado (o que se conhece como “espiral da morte”). A procura do seguro por indivíduos de alto risco acarreta a elevação dos prêmios, o que, por sua vez, estimula os de baixo risco a abandonar o mercado, provocando novo aumento de preços. O número de segurados se reduz, assim, progressivamente.

É costume atribuir a seleção adversa à assimetria informativa. Como as seguradoras não dispõem, ao contratar, de total informação a respeito das condições dos segurados, não conseguem distinguir indivíduos de alto e baixo risco. Acabam, então, exigindo prêmios idênticos para os dois grupos. Uma vez que, em contrapartida, os con-

sumidores conhecem sua situação, a tendência é a de o seguro parecer vantajoso apenas aos de maior risco<sup>18</sup>.

Em mercados sujeitos à regulação, à assimetria informativa podem se juntar outras causas de seleção adversa. Entre essas causas, é de citar, no que se refere aos planos de saúde brasileiros<sup>19</sup>, além dos limites legalmente instituídos à recusa de contratar e à variação de preços em razão da idade ou das condições de saúde do consumidor, o plano-referência.

Desse modo, mesmo que a operadora reúna informações sobre o risco enfrentado pelo consumidor, devido à idade avançada ou a doença preexistente à celebração do contrato, não pode (ou pode apenas em pequena medida) se valer de tais informações para prevenir seleção adversa. Além de obrigar à realização do contrato (Lei nº 9.656/1998, art. 14), a legislação impõe restrições às variações de preço em virtude da idade (art. 15<sup>20</sup>); proibindo-as para os consumidores com mais de 60 anos (art. 15, parágrafo único). No que se refere às doenças preexistentes, a exclusão de cobertura é admitida apenas nos 24 primeiros meses (art. 11<sup>21</sup>). Todas essas disposições, aliadas à amplitude da cobertura oferecida pelo plano-referência, favorecem a procura de plano de saúde pelos consumidores de maior risco (idosos e indivíduos com problemas de saúde).

## 2. *O plano-referência básico*

A segunda e última parte tem como objetivo determinar em que medida a permissão à comercialização de um outro plano-referência, o plano-referência básico, com cobertura inferior à do atual, poderia fazer frente às dificuldades descritas ao final da parte anterior. Pretende-se, também, considerar os riscos advindos da mudança cogitada.

### 2.1. *O incentivo às transações*

Tal como visto acima (1.2.1), a legislação atual inibe a realização de contratos entre

as operadoras e consumidores interessados em contar com cobertura inferior à do plano-referência por um preço menor do que o mínimo hoje exigido. A oferta do plano-referência básico satisfaria a alguns desses consumidores<sup>22</sup>, levando-os a celebrar transações Pareto-eficientes.

Para propiciar um ganho significativo em bem-estar, no entanto, a comercialização do plano-referência básico teria de se dar a preços mais baixos do que os ora adotados para o plano-referência. Em uma situação de concorrência perfeita, isso fatalmente ocorreria. No mercado de saúde suplementar brasileiro, porém, a queda dos preços talvez dependesse da ação regulatória. Uma solução, por exemplo, seria fixar um preço máximo para o plano-referência básico, correspondente a um percentual do preço definido atualmente para o plano-referência.

## 2.2. O combate à seleção adversa

Com o plano-referência, a atual legislação incita à seleção adversa ao fazer com que a contratação de plano de saúde, em razão da ampla cobertura e dos elevados preços, mostre-se vantajosa sobretudo aos consumidores de maior risco. Qual seria a conseqüência, a tal respeito, da permissão à oferta do plano-referência básico?

Pode-se tentar estabelecer, em primeiro lugar, se a comercialização do plano-referência básico, juntamente com a do plano-referência previsto hoje em dia (o plano-referência avançado), conduziria ao que se chama de equilíbrio com separação de contratos (ALVES, 2004, p. 3-5)<sup>23</sup> (ou equilíbrio separador).

Obtém-se o equilíbrio separador quando consumidores em variada situação de risco são adequadamente estimulados a realizar contratos diversos. Suponham-se dois grupos de consumidores, os de tipo 1 (consumidores menos sujeitos ao risco ou “bons riscos”) e os de tipo 2 (consumidores de maior risco ou “maus riscos”), aos quais sejam oferecidos dois contratos, um com

preço baixo e cobertura reduzida (contrato *c1*) e outro com preço alto e cobertura ampla (contrato *c2*). Se os consumidores de determinado tipo são levados a realizar o mesmo contrato (por exemplo, consumidores do tipo 2, atraídos pela “generosa” cobertura, escolhem *c2*), diferente do preferido pelos consumidores do outro tipo (consumidores do tipo 1 optam por *c1* em virtude do preço), chega-se a um equilíbrio<sup>24</sup>.

O equilíbrio com separação de contratos depende, no entanto, de que os consumidores componentes de cada grupo não sejam demasiado heterogêneos quanto ao risco (Cutler e Zeckhauser 1997: 4). Imagine-se que, entre os do tipo 2, haja alguns em situação de risco bem mais grave (por exemplo, consumidores com fibrose cística) do que a dos demais. Tendo em vista que o prêmio no contrato *c2* é calculado segundo o custo médio estimado do seguro a pagar ao “mau risco”, os indivíduos de tipo 2 cuja situação seja significativamente melhor do que a média de seus congêneres são incentivados a mudar para *c1*. Como tais indivíduos têm risco superior aos de tipo 1, a referida “migração” constitui seleção adversa.

Assim, admitindo-se que as coberturas do plano-referência básico e do plano-referência avançado correspondam, respectivamente, às de *c1* e *c2* no modelo recém-descrito, a alteração legislativa cogitada, no que respeita à eliminação da seleção adversa, pode se mostrar inócua. Se, além dos consumidores jovens e com boa saúde, outros com risco superior à média (isto é, os consumidores de tipo 2 do modelo) optarem pelo plano-referência básico<sup>25</sup>, a seleção adversa permanecerá<sup>26</sup>.

À medida que a comercialização do plano-referência básico se revele mais vantajosa, outro perigo a considerar é o de que as seguradoras adotem medidas de incentivo à escolha desse plano, o que, como recém-observado, pode dar causa à seleção adversa caso atraia para a mesma carteira segurados em diferente situação de risco. A so-

lução para tal problema pode ser alcançada por meio de alguma técnica de ajustamento de risco<sup>27</sup>.

### 2.3. Múltiplos planos-referência e informação

Como visto acima, uma das vantagens da Lei nº 9.656/1998 foi a de dar ensejo a que consumidores se informem mais adequadamente acerca dos contratos de planos de saúde. Devido às exigências respeitantes ao plano-referência, os contratos praticados pelas diferentes operadoras passaram a se assemelhar em grande medida. Essa “padronização” reduziu a quantidade de informações disponíveis aos consumidores, facilitando a comparação entre planos e a escolha da oferta mais vantajosa<sup>28</sup>.

No que respeita à informação, portanto, qualquer medida que conduza a um aumento da variedade de planos disponíveis se mostra indesejável. Quanto mais numerosos são os fatores de comparação, isto é, as características (preço, nível de cobertura ambulatorial, hospitalar, etc.) dos “produtos” a serem comparados, maior é a chance de o consumidor limitar sua atenção a algumas das informações relevantes (por exemplo, as informações sobre preço), desconsiderando as demais<sup>29</sup>.

A esse respeito, é importante salientar que o dano provocado pela adoção do plano-referência básico seria menor do que o decorrente de outras medidas de “flexibilização” do mercado de planos de saúde. Como as operadoras não seriam livres, de acordo com a proposta aqui examinada, para oferecer planos com cobertura intermediária (isto é, superior à do plano-referência básico e inferior à do plano avançado), a padronização de contratos observada a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998 seria, em um grau considerável, preservada.

### *Considerações finais*

Constatou-se que a admissão do plano-referência básico, embora não isenta de riscos e inconvenientes, pode ser benéfica a

operadoras e consumidores (atuais e potenciais) de planos de saúde. Como ressalva, observe-se que ainda seria preciso detalhar a cobertura correspondente ao plano-referência básico, bem como examinar mais cuidadosamente certos pontos aos quais apenas se fez menção, tais como os relativos aos efeitos da modificação cogitada sobre os preços (considerando-se as características do mercado de planos de saúde brasileiro) e às eventuais medidas de ajustamento de risco.

### *Notas*

<sup>1</sup> Contratos de planos de saúde podem oferecer cobertura médica, odontológica ou ambas. Neste estudo, não são considerados os planos de cobertura exclusivamente odontológica.

<sup>2</sup> O mesmo art. 10 exclui do plano-referência a cobertura de: “I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II – procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, inclusive órteses e próteses para o mesmo fim; III – inseminação artificial; IV – tratamento de rejuvenescimento ou emagrecimento com finalidade estética; V – fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI – fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – (revogado); IX – tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pela autoridade competente; X – casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.”

<sup>3</sup> O plano odontológico (art. 12, IV) pode ser comercializado isoladamente ou em conjunto com um ou alguns dos demais segmentos. Às operadoras que mantenham apenas planos odontológicos é dispensada a oferta do plano-referência (art. 10, § 3º).

<sup>4</sup> Costuma-se designar como plano-referência o que envolve os segmentos ambulatorial e hospitalar com obstetrícia, distinguindo-se, portanto, o plano-referência dos planos de segmento admitidos pelo art. 12. Por comodidade, tratar-se-á como plano-referência neste trabalho qualquer um que inclua ao menos um dos três segmentos de que se compõe o plano-referência propriamente dito, desde que observadas as exigências legais estabelecidas para cada um deles.

<sup>5</sup> Os consumidores vinculados a contratos de plano de saúde chegam a 34.039.803 em dezem-

bro de 2000 e a 35.736.773 em setembro de 2005, um crescimento de 4,98% (ANS 2005: 10). Como um mesmo consumidor pode estar vinculado a mais de um contrato, o número de indivíduos amparados por plano de saúde em cada um dos anos é, provavelmente, inferior ao indicado.

<sup>6</sup> Nos contratos antigos, o percentual de beneficiários nos planos coletivos é de 45,5, contra 18,4 em planos individuais e familiares e 36,1 não informados. Entre os contratos alcançados pela Lei nº 9.656/1998 (incluindo-se aí os contratos anteriores a janeiro de 1999 e adequados ao regime da nova lei por decisão do segurado ou de seu empregador), os consumidores de planos coletivos são 74,9%, e os de planos individuais e familiares, 25,1%. Os dados são de setembro de 2005.

<sup>7</sup> Ressalve-se que a mencionada debilidade pode se dever a uma certa frouxidão da atividade regulatória concernente aos planos coletivos (sobretudo no que respeita à elevação dos prêmios e à denúncia do contrato), que reduziria o interesse das operadoras pela comercialização de planos individuais e familiares.

<sup>8</sup> Consumidores “migrantes” são os que já gozavam de cobertura e decidiram realizar um novo contrato após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998. A adequação dos contratos antigos consiste no acréscimo, modificação ou supressão de cláusulas contratuais com o fim de atender às exigências da nova lei, entre elas a da cobertura mínima correspondente ao plano-referência. A adequação implica ajuste de preço e também depende de decisão do consumidor.

<sup>9</sup> O dados veiculados pela ANS (2005) não permitem determinar, entre os consumidores com contratos “novos” (59,9% do total em setembro de 2005), quantos são consumidores migrantes ou que decidiram pela adequação de seus contratos e quantos contrataram plano de saúde pela primeira vez depois de janeiro de 1999.

<sup>10</sup> Uma proposta para a oferta de planos com cobertura reduzida foi apresentada pela ABRAMGE ao Ministério da Saúde no início de 2006 (PLANOS, 2006, p. 11). A proposta foi atacada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (“IDEC repudia proposta de criação de planos de saúde com coberturas reduzidas”, disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1090>>, acesso em: 05/07/2006).

<sup>11</sup> Não se pretende descrever em detalhe aqui que restrições seriam essas. Elas poderiam dizer respeito, apenas para exemplificar, à quantidade anual de consultas médicas, ao número de dias de internação hospitalar ou ao tratamento de certas doenças.

<sup>12</sup> Levantamento feito na década de 1990 (Lopes 1998) indicou que, de dezoito acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria

de planos de saúde, onze (isto é, 61,1%) versavam sobre recusa de cobertura.

<sup>13</sup> Lei nº 8.078/1990, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (...)”

<sup>14</sup> Cf. Lopes (1998, p. 149), citando decisões discordantes do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre cláusula estipulando prazo de carência de dezoito meses para cobertura por internação hospitalar. A cláusula que impõe limite de cobertura relativo ao tempo de internação, hoje tida, em geral, como abusiva (v. a súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça), foi, inicialmente, admitida pela jurisprudência. V. p. ex., as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70000424804 (5ª Câmara Cível, relator o Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. em 8/6/2000) e na Apelação Cível nº 599335387 (6ª Câmara Cível, relator o Des. Osvaldo Stefanello, j. em 1/3/2000).

<sup>15</sup> Custos de transação são os suportados para celebrar um contrato e fazê-lo valer. Custos judiciais são um exemplo de custo para a execução do contrato. A elevação dos custos de transação desestimula a realização de acordos mutuamente satisfatórios, dando causa, pois, à ineficiência.

<sup>16</sup> O art. 10, § 1º, encarrega a ANS de editar normas regulamentadoras das exclusões de cobertura. O § 4º do mesmo artigo atribui à Agência competência similar no que se refere à cobertura em geral, inclusive a de transplantes e procedimentos de alta complexidade.

<sup>17</sup> Uma transação é Pareto-eficiente quando melhora a situação de ao menos um indivíduo sem piorar a de mais ninguém.

<sup>18</sup> Em um artigo recente, Siegelman (2004) sugere que a seleção adversa talvez não se verifique tão frequentemente quanto em geral se pensa. Ele indica, em primeiro lugar, razões que podem levar o segurado a não avaliar seu próprio risco mais acuradamente do que a seguradora (por exemplo, o segurado pode não estar adequadamente informado sobre a sua situação ou ser incapaz de estimar com precisão o risco a que está sujeito a partir das informações que possui). Além disso, Siegelman levanta a hipótese de os consumidores de mais baixo risco serem, em média, mais avessos ao risco do que os demais. Em consequência, esses consumidores estariam dispostos a pagar prêmios mais altos (ou tão altos quanto os pagos pelos consumidores de maior risco), muito embora a menor probabilidade de se valerem do seguro.

No que respeita ao mercado de planos de saúde, as conclusões de Siegelman devem ser consideradas com cautela, pois pressupõem que as seguradoras estejam em condições de ajustar prêmios com base na avaliação sobre o risco que cada consumidor enfrenta, o que, no caso dos planos de saúde brasileiros, devido a restrições legais, só é correto em limitada medida. Além disso, a hipótese de que os indivíduos com menor risco sejam também, por seu temperamento, os mais avessos ao risco parece mais plausível para os riscos cuja verificação dependa grandemente do comportamento do segurado (como é o caso, por exemplo, dos riscos cobertos pelo seguro contra acidentes automobilísticos). Embora as condições de saúde estejam associadas a hábitos de vida, há um sem-número de doenças que não se pode evitar, de maneira que, se houver alguma relação entre a aversão ao risco no seguro de saúde e a chance de fazer uso da cobertura, tal relação é, certamente, mais tênue do que em outras espécies de seguro.

<sup>19</sup> Os estudos de Andrade e Maia (2005) e Alves (2004) sobre a ocorrência de seleção adversa no mercado de planos de saúde brasileiro se baseiam em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, Suplemento Saúde, de 1998. Não permitem, portanto, verificar os efeitos da Lei nº 9.656/1998 sobre esse mercado.

<sup>20</sup> Aos contratos celebrados a partir de 1º/1/2004 aplica-se a Resolução Normativa nº 63/2003 da Diretoria Colegiada da ANS. Essa Resolução estabelece dez faixas etárias para ajuste da prestação, sendo a primeira a dos 0 a 18 anos, e a última a dos 59 anos ou mais (art. 2º), determinando que o prêmio previsto para a última faixa não pode ser seis vezes superior ao da primeira (art. 3º, I). Além disso, a variação verificada a partir da sétima faixa (isto é, para consumidores com 44 anos ou mais) não pode ser maior do que estipulada para as seis primeiras (art. 3º, II).

<sup>21</sup> Constatada a doença antes da celebração do contrato, o art. 4º da Resolução nº 2/1998 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), modificando pela Resolução nº 15/1999 do mesmo órgão, permite ao consumidor optar entre a cobertura parcial temporária, isto é, a exclusão de cobertura relacionada à doença preexistente pelo período máximo de 24 meses, e o agravado, pagamento de um prêmio adicional (exigível também pelo período máximo de 24 meses) que dá direito à cobertura integral.

<sup>22</sup> A modificação não seria suficiente para atrair ao mercado de saúde suplementar consumidores dispostos a pagar um prêmio máximo inferior ao que seria estipulado para o plano-referência básico.

<sup>23</sup> Alves (2004, p. 3-5); Barros (2005, p. 175). A teoria do equilíbrio separador é atribuída a Rothschild e Stiglitz (1976).

<sup>24</sup> Embora previna a seleção adversa, o equilíbrio separador impede os consumidores de tipo 1 (os “bons riscos”) de obter toda a cobertura que gostariam pelo preço atuarialmente justo, isto é, pelo preço correspondente ao risco a que esses consumidores estão sujeitos.

<sup>25</sup> Em um mercado não regulado, na hipótese de abandono do plano-referência avançado por um número elevado de consumidores, ter-se-ia como resultado uma acentuada alta do prêmio exigido por esse plano (já que a tendência seria a de restarem entre os segurados cobertos pelo plano avançado os indivíduos mais propensos a adoecer) ou até o seu desaparecimento. Isso é evitável por meio de um controle de preços, que previniria a “migração” de consumidores em larga escala.

<sup>26</sup> Talvez seja conveniente indagar o quanto o modelo de equilíbrio com separação de contratos se aproxima do que se verificaria no mercado de planos de saúde brasileiro caso se instituisse o plano-referência básico. A questão se relaciona com saber se a seleção adversa constitui, de fato, uma séria ameaça a esse mercado. Em outras palavras, trata-se de estabelecer em que medida a propensão a adoecer determina a contratação de plano de saúde e o nível de cobertura escolhido. Tanto a teoria da seleção adversa quanto o modelo do equilíbrio separador pressupõem que a informação sobre o risco influa sobre a decisão do consumidor de modo significativo. Por isso, espera-se que a assimetria informativa provoque seleção adversa, ou que contratos com preço e cobertura diversos atraiam consumidores em diferente situação de risco. No que respeita aos planos de saúde brasileiros, entretanto, é plausível supor que a renda do consumidor, ao invés da situação de risco, constitua o principal fator para a decisão de contratar. A se confirmar tal suposição, a escolha entre os planos-referência básico e avançado não se faria da maneira prevista pelo modelo do equilíbrio separador.

<sup>27</sup> O ajustamento de risco se destina, tradicionalmente, a evitar que seguradoras se esforcem por atrair apenas consumidores em boa situação de risco. Ele consiste em oferecer às seguradoras uma compensação pelos “maus riscos” encontrados em suas carteiras. Cf. Barros (2005, p. 288); Lee e Rogal (1997).

<sup>28</sup> Um problema que persiste é o da informação relativa à qualidade das prestações de saúde realizadas a cargo de cada operadora. A padronização de contratos facilita a comparação quanto a preços e níveis de cobertura oferecidos, mas não, de um modo geral, a que se refere à qualidade dos serviços prestados, a qual, em boa medida, só é verificável após a celebração do contrato.

<sup>29</sup> É o que se designa como “tomada de decisão seletiva” (*selective decisionmaking*). Cf. Korobkin (2003, p. 1.226-1.229).

## Referências

- ALVES, Sandro Leal. *Estimando seleção adversa em planos de saúde*. São Paulo: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2004. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A098.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2006.
- ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina. A seleção adversa no sistema de saúde suplementar brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Estudos em métodos quantitativos aplicados à defesa da concorrência e à regulação econômica*. Brasília: Secretaria de Direito Econômico, 2005.
- KOROBKIN, Russell. Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability. *Chicago Law Review*, Chicago, v. 70, 2003.
- \_\_\_\_\_. The efficiency of managed care “patient protection” laws: incomplete contracts, bounded rationality, and market failure. *Cornell Law Review*, New York, v. 85, 1999.
- LEE, Carole; ROGAL, Deborah. *Risk adjustment: a key to changing incentives in the health insurance market*. Washington: Alpha Center, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima et al. Planos de saúde e consumidor: relatório de pesquisa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, 1998.
- MARQUES, Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, 1996.
- PLANOS de saúde perdem 5 milhões de clientes nos últimos 6 anos. *O Sul*, Porto Alegre, 15 fev. 2006.
- ROTHSCHILD, Michael; STIGLITZ, Joseph E. Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. 80, 1976.
- SEGURADORAS abandonam o ringue. *Zero Hora*, Porto Alegre, 6 jan. 2006.
- SIEGELMAN, Peter. Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, 2004.

# O pensamento político de Maquiavel

Antonio de Freitas Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. A busca da *verità effettuale*. 3. A natureza humana para Maquiavel. 4. Predestinação e livre arbítrio. 5. Os fins justificam os meios? 6. Conclusão.

*“O destino determinou que eu não saiba discutir sobre a seda, nem sobre a lã; tampouco sobre questões de lucro ou de perda. Minha missão é falar sobre o Estado. Será preciso submeter-me à promessa de emudecer, ou terei que falar sobre ele”.*

Carta de Maquiavel a Francesco Vettori, Embaixador florentino em Roma, em 1513.

## 1. Introdução

Quando o florentino Niccolò di Bernardo Machiavelli nasceu, em maio de 1469, sua Itália estava desfigurada. Dividida e dominada por potências estrangeiras, a Itália não existia como Estado nacional. Como uma colcha de retalhos, estava dividida em verdadeiros feudos dominados pelo Papa, pelos Médicis, pelos Aragão e invadida por Carlos VIII da França.

Crescendo nesse universo, o jovem Maquiavel tinha um sonho. O sonho de um dia ver sua Itália unificada, sob um governo forte, capaz de pacificar as dissensões existentes e sufocar a ambição dos aproveitadores de plantão, que, movendo-se tão-somente à custa dos próprios interesses, lançavam suas regiões em alianças com potências es-

Antonio de Freitas Júnior é Doutor em Direito pela Universidade de Valência, Espanha. Procurador Federal, Brasil. Assessor Jurídico da Presidência da República, Brasil. Professor da Faculdade NOVAFAPI. Pesquisador do Instituto *Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal – INAUACO*, Espanha, e do *Instituto de Iberoamérica y el Mediterráneo – IBEM*, Espanha.

trangeiras contra outras cidades e regiões dentro da península itálica.

Apesar de não possuir uma família nobre ou rica, Maquiavel recebeu uma excelente educação clássica e, na infância, já dominava a retórica greco-romana, bem como redigia em latim.

Como era de se esperar, Maquiavel ocupou postos de destaque em Florença, mas com a vitória dos Médicis, em 1512, foi forçado a abandonar seu cargo, além de ser preso e torturado. Durante esse exílio político, Maquiavel escreve suas principais obras políticas: *O Príncipe*, entre 1512 e 1513; *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*, entre 1513 e 1519; *A arte da guerra*, entre 1519 a 1520. Escreve, ainda, a comédia *A Mandrágora* e a biografia de Castruccio Castracani, além de ensaios literários e poesias. Sua última obra foi *História de Florença*, escrita entre 1520 e 1525. Maquiavel falece em 1527.

Entretanto, o nome Maquiavel desperta até hoje uma idéia que supera os muros estritamente acadêmicos e invade o imaginário coletivo. Derivações de seu nome existem e são usadas com frequência nos meios de comunicação, como se depreende das expressões *maquiavélico* e *maquiavelismo*, ambas de significado bastante pejorativo.

Norberto Bobbio (1995, p. 738), em seu Dicionário de Política, interpreta o verbete *maquiavelismo* como:

“É uma expressão usada especialmente na linguagem ordinária para indicar um modo de agir, na vida política ou em qualquer outro setor da vida social, falso e sem escrúpulos, implicando o uso da fraude e do engano, mais que da violência. ‘Maquiavélico’ é considerado, em particular, aquele que quer se mostrar como homem que inspira sua conduta ou determinados atos por princípios morais e altruísmo, quando, na realidade, persegue fins egoísticos. Esta expressão constitui, portanto, na linguagem ordinária, uma prova da reação que a doutrina de Maquiavel suscitou e con-

tinua suscitando na consciência popular, e da tendência que considera essa doutrina como imoral.

Esta expressão, além disso, pode ser usada também em sentido técnico, para indicar a doutrina de Maquiavel ou, mais genericamente, a tradição de pensamento baseada no conceito de Razão de Estado”.

Mas, quais foram os fatores que determinaram a associação do nome do pensador florentino a termos e expressões ligados a pensamentos tão mesquinhos e pejorativos? Por que a expressão *maquiavelismo* está associada à idéia de velhacaria, traição, astúcia, perfídia, falta de escrúpulos e imoralidade?

Muitos foram os fatores que ajudaram a popularizar a associação do nome de Maquiavel e suas acepções com tais idéias. A mais importante, nos parece, surgiu no momento em que sua principal obra, *O Príncipe*, foi condenada pela Igreja Católica. A obra foi publicada pela primeira vez em 1531, portanto após a morte de Maquiavel, com autorização do Papa Clemente VIII. Posteriormente, a Igreja Católica julgou-a “escrita pela mão do diabo” e, em 1557, o Papa Paulo IV denunciou o autor como “impuro e celerrado”, culminando com sua colocação no *Index*, pelo Concílio de Trento.

Na época da Reforma Protestante, os jesuítas imputaram a alcunha de “discípulos de Maquiavel” aos protestantes, tamanha era a antipatia da Igreja Católica para com o pensador florentino.

Ademais, o popular dramaturgo William Shakespeare, na época vitoriana, chamou Maquiavel de “The Murderous” e identificou-o com o diabo ao denominá-lo “old Nick”, entre outros dramaturgos como Marlowe. Na lição de Claude Lefort, citada por Maria Tereza Sadek (1996, p.13-14):

“... o maquiavelismo serve a todos os ódios, metamorfoseia-se de acordo com os acontecimentos, já que pode ser apropriado por todos os envolvidos em disputa. É uma forma de des-

qualificar o inimigo, apresentando-o sempre como a encarnação do mal”.

Assim, independentemente do conhecimento da obra do pensador florentino, seu nome e as variações dele são utilizados das mais variadas maneiras, sempre de forma pejorativa e relacionada à encarnação do mal, como leciona Claude Lefort (apud SADEK, 1996).

No Brasil, basta mencionar o destaque feito por Machado Paupério (1983, p. 92-93) em seus comentários sobre *O Príncipe*:

“O livro, porém, fez rápida fortuna e influenciou desde então não pequeno número de ‘líderes’ políticos. Napoleão, que assolou o século XIX, apareceu a muitos como a melhor realização do príncipe, segundo Maquiavel.

E Mussolini, num auto-elogio em que focaliza o florentino, escrito em 1924 (Prelúdio a Maquiavel), encontra no fascismo raízes maquiavélicas, afirmando estar no presente o maquiavelismo mais vivo que na época de seu aparecimento.

Mas qual é, afinal, o retrato do príncipe esboçado por Maquiavel?

O retrato do cinismo pragmático, por excelência, do governante”.

Em oposição a essa idéia, bastante difundida, surge em defesa de Maquiavel nomes da estatura de Rosseau, Spinoza e Hegel, que o consideram como o grande pensador da liberdade, pois, enquanto lecionava aos tiranos, na verdade Maquiavel ensinava ao povo a melhor maneira de não perder a liberdade.

Vilão ou herói, o certo é que com *O Príncipe* Maquiavel funda a Ciência Política e cria o emprego moderno do termo “Estado”, “universalmente consagrada pela terminologia dos tempos modernos e da idade contemporânea” (BONAVIDES, 1995, p. 62), “para indicar o que os gregos tinham chamado de *polis*, os romanos de *res publica*, e que um grande pensador político, o francês Jean Bodin, meio século depois de Maquiavel, chamará de *république*” (BOBBIO, 1994a, p. 81).

Afastando as idéias teocráticas de criação do Estado, bem como representando o Estado e o Poder como objetos da criação humana, Maquiavel demonstrou que a política é um objeto humano. Portanto, passível de manipulação e cálculo. Seu pensamento político, assim explicitado, representa a gênese da idéia do Estado nacional.

Nesse sentido, a lição de G.D.H. Cole (1987, p. 19-20) sintetiza as análises posteriores feitas sobre as idéias de Maquiavel a respeito de seu possível cinismo, bem como das sementes lançadas para a criação do Estado nacional:

“*El buscaba al pensamiento y a la acción políticas una base realista en los hechos de la conducta humana más que en las Escrituras o en principios morales apriorísticos. Si el resultado de ello fue un tanto cínico, se debe a que el autor de El Príncipe, siendo lo bastante fuerte para romper los ligámenes del pensamiento universal de su época, no fue lo bastante eficaz para encontrar en su mente un nuevo sistema de principios positivos. (...)*

*El Príncipe, de Maquiavelo, inistiendo en la idea del nacionalismo y abriendo perspectivas ilimitadas al poder secular, vino a ser manual secreto de los monarcas ambiciosos que se lanzaron a construir fuertes estados nacionales sobre las ruinas del imperio universal y de la iglesia universal”.*

## 2. A busca da verità effettuale

Rompendo com a tradição Antiga e Medieval que imaginava um Estado ideal toda vez que se falava sobre o Estado, Maquiavel escreveu sobre o Estado real. Seguindo os métodos de interpretação histórica desenvolvidos por Políbio e outros historiadores antigos, Maquiavel interpreta a realidade das coisas e não busca imaginar reinos fictícios. Destarte, a história é, para Maquiavel, o verdadeiro livro da vida, no qual o homem, verificando e conhecendo o passado, deve tirar as lições necessárias para prever o futuro de cada Es-

tado, bem como os sintomas e remédios eficazes, pois basta verificar sua eficácia, para as perturbações da ordem instalada.

A essa busca da realidade e não da ficção Maquiavel denominou busca pela *verità effettuale*, ou seja, a verdade efetiva do mundo. Por utilizar-se dessa metodologia, alguns críticos já o compararam com Galileu Galilei, que também se utilizou de semelhante metodologia nas ciências físicas.

Maquiavel, partindo da busca da *verità effettuale*, descobre os fatores transitórios e circunstanciais que existem nas diversas ordens estatais. E cria uma verdadeira “charada” para seus leitores e intérpretes. Toda vez que se lê Maquiavel, pensa-se algo diferente. O enigma maquiavélico é explicado por Maria Tereza Sadek (1996, p. 18-19) nas seguintes palavras:

“Tem-se sempre a sensação de que é necessário ler, reler, e voltar a ler a obra e que são infundáveis as suas possibilidades de formalização. Sua armadilha é atraente – fala do ‘poder’ que todos sentem, mas não conhecem. Porém, para conhecê-lo é preciso suportar a idéia da incerteza, da contingência, de que nada é estável e que o espaço da política se constitui e é regido por mecanismos distintos dos que norteiam a vida privada. E mais ainda: o mundo da política não leva ao céu, mas sua ausência é o pior dos infernos. Por outro lado, a forma que usa para expor suas idéias exige atenção. Não só porque recoloca e problematiza velhos temas, mas sobretudo porque rediscute-os incessantemente, obrigando o leitor a pôr sempre em xeque a primeira compreensão. Por isso, qualquer tentativa de sistematizar os escritos de Maquiavel é sempre provisória e sujeita a novas interpretações. Vale assim, para os seus escritos, a mesma metodologia que usava para ler a realidade e, afinal, de há muito sua obra deixou de ser apenas uma referência de erudição ilustrada.

Pelo que significa e tem significado nas práticas históricas é ela própria simultaneamente um monumento e um instrumento político, retornando sempre como um enigma complexo que só pode ser decifrado pela análise de sua presença concreta e sua ‘*verità effettuale*’”.

### 3. A natureza humana para Maquiavel

Contrariamente ao pensamento de Rousseau e Hobbes, a natureza humana, para Maquiavel, não significa necessariamente o bem. Para Maquiavel (1997, p. 107), os homens são geralmente “... ingratos, volúveis, simulados e dissimulados, covardes e gananciosos de ganhos”.

Analisando a história, Maquiavel extrai essas características da natureza humana, elementos da mais pura malignidade, e considera-os imutáveis. As paixões humanas geradas por tais características da sua natureza má os empurram para a discórdia e a anarquia. Daí concluir que o poder político deriva da pior parte da natureza humana, ou seja, de sua parte malévola.

Assim, além de uma filosofia da história, Maquiavel se utiliza de uma segunda ferramenta na construção de seu pensamento político: a psicologia humana.

É no estudo da história, aliado ao contato com os poderosos de seu tempo, que Maquiavel forma sua compreensão da psicologia humana, sintetizada na afirmação de que os homens são egoístas e ambiciosos e de que somente a lei poderia bloquear suas paixões.

Destarte, o governante que desejasse êxito deveria aliar o conhecimento da história à compreensão da natureza humana, pois, dessa maneira, conseguiria adiantar-se aos acontecimentos futuros e estaria melhor preparado para enfrentá-los.

### 4. Predestinação e livre arbítrio

Maquiavel acreditava que atividade política era algo dessacralizado, livre de dog-

mas e crenças na predestinação da vida humana. Para aqueles que acreditavam nessas idéias, o homem era mero brinquedo nas mãos do destino, ou seja, nas mãos de Deus. O destino seria traçado pela providência divina, cabendo ao homem ser uma mera vítima impotente desse destino divino.

Concordando em parte com tais idéias, Maquiavel imagina o homem político como senhor de, pelo menos, metade de seu destino, posto que agiria guiado exclusivamente pelo seu livre arbítrio. Maquiavel, assim, liberta o homem da passividade diante de seu destino, mostrando-lhe a possibilidade de interferir na história e no seu futuro.

Maquiavel denominou *fortuna* a metade da vida humana que não pode ser controlada pelo homem. E identificou-a não a algo terrível, mas a uma bondosa deusa, possuidora da honra, da riqueza, da glória, do poder, ou seja, possuidora de todos aqueles bens aos quais os homens naturalmente almejam. Destarte, por ser mulher, a *fortuna* precisava ser seduzida, e, para tanto, bastaria que se apresentasse um homem de virilidade e coragem inquestionáveis. Um homem possuidor de *virtù*. O homem de *virtù* é capaz de seduzir a deusa *fortuna*, porque sabe o momento exato, criado por esta, para agir com sucesso.

Assim, para Maquiavel (1997, p. 158-159), somente o homem de *virtù* poderá seduzir a *fortuna*:

“Acredito que é melhor ser impetuoso do que cauteloso, pois a sorte é uma mulher, sendo necessário, para dominá-la, empregar a força; pode-se ver que ela se deixa vencer pelos que ousam, e não pelos que agem friamente. Como mulher, é sempre amiga dos jovens – mais bravos, menos cuidadosos, prontos a dominá-la com maior audácia”.

Portanto, a combinação do modo de agir com as sutilezas de cada momento seria a chave da felicidade humana para Maquiavel, como leciona Carlos Estevam Martins (1996, p. 16-17):

“O necessário é manter-se à frente dos acontecimentos, procurando imprimir-lhes rumo e alternativas, dado que a ‘fortuna’ é um rio impetuoso e os homens devem prevenir-se com a edificação de diques e barragens. A vontade criadora não passa, assim, de um método para a ação, pois o agir humano está condicionado pela necessidade.

O carisma da ‘virtù’ é próprio daquele que se conforma à natureza de seu tempo, apreende-lhe o sentido e se capacita a realizar praticamente a necessidade latente nas circunstâncias”.

### 5. Os fins justificam os meios?

Uma das comprovações categóricas da imoralidade e falta de escrúpulos do pensamento maquiavélico, bastante usual, constituiu-se na afirmação de que “os fins justificam os meios”. Entretanto, para a maioria dos não leitores de Maquiavel, que se utilizam dessa afirmação para criticá-lo, o desconhecimento do real contexto em que foi prolatada tal sentença não os exime de erro. Maquiavel (1998, p. 93) afirmou categoricamente na obra *O Príncipe*: “Na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra a qual não há recursos, os fins justificam os meios”.

É necessário não esquecer o contexto da península itálica na época de Maquiavel e seu sonho de vê-la unificada e livre das potências estrangeiras que a dominavam e exploravam as divergências internas.

Diante dessa afirmação, para Maquiavel (1998), ao príncipe que unificasse a península itálica tudo seria permitido, pois, para a criação e manutenção do Estado, os homens o isentariam de toda a culpa pelo uso dos meios mais absurdos e condenáveis do ponto de vista moral e ético cristão. A política possui, destarte, uma lógica e ética próprias, e o príncipe, na execução do seu projeto de criação e manutenção do Estado, estaria utilizando-as na construção da “razão de Estado”.

Ademais, ao apelar ao príncipe para que este se exponha pessoalmente nos momentos de perigo, bem como no conselho para que aquele não se apoiasse nos poderosos, mas diretamente no povo, demonstra uma postura ética que em momento algum é considerada pelos críticos de Maquiavel.

Para Maquiavel (1998), o Estado, por intermédio do príncipe, possuía razões que justificavam suas ações, de uma maneira totalmente diferente daquelas que justificam as ações humanas, baseadas que são em princípios cristãos éticos e morais, pelo menos no mundo Ocidental.

Com sua afirmação de que “os fins justificam os meios”, Maquiavel (1998) separa a Política da Moral, da Ética, do Direito e da teologia, criando uma nova ciência, tal qual Hans Kelsen procurou fazer com o Direito, ao desenvolver sua Teoria Pura do Direito.

## 6. Conclusão

O pensamento de Maquiavel ainda não se encontra sedimentado na cultura política, e muito se deve às interpretações diversas que sua obra suscitou. Em nossos dias, tem-se procurado interpretar seus escritos não apenas do ponto de vista ideológico, mas pelo referencial que tanto a extrema direita, representada pelo fascismo de Mussolini, quanto a esquerda, pelo pensamento marxista de Antonio Gramsci, defendem algumas idéias de Maquiavel. Mussolini o transforma em um precursor do fascismo, enquanto Gramsci relaciona o príncipe com o partido proletário do Estado moderno.

O certo é que, partindo de sua experiência prática da política, Maquiavel construiu uma teoria política que se encontra superior aos termos *maquiavelismo* e *maquiavélico*. Seu resgate, ainda que no século XVIII, feito pelos pensadores iluministas, que defendiam a existência de uma unidade em sua obra, mostraram a existência de um Maquiavel amante da liberdade e não apenas o mestre dos regimes absolutistas.

Suas idéias de unificação da península itálica foram lembradas quando do *Risorgimento*, no século XIX, e Maquiavel foi considerado um verdadeiro herói nacional, em reconhecimento pelas suas idéias precursoras.

Considerado o primeiro cientista político empírico, por seus métodos de estudo, atendo-se à realidade para construir sua teoria, é considerado o Galileu Galilei das Ciências Sociais.

Assim, Maquiavel, atualmente, é um herói da independência italiana, bem como um amante da liberdade, pois, ao escrever um guia para tiranos, mostrou a verdadeira natureza da tirania e ensinou o povo a amar a liberdade.

## Referências

- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989b.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994a.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994b.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONDANELLA, Peter; MUSA, Mark. *The portable machiavelli*. London: Penguin Books, 1979.
- COLOMER, Antonio. *Constitución, estado y democracia en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995.
- GUNNEL, JOHN G. *Teoria política*. Tradução de Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- HOWARD COLE, G. D. *La organización política: doctrinas y formas*. Tradução de Alfonso Reyes. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2. ed. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O príncipe*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: M. Claret, 1998.

- MARTINS, Carlos Estevam. *Nicolau Maquiavel*. São Paulo: Nova Cultura, 1996. (Os Pensadores).
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria geral do estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SADEK, Maria Tereza. *Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtù*. São Paulo: Ática, 1996. (Os clássicos da política).
- WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1996. 1 v.
- XAVIER, Livio. *Nicolau Maquiavel*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).



# O parlamentarismo no Império do Brasil (II)

## Representação e democracia

Carlos Bastide Horbach

### Sumário

Introdução. 1. Eleições e representação. 1.1. Os partidos do Império (1847-1889). 1.2. Sistema eleitoral. 1.3. Representação e oposição. 2. Democracia com coroa? 2.1. O Imperador reina e governa? 2.2. O Imperador e os Gabinetes. 2.3. A queda do 3º Gabinete Zacarias. 2.4. Os sorites de Nabuco. Conclusão.

### *Introdução*

A partir do início do Segundo Reinado, o Império do Brasil passou a apresentar práticas de governo que em muito se aproximavam do modelo parlamentar tradicional, numa situação institucional que veio a se consolidar com a edição da Lei nº 523, de 1847, por meio da qual foi criado o cargo de Presidente do Conselho de Ministros.

Essa evolução histórica do sistema de governo imperial, narrada com maiores detalhes na primeira parte deste estudo, deu-se à margem de uma alteração constitucional, mantendo os poderes do Império suas atribuições originais. Isso significava, na essência, a prevalência do poder pessoal do Imperador no jogo político, em detrimento da Assembléia Geral, o que contraria a base do parlamentarismo, no qual o Parlamento é o principal ator da cena política.

A superação dessa situação dizia com a legitimação democrática dos poderes parlamentares, com o desenvolvimento de uma efetiva representação na Assembléia Geral

Carlos Bastide Horbach é Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professor dos cursos de graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Advogado em Brasília - DF.

e com um sistema eleitoral capaz de compor verdadeiras maiorias. Esses aspectos, relevantes para a configuração de um regime parlamentar, serão a seguir analisados, para que se possa, ao final, tomando como parâmetros os critérios expostos por Douglas Verney (1979), avaliar a natureza do parlamentarismo no Império do Brasil.

### 1. Eleições e representação

A base da representação é um sistema eleitoral forte, que, por sua vez, somente é viável ante a existência de partidos políticos organizados. Tais partidos, defendendo os diferentes ideais presentes na sociedade, geram as maiorias e minorias no Parlamento, formando o governo e a oposição. O correto funcionamento de um sistema parlamentar passa, necessariamente, por esses fatores, que ora são objeto de exame.

#### 1.1. Os partidos do Império (1847-1889)

Para muitos historiadores, o marco do nascimento dos partidos políticos brasileiros é o 7 de abril de 1831, a abdicação de D. Pedro I, quando as tendências divergentes tomaram seus rumos próprios:

“os ‘exaltados’, que, com os republicanos e os revolucionários de toda ordem, agrupar-se-iam no Partido Liberal; os ‘moderados’, os partidários da Constituição que seriam o núcleo do Partido Conservador; os reacionários, adeptos da volta do Imperador deposto – o célebre partido ‘Caramuru’ que desapareceu com a morte de D. Pedro I” (TORRES, [1985?] apud CHACON, 1985, p. 28).

Quando da instituição do cargo de Presidente do Conselho de Ministros, já está definido o quadro partidário brasileiro. De um lado, o Partido Liberal; doutro, o Conservador. Os conservadores eram popularmente chamados de “saquaremas”, isso porque Joaquim José Rodrigues Tôres (Visconde de Itaboraí), que integrava, juntamente com Eusébio de Queirós e o Visconde do

Uruguai, o chamado “triuvirato conservador”, possuía em Saquarema, Rio de Janeiro, uma fazenda onde ocorriam reuniões da cúpula conservadora, que ficaram conhecidas como os “consistórios”. Por sua vez, os liberais eram conhecidos como “luzias”, numa alusão à Batalha de Santa Luzia, em que os liberais de Minas Gerais derrotaram as forças do Governo durante a Revolta Liberal de 1842.<sup>1</sup>

Os partidos do Império eram partidos de quadros, nunca foram nem pretenderam ser partidos de massas. Igualmente nunca tiveram programas muito definidos ou definitivos, eram grupos políticos que variavam de posicionamento conforme a postura do opositor e conforme a posição de situação ou oposição que ocupavam. Tanto era assim que vários grandes nomes do Império trocaram de partido no decorrer de suas vidas públicas. Foi assim com Nabuco de Araújo, que de conservador passou a líder liberal, bem como com o Visconde de Abaeté, o Visconde do Bom Retiro e o próprio Visconde de Rio Branco, todos liberais que se tornaram conservadores.

É importante registrar, entretanto, que, enquanto os liberais têm a sua semente lançada no projeto de reforma da Constituição, em 13 de outubro de 1831, com propostas se repetindo, de modo mais ou menos extremado, em programas seguintes, o Partido Conservador apenas assume um comportamento de reação, que se transforma em imutável compromisso, a partir da queda do regente Feijó, em 1837. Os liberais, assim, apresentam vários projetos partidários e os conservadores nenhum. Os luzias tentaram, até o fim do Império, modificar o *status quo*, obtendo certo êxito até, enquanto saquaremas se limitaram a perseverar na resistência, cedendo aos poucos (CHACON, 1985, p. 35).

O ideal que inspira as ações do Partido Conservador é a rigorosa observância dos preceitos constitucionais, o que o coloca numa posição completamente oposta à dos liberais, que, por reformadores, necessitavam reformar o texto de 1824. Mesmo assim,

admitiam os conservadores inovações políticas, desde que fossem maduramente estudadas, sendo esta a característica principal de seus membros que faziam parte do Conselho de Estado, enfim, prudência extrema.

O pensamento dos liberais, por sua vez, é o de exigir o maior número possível de reformas para a obtenção de algumas poucas, que consideravam necessárias. O principal programa liberal é o redigido em 1869 por Nabuco de Araújo, que pode ser resumido nos seguintes pontos: a) reforma eleitoral; b) reforma policial e judiciária; c) abolição do recrutamento (que era um instrumento utilizado pelo poder para punir populações inteiras de adversários); d) abolição da Guarda Nacional (braço armado do Governo); e e) emancipação dos escravos. Junto desse programa, lançaram os liberais à nação um manifesto, igualmente redigido por Nabuco de Araújo, em que concluíam a exposição de suas idéias oferecendo ao povo brasileiro duas opções: ou a reforma, ou a revolução.<sup>2</sup>

Por outro lado, a visão geral dos quadros partidários e das ações de uma agremiação e de outra quando no poder e na oposição faz crer que liberais e conservadores em muito pouco diferiam, sendo que o famoso comentário de Holanda Cavalcanti, de que “não há nada mais parecido com um saquarema do que um luzia no poder”, era considerado como uma verdade sentida por todos (NABUCO, 1997, p. 172). Essa semelhança é reforçada pela existência, inclusive, de um ministério de conciliação entre os dois partidos, o Ministério Paraná, que durou de 1853 até 1857, reunindo, sob a liderança de Honório Hermeto Carneiro Leão, o Marquês de Paraná, ministros conservadores e liberais, tendo um respaldo considerável na Câmara dos Deputados.

Os partidos, para alguns, cumpriam seu papel de representar os interesses dos setores da sociedade imperial, interesses esses diversos e conflitantes. Nesse sentido, a análise de José Murilo de Carvalho (1996, p. 182-183):

“Entre os que admitem diferença na origem social dos membros dos

partidos imperiais, podemos citar Raymundo Faoro, Azevedo Amaral e Afonso Arinos de Melo Franco. Mas a diferença não é a mesma para os três autores. Faoro vê no Partido Conservador o representante do estamento burocrático já por nós comentado. Os liberais representariam os interesses agrários, opostos aos avanços do poder central promovido pela burocracia. Já Azevedo Amaral vê nos conservadores os representantes dos interesses rurais e nos liberais a voz dos grupos intelectuais e de outros grupos marginais ao processo produtivo, tais como os mestiços urbanos. Por fim, Afonso Arinos considera os liberais como representantes da burguesia urbana, dos comerciantes, dos intelectuais e dos magistrados. O Partido Conservador representaria os interesses agrários, principalmente os interesses cafeeiros do Rio de Janeiro”.

Outra formação partidária que não se pode olvidar é o Partido Republicano. Sua origem está numa facção extremada do Partido Liberal, que, mesmo com a apresentação do programa de 1869, não mais apóia a lentidão com que são feitas as reformas no Segundo Reinado. Assim, em 1870, surge o Manifesto de Itu e o jornal *A República*, que lançam as bases mais concretas do Partido Republicano, que tinha como principais redutos São Paulo e Pernambuco, donde vinham os ideais socialistas, remanescentes da Praia (CHACON, 1985, p. 49). Entretanto, no jogo do parlamentarismo imperial, que é o que aqui interessa, não tiveram os republicanos muita participação, tendo sido, inclusive, subestimados pelos dois tradicionais jogadores, que somente nos últimos anos da monarquia lhes dão a atenção necessária.

### 1.2. Sistema eleitoral

Além dos partidos políticos, que são os principais focos de discussão política num sistema parlamentar, é de extrema impor-

tância a configuração do regime que rege a disputa entre esses partidos, a configuração do regime eleitoral. O Direito Eleitoral é um instrumento precioso do sistema parlamentar, pois a eleição é o modo mais claro de pressionar o governo, demonstrando as verdadeiras tendências da vontade política nacional. Assim, para uma completa visão de um sistema parlamentar, imprescindível é a análise de seu regime eleitoral, o que ainda é mais necessário quando se trata de um estudo sobre o parlamentarismo no Império do Brasil.

A Constituição de 1824 adotou um sistema de sufrágio parcial e indireto. Resumidamente, poder-se-ia dizer que o sistema funcionava assim: os eleitores de primeiro grau, que deveriam ter uma renda mínima anual líquida de 100\$ (cem mil réis), escolhiam os eleitores de segundo grau, que deveriam ter renda mínima anual líquida de 200\$ (duzentos mil réis), que escolhiam os deputados, cuja exigência era de renda mínima anual líquida de 400\$, e votavam nas listas tríplices para senador, cargo que exigia uma renda de 800\$, de onde o Imperador escolhia, segundo as atribuições do Poder Moderador, o novo membro vitalício do Senado (LOPEZ, 1993, p. 67).

Além da restrição financeira, o Capítulo VI do Título IV da Constituição de 1824 estabelecia outras limitações ao direito de sufrágio. Nas eleições de primeiro grau, as assembleias paroquiais, eram impedidos de votar os menores de 25 anos (com exceção dos casados, dos oficiais militares maiores de 21 anos, dos bacharéis formados e dos clérigos de ordens religiosas); os “filhos-família”, isto é, os filhos que viviam com os pais (com exceção daqueles que servissem em ofícios públicos); os criados de servir e os religiosos de clausura. Nas eleições de segundo grau, os conselhos provinciais, não poderiam votar os libertos, nem os criminosos pronunciados em querela ou devassa.<sup>3</sup> Não se pode olvidar, igualmente, que o artigo 5º da Constituição estabelecia como religião oficial a Católica Apostólica Romana,

negando, dessarte, direitos políticos aos não-católicos.

Essas eram as regras gerais do sistema eleitoral do Império, constantes da Constituição de 25 de março. O artigo 97 determinava que uma lei regulamentar deveria reger de forma prática as eleições. Algumas leis se sucederam na regulamentação dos pleitos, mas claramente se pode traçar três períodos do regime eleitoral no Império do Brasil: antes da Lei de 19 de setembro de 1855, entre 1855 e a Lei Saraiva, de 1881, e depois da Lei Saraiva. Cabe agora arrolar as características básicas desses três períodos distintos.

Antes de 19 de setembro de 1855, as eleições seguiam o sistema que ficou conhecido como “eleições por chusmas”. Nesse regime, o eleitor de segundo grau votava, entre uma lista de nomes apresentada por cada partido no âmbito provincial, nos candidatos que achava os melhores para ocupar os assentos da província na Câmara. Sobre as chusmas, discursa o Marquês de Paraná na Sessão de 27 de agosto de 1855 no Senado:

“As chusmas, senhores, convêm muito a alguns, porque é verdade que sendo eu eleitor, tendo de votar sobre 10 ou 12, e examinando uma chapa de 20, posso deixar escapar um ou outro de menos capacidade...” (NABUCO, 1997, p. 207).

É nesse período, que vai até 1855, que se desenvolve a principal característica do sistema eleitoral de todo o Império, a fraude. As eleições eram feitas por agentes administrativos nomeados pelo Governo, pelo Gabinete que estava no poder. O Governo, com base no artigo 102, nº 4, da Constituição, nomeava os presidentes das províncias, que tinham vastos poderes, inclusive o de chefiar o Comandante Militar da região, convertendo-se os presidentes nos principais agentes da fraude eleitoral. Por outro lado, a polícia era unificada e centralizada na Corte, o judiciário era subordinado ao Gabinete e o clero igualmente submetido ao Governo. Essas três categorias, fundamen-

tais para as eleições, eram ligadas a secretarias do Ministério da Justiça, o que transformava o titular desta pasta noutra importante personagem na manipulação das eleições.

Ilustra bem essa característica do sistema eleitoral do Império a eleição para o Senado no pleito de 1851 em São Paulo. Nesse ano, foi nomeado para a Presidência da Província de São Paulo o então deputado saquarema José Thomaz Nabuco de Araújo. Era Presidente do Conselho de Ministros o Visconde de Monte Alegre, que exigiu do Presidente da Província a eleição de José Antônio Pimenta Bueno, futuro Marquês de São Vicente, para a lista tríplice de senador por São Paulo. Entretanto, a candidatura de Pimenta Bueno era repelida pelos líderes conservadores paulistas, além do que o candidato contrário, Joaquim José Pacheco, gozava de maior popularidade do que o ungi-do pelo Governo. Assim, Nabuco de Araújo enviou correspondência ao Presidente do Conselho, indagando se não seria mais prudente abrir mão da candidatura Pimenta Bueno, reconhecendo-se a vantagem de Pacheco. A resposta de Monte Alegre é preciosa para a compreensão das eleições no Império:

“O governo quer que se faça a eleição dos dois senadores que faltam por essa província, usando de toda a influência legítima que lhe dão o poder e a opinião. Não deseja que a oposição vença nem um candidato, e tem como seu principal adversário Joaquim José Pacheco, que o tem guerreado dentro de suas próprias fileiras mais, e fazendo-lhe mais danos do que seus descobertos adversários. Já sabia de tudo quanto V. Exa. me diz acerca do Pimenta Bueno, mas ele não pode deixar de fazer parte da chapa do governo. Os partidos em nossa terra não podem coisa alguma contra a vontade do governo, e só a fraqueza do poder e a pouca vontade de os sujeitar à disciplina é que traz as derrotas, quando as tem havido” (NABUCO, 1997, p. 134).

Pimenta Bueno foi incluído na lista tríplice e escolhido pelo Imperador, tornando-se Senador do Império.

Outra peculiaridade desse período da história eleitoral do Império é a contagem dos votos duvidosos. Ainda que não se tivesse certeza do conteúdo dos votos, dos candidatos escolhidos pelo eleitor, a autoridade eleitoral poderia interpretar o voto, atribuindo-lhe valor e contando o duvidoso como se válido fosse. Vários parlamentares se opunham a essa prática, ressaltando que a representação não poderia ser duvidosa, que os mandatos não poderiam ser presumidos.

A ação do governo por meio de seus agentes eleitorais era radical, usando-se inclusive de força para coagir o eleitorado. Os agentes policiais e a guarda nacional agiam violenta e diretamente no processo de fraude, fazendo com que, durante o Império, as eleições ganhassem, desde o pleito de 13 de outubro de 1840, a alcunha de “eleições do cacete”, que produziam câmaras unânimes em perfeita harmonia com o Gabinete.

É somente com o Ministério Paraná de 1853 que o quadro eleitoral começa a modificar-se. Desde a instauração do Ministério, a idéia fixa de seu presidente, o Marquês de Paraná, era a eleição por círculos, ou distritos, de um deputado. Paraná desejava, com a reforma, uma representação real do país na Câmara dos Deputados<sup>4</sup>, expressando a verdadeira maioria do círculo, fosse quem fosse o eleito. A eleição por círculos, por sua vez, trazia consigo, na visão dos mais conservadores, a negação de uma das principais características dos parlamentos liberais: a natureza do parlamento como um órgão de notáveis. Temiam os opositores da reforma que os deputados saíssem não das pessoas notáveis e bastante conhecidas nas províncias, mas de funcionários subalternos favorecidos por pequenas influências locais.<sup>5</sup>

A ocasião, porém, era propícia para a aprovação de reformas, vivia o regime par-

lamentar do Império sob a égide da Conciliação, que durou todo o Ministério Paraná. Dessa forma, o projeto do governo foi aprovado na Câmara por 54 votos contra 36, convertendo-se, após a sanção de Sua Majestade Imperial, na Lei de 19 de setembro de 1855.

Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente (1857), aborda a mudança de sistema eleitoral, ressaltando um dos seus principais benefícios, a possibilidade de representação da oposição:

“A eleição por províncias tinha muitos inconvenientes, o sistema dos círculos ministra importantes vantagens. Facilita a manifestação e representação de todos os interesses e opiniões, desde que tenham alguma importância, pois que desde então conseguiram maioria em um ou outro distrito, e não serão aniquilados pela maioria provincial; é este um grande melhoramento, é mesmo um princípio de justiça, pois que o direito de ter representantes no parlamento pertence a todos os brasileiros, e não deve ser monopolizado por uma só opinião ou maioria provincial”.

Mas não só na divisão em círculos de um deputado é que se baseou a reforma de Paraná. Ela também introduziu a eleição de suplentes de deputados e estabeleceu um sistema rígido de incompatibilidades eleitorais. Pela primeira vez, os presidentes de províncias, os seus secretários, os comandantes de armas, os generais em chefe, os inspetores gerais da fazenda pública, as autoridades policiais, os juizes de paz, municipais e de direito eram inelegíveis no âmbito de suas atividades (CHACON, 1985, p. 31).

É nessa época que a preocupação do Imperador com as eleições torna-se evidente. No primeiro pleito após a reforma de 1855, demonstra o monarca o maior empenho em tornar a eleição a mais livre possível, chegando a exigir de seus ministros posições mais radicais do que as expressas na lei. Ao

Marquês de Paraná, Presidente do Conselho, observou que não considerava legítima a candidatura de seu filho para deputado pela Província de Minas Gerais. Paraná, com sua têmpera característica, respondeu ao Imperador: “Eu, como Honório Hermeto Carneiro Leão, não preciso do favor do presidente do Conselho para eleger um deputado por Minas”. Para Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça do Gabinete Paraná, cujo irmão pretendia candidatar-se pelo Pará, enviou soberano o seguinte bilhete: “Li a correspondência que teve para o Pará a respeito da candidatura de seu mano e só tenho de observar que a influência do presidente a haver outros candidatos dignos não seria conforme ao programa do ministério”. Outro bilhete a Nabuco, D. Pedro II demonstra sua gradual descrença nas eleições do Império: “Cada vez me convenço mais da perniciososa influência dos nossos magistrados nas eleições”. Descrença essa que se transforma, também, em descrença nas reformas eleitorais: “Não é o vestido que tornará vestal a messalina, porém, sim, a educação do povo e portanto a do governo” (NABUCO, 1997, p. 351-352, 779).

A verdade é que a primeira eleição sob o regime dos círculos correu como o programado pelos reformadores, mesmo diante do baque sentido pelo Gabinete com a morte, em 3 de setembro de 1856, meses antes da eleição, de seu Presidente e principal idealizador das reformas, o Marquês de Paraná. Apesar de não contar com a presença firme de Honório Hermeto Carneiro Leão, o ministério, sob a presidência do Marquês de Caxias, conseguiu curvar os Ministros e Presidentes, os seus correligionários, os chefes do seu partido e impor a este uma prática até então desconhecida, a liberdade eleitoral.

A mudança foi tamanha que o próprio Governo sofre derrotas em vários círculos. O exemplo mais contundente foi, talvez, o do filho do Marquês de Paraná, derrotado apesar de a vitória ser considerada certa pelo Presidente da Província de Minas Gerais. Pela primeira vez na história do Impé-

rio, a Câmara formada por uma eleição não era composta exclusivamente pelo partido do Governo, sendo que tal realidade levou D. Pedro II a afirmar que foi com a lei dos círculos que nasceram as minorias no parlamento imperial (NABUCO, 1997, p. 356).

Entretanto, a mais correta análise acerca da reforma eleitoral é a do Imperador, verdadeiramente o vestido em nada mudava a messalina, e de vestal, provaram as eleições seguintes, pouca coisa tinha o regime dos pleitos do Império. O resultado das eleições de 1856 refletiu mais a falta de adaptação do esquema de fraude ante a nova realidade do que uma real mudança do sufrágio no Brasil. Bastou uma eleição para que as forças regionais que regiam os pleitos aprendessem como agir sob o regime que se instaurara, fazendo com que a lei de 19 de setembro de 1855, apesar de cumprida fielmente, não atingisse os seus objetivos. Desarte, passaram os reformadores liberais a imaginar um novo vestido, esse mais elaborado e de difícil aceitação tanto por parte dos conservadores quanto do Imperador: a eleição direta.

O espírito reformador, que, como visto, estava concentrado no Partido Liberal, passou então a propor uma nova reforma eleitoral, a instituição de eleições diretas no Império, com a extinção dos dois graus de votação e dos colégios eleitorais, onde ocorria grande parte das fraudes. Porém, os reformadores já não mais viam o problema de forma isolada, as reformas deveriam alcançar os demais fatores que contribuíam para o falseamento dos pleitos. Foi Nabuco de Araújo, agora o principal líder luzia, que da tribuna do Senado, em 17 de julho de 1868, mostrou quão abrangentes deviam ser as reformas para libertar as eleições no Brasil:

“A reforma eleitoral não será eficaz sem que tiremos ao Poder Executivo toda a força, que lhe foi dada para reprimir revoltas, e de que hoje se utiliza para comprimir o povo. Assim, a reforma eleitoral de nada servirá sem a extinção do recrutamento (...), sem a

extinção da guarda nacional(...), sem a organização do Poder Judiciário constitucional e independente(...). A reforma eleitoral, finalmente, é incompatível com essa organização policial que possuímos” (NABUCO, 1997, p. 781).

Não é de se espantar, portanto, que tenha constado do já referido Programa Liberal de 1869 a reforma eleitoral nas bases por Nabuco propostas nesse discurso.

Todavia, já no Gabinete São Vicente, que se inicia em 29 de setembro de 1870, os conservadores passaram a dar sinais de aprovação para a reforma eleitoral, uma vez que sua grande bandeira era a conservação do elemento servil, como eufemisticamente era chamada a escravidão.<sup>6</sup> Mas se não mais havia resistência dos saquaremas, ela vinha de esferas mais superiores. O Imperador, reformador adiantado e radical em matéria de escravidão, era refratário a qualquer mudança político-constitucional, como o fim da eleição indireta expressa no texto de 1824 (NABUCO, 1997, p. 813).

A única mudança no sistema eleitoral efetivada durante a década de 1870 gerou poucas conseqüências práticas. A reforma foi proposta durante o Gabinete Rio Branco em 1874, sendo aprovada somente na sessão seguinte, em 1875, já sob o Gabinete Caxias-Cotegipe. Essa reforma trouxe alguns pontos importantes como a intervenção da magistratura no alistamento eleitoral, o julgamento das questões eleitorais pelo Poder Judiciário e o estabelecimento de algumas incompatibilidades eleitorais e parlamentares. O mais importante ponto da lei de 1875, porém, foi a transformação dos círculos de um deputado em círculos de três deputados, no sistema do voto incompleto, em que um terço era deixado à representação das minorias (NABUCO, 1997, p. 995-996).

Foi somente em 1881, oito anos antes da queda do regime monárquico, que o Império deu um passo decisivo na direção da regularização dos pleitos. Em 1880, chamou D. Pedro II um liberal para compor o ministério, era o Conselheiro José Antônio Saraiva,

que desde logo colocou como meta fundamental de seu Gabinete a reforma para a instituição das eleições diretas. Saraiva optou não pela reforma constitucional, mas por uma lei ordinária, que teve seu texto redigido pelo então deputado Rui Barbosa (CALMON, 1959, p. 1788). Além da eleição direta, estabelecia a reforma de Saraiva as condições de implementação de uma Justiça Eleitoral, restabelecia os círculos com um deputado, regulamentava as incompatibilidades, impunha penalidades rigorosas contra as fraudes, alargava o voto aos naturalizados, acatólicos e libertos, além de introduzir os títulos eleitorais, uma de suas mais importantes inovações (CHACON, 1985, p. 31).

Com a Lei Eleitoral de 1881 pronta, Saraiva apresentou sua demissão, para que outro gabinete presidisse a eleição, sendo que o Imperador negou-se a demitir o ministério. José Antônio Saraiva nomeou então uma comissão mista, dos dois partidos, para a regulamentação da lei, bem como designou, para as províncias, presidentes neutros, deixando claro que não havia candidatos oficiais.

Em 31 de outubro de 1881, 96.411 eleitores, dos 150.000 alistados, foram às urnas nos 122 círculos em que estava dividido o Império. O pleito correu como o esperado pelo governo, sendo que o resultado confirmava a sua correção: foram eleitos 68 deputados liberais e 54 conservadores, sendo que dois ministros de Estado, Homem de Melo e Pedro Luís, foram derrotados em seus círculos. Com a missão cumprida, Saraiva reiterou seu pedido de demissão ao Imperador, que dessa vez a aceitou, chamando para a Presidência do Conselho um outro luzia, Martinho de Campos, líder da maioria que se estabelecera (CALMON, 1959, p. 1789).

O sucesso de Saraiva, por outro lado, foi relativo. A execução de um pleito honesto mostrou quão dividida era a vida partidária brasileira, que antes de 1881 produzia, incrivelmente, câmaras unânimes; mas ressaltou o problema social da falta de um eleitorado forte no Brasil, referido anteriormen-

te. Com esse primeiro ensaio de verdade eleitoral, o país ficou tão anarquizado quão corrompido; o parlamento veio representar a doença geral das localidades, a fome de emprego e de influência; a dependência para com o governo (NABUCO, 1997, p. 1089). Se, antes da eleição direta, o que viciava o pleito era a vil influência do poder central que emanava da Corte, com a eleição direta surge a não menos vil influência das oligarquias locais, num sistema de “voto de cabresto”, que nada mais era do que um anúncio do Coronelismo típico da República que se aproximava.

O incremento das instituições eleitorais é uma preocupação que acompanhou a política do Império durante toda a sua existência, até 15 de novembro de 1889. O último Gabinete da monarquia, organizado pelo Visconde de Ouro Preto (Afonso Celso de Assis Figueiredo), trazia, no seu programa, o projeto de “alargamento do direito de voto” (CHACON, 1985, p. 32).

### *1.3. Representação e oposição*

Como visto, o sistema eleitoral do Império do Brasil era um sistema viciado, seja pelo voto censitário, seja pela influência fraudulenta do poder central, seja pela manipulação dos resultados por parte das oligarquias locais. A verdade é que a formação de uma representação condizente com a vontade da população representada era praticamente impossível. A própria fluidez dos partidos contribuía para a falta de identificação entre o eleitorado e as câmaras que ocupavam a cena política no Parlamento. As eleições do Império e as câmaras delas advindas não conseguiam fazer presente e concreto o eleitorado, o povo brasileiro.

Isso gerava conseqüências que variavam de época para época. Nos primeiros períodos do Segundo Reinado, houve uma radical dicotomia entre a província e a Corte, bem como entre a política feita nesses dois cenários. A conseqüência da falha na representatividade nacional fazia com que muitos buscassem, na política local, a satisfa-

ção de seus interesses, deixando para os chamados “dilettantes da Corte” a política do Império. Assim, durante um largo período da monarquia, a política provincial estava extremamente distanciada da política nacional, apesar da manutenção de partidos nacionais, que apresentavam, por sua vez, variações de orientação de província para província.

Entretanto, outra consequência dessa falta de representação real passou a ser sentida de forma mais presente durante o Gabinete Rio Branco: o *lobby*. O interessante é constatar que, talvez, a opinião que tinham os tradicionais políticos do Império, reprovando o *lobby* como forma legítima de representação de interesses, nasceu da primeira consequência da falta de representação real, qual seja, a dicotomia de políticas entre a Corte e a província. Para os “cardeais” dos partidos nacionais, a Câmara dos Deputados e o Senado eram cenário da “grande política”, deixando-se para as províncias, com suas assembleias, a “pequena política”, a dos interesses cotidianos. Assim, quando surge, nos corredores da Assembleia Geral, a atividade de *lobby*, imediatamente é associada à “pequena política”, que profanava o solo sagrado das câmaras da Corte, palcos tradicionais dos mais elevados interesses nacionais.

O relato de Joaquim Nabuco (1997, p. 987) muito bem demonstra isso, refletindo, provavelmente, a opinião de seu pai, o senador Nabuco de Araújo:

“(…) por fim a aparição ao lado dos ministros, nas bancadas e corredores das câmaras, nas secretarias de Estado, nas redações de jornais, de uma nova entidade: os intermediários, impropriamente chamados ‘advogados administrativos’, que, pouco a pouco, reduzirão a política a súdita do interesse particular, e farão dela, qualquer que seja a abnegação, a dignidade, a pobreza de seus homens, o auxiliar, o instrumento, o autômato, sem o saber e sentir, da especulação que sitia o Tesouro”.

Está aí, quem sabe, na dicotomia política causada pela falha de representação no Império, a razão do preconceito contra o *lobby*, que ainda hoje persiste e o impede de ser considerado uma forma legítima de defesa de interesses e mais um instrumento do regime democrático de governo.

Por outro lado, ao falsear a representação, o viciado sistema eleitoral do Império dificultava ao máximo o exercício de outra atividade indispensável para o bom funcionamento de um sistema parlamentar e democrático de governo, a oposição.

Os teóricos do regime imperial reconheciam na oposição um elemento fundamental do regime parlamentar que gradativamente se instaurava. São Vicente a chama de “oposição constitucional”, atribuindo-lhe o dever de fiscalizar a ação do governo, de reclamar contra toda a violação das garantias sociais, contra o prejuízo dos interesses públicos abandonados ou sacrificados, ressaltando, ainda, que sua falta “adultera o sistema representativo, fazendo-o cair em frouxidão e marasmo, em uma atonia muito prejudicial, como já temos experimentado” (BUENO, 1857, p. 267).

E São Vicente tinha razão, a impossibilidade de formação da oposição, causada pelas eleições fraudulentas, adulterara o sistema parlamentar do Império. As câmaras, se não eram unânimes, tinham um ou dois deputados de oposição, que não passavam, na linguagem do Imperador, de mera “patrulha”. Assim, ante a realidade eleitoral adversa, a oposição se vai fazer presente por meio de duas vias, por um lado a tribuna do Senado e, por outro, a tribuna da imprensa.

Outra peculiar anomalia da política imperial, que também tem suas causas no falseamento das eleições, é a conversão do Senado, casa com características institucionais conservadoras, em principal foco da oposição no Império. Enquanto a Câmara dos Deputados era “a representação ativa do progresso”, deveria ser o Senado, no ideal dos construtores do Império, “o representante das idéias conservadoras” (BUENO, 1857, p. 56).

Para tanto, para exercer essa representação das idéias conservadoras, detinha o Senador um mandato vitalício, como visto anteriormente. Assim, como os partidos alternavam-se no poder e como ambos fraudavam eleições, os senadores eleitos para a lista tríplice donde escolhia o Imperador eram sempre do partido do governo, como bem demonstra o episódio da eleição de Pimenta Bueno. Os partidos colocavam, no Senado, seus principais líderes, que, a partir daquele momento, ganhavam vida autônoma no cenário político nacional, não dependendo mais das eleições, que ora eram fraudadas por uns, ora por outros.

Assim, o Senado, que teoricamente não deveria fazer política, como sustentava Nabuco de Araújo, tornava-se o principal foco da oposição, pois, ante o fenômeno das câmaras unânimes, era o único *locus* de debate político no Império onde se conservava a bipolaridade do sistema Situação x Oposição.

Novamente é interessante transcrever parte do já referido discurso de Nabuco de Araújo de 17 de julho de 1868, na tribuna do Senado:

“A vitaliciedade do Senado é hoje um grande bem, porque abriga a oposição independente, excluída da Câmara pelos instrumentos do governo. A temporariedade, sem reforma eleitoral, seria uma desgraça; com a liberdade das urnas, não teria o alcance esperado por seus apologistas” (NABUCO, 1997, p.782).

A oposição no Senado era combativa, sendo famosa a fiscalização que faziam os senadores dos atos do ministério. Zacarias de Góis e Vasconcelos, que dividia com Nabuco de Araújo a liderança do Partido Liberal, entrou para a história parlamentar do Império não somente pelos três gabinetes que comandou, mas principalmente pela oposição firme que, da tribuna do Palácio do Conde dos Arcos, impôs a seus êmulos conservadores.<sup>7</sup>

A oposição no Senado era forte e, apesar de aquela casa não ter a prerrogativa dos

votos de desconfiança, tinha de fato o poder de derrubar ministérios. Exemplo clássico dessa força é o episódio da queda do Gabinete Itaboraí. Em 1868, para substituir Zacarias, chama o Imperador para compor o novo gabinete o Visconde de Itaboraí, principal líder saquarema e membro do famoso “triumvirato conservador”. Nessa época, diante das circunstâncias da queda de Zacarias, que se verá mais adiante, a oposição liberal no Senado era mais contundente do que nunca. Assim, no final da sessão legislativa de 1870, no dia 19 de setembro, efeturaram os liberais a manobra que viria a derrubar o Gabinete Itaboraí. Tratava-se de um aditivo para o orçamento de 1871, no qual os liberais destinavam 1.000 contos de réis para a alforria de escravos, tendo sido redigido por Nabuco e assinado pelos grandes líderes luzias, Zacarias, Souza Franco, Paranaguá, Cansansão de Sinimbu, Chichorro da Gama, Silveira da Mota e Dias de Carvalho.

Aceitar aquele aditivo era demais para um Governo conservador como o de Itaboraí, cuja base partidária era radicalmente contrária à emancipação. Entretanto, a investitura do Gabinete era dupla, não só do partido vivia um ministério no sistema parlamentar do Império, e é exatamente aí que reside a crise do Visconde de Itaboraí. O Imperador era simpático à emancipação, sendo que os primeiros projetos abolicionistas, os redigidos por São Vicente em 1865, foram inspirados por determinações do monarca. Assim sendo, D. Pedro chegou inclusive a enviar um bilhete a Itaboraí manifestando-se favorável ao aditivo. Ante as circunstâncias, somente restou uma opção ao velho saquarema que honrasse sua condição de “cardeal” do partido e membro do “triumvirato”: a demissão.<sup>8</sup>

Tendo somente no Senado a oportunidade de manifestar-se dentro das instituições do Estado imperial, a oposição ia buscar na imprensa a força que o regime eleitoral lhe negava. Consciente da força que tinha a imprensa, também os ministérios buscaram, por meio dos periódicos de então,

formar a opinião pública. A utilização da imprensa para a formação da vontade política da nação é um capítulo intrigante da História do Império, uma vez que a liberdade de que gozavam os jornalistas contrastava com a realidade eleitoral, totalmente atrelada ao poder central.

Cada um dos grandes partidos tinha o seu órgão de divulgação na imprensa, tanto na Corte quanto nas províncias. Existiam igualmente jornais que, apesar de apresentarem certas tendências, guardavam a imparcialidade. Os veículos de imprensa gozavam, no Império, de grande liberdade de expressão, sendo que inexistia qualquer tipo de censura aos jornalistas, nem assuntos proibidos para as páginas dos jornais.

Essa liberdade de imprensa era, também, uma das coisas que mais preocupavam D. Pedro II, seu constante defensor. Até mesmo os veículos republicanos gozavam da proteção do monarca. Nada abalava as duas idéias do Imperador: que não se devia tocar na imprensa e que as opiniões republicanas não inabilitavam nenhum candidato para os cargos que a Constituição fizera só depender do mérito. O diálogo de Pedro II com o Marquês de São Vicente, então Presidente do Conselho, quando da publicação do manifesto republicano de 1870 e do lançamento do *A República*, é característico dessa posição. Respondendo a São Vicente, que lhe pedia para agir contra os republicanos, disse o Imperador: “Sr. São Vicente, o país que se governe como entender e dê razão a quem tiver”. São Vicente, preocupado, argumentou com o soberano que a monarquia era um dogma da Constituição que D. Pedro jurara defender. O Imperador riu e encerrou a discussão: “Ora São Vicente, se os brasileiros não me quiserem para seu Imperador, irei ser professor” (NABUCO, 1997, p. 817).

Outra questão relevante envolvia a imprensa no Segundo Reinado, qual seja, a subvenção por parte dos ministérios. Nas contas das verbas secretas dos gabinetes, havia sempre pagamentos destinados a jor-

nalistas, prática comum e reconhecida sem maiores preocupações pelos ministros. O próprio Marquês de Paraná, quando Presidente do Conselho, defendeu tal subvenção da tribuna da Câmara dos Deputados, em 26 de maio de 1855:

“O sr. deputado reconhece que é sabido geralmente que em toda a parte onde há sistema representativo, o governo não pode durar muito lutando com a imprensa, se em face dessa imprensa não houver quem o defenda, quem o justifique e quem explique a sua política. É sabido, e o sr. deputado o assinalou, de que esta tarefa de que acabo de falar custa sacrifícios que não são lucrativos, e por conseguinte é necessário que essa tarefa seja recompensada. Não pretendo que meu ministério seja diferente dos outros” (NABUCO, 1997, p. 203).

## 2. *Democracia com coroa?*

### 2.1. *O imperador reina e governa?*

Ante a análise até agora feita do sistema parlamentar imperial, cabe discutir até que ponto é verdadeira a afirmação feita pelo general Bartolomeu Mitre, Presidente da Argentina (1862-1868), de que o Império do Brasil nada mais era do que uma “democracia con corona” (MITRE, [199-?], p. 107). Para tanto, há necessidade de recorrer-se aos tradicionais conceitos de democracia, para, assim, compará-los aos praticados na monarquia brasileira.

Para Carl Schmitt, democracia é a identidade entre governantes e governados, entre dominantes e dominados, entre os que mandam e os que obedecem, negando qualquer diferença qualitativa entre os que mandam e os que obedecem, formando a igualdade democrática (SCHMITT, 1992, p. 230). Esse conceito talvez seja complementado pelo de Pontes de Miranda, para quem democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou

indireta dos outros encarregados do poder público (MIRANDA, [19 – ?], p. 136). Enfim, pode-se ainda usar a fórmula mais que célebre de Lincoln: democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo.

Surge, portanto, como algo intimamente ligado ao sistema parlamentar do Império, a questão de se saber quem governa, questionar-se se é possível, no Império do Brasil, aplicar a fórmula consagrada por Thiers na França de 1830, a fórmula do “Rei reina e não governa”.<sup>9</sup>

Na Assembléia Geral do Império, eram comuns as discussões acerca dessa matéria. Para alguns, não deveria o monarca governar, deixando para os ministros tal tarefa, uma vez que, assim, os erros destes não afetariam diretamente a dinastia. Para outros, como Paraná, a fórmula era correta, o Imperador não deveria governar, mas também não deveria ser um mero espectador das ações de seu ministério. Para outros, como Zacarias de Góis e Vasconcelos, a questão fora resolvida pela Constituição, que, no seu artigo 126, assim determinava: “Se o Imperador por causa física ou moral, evidentemente reconhecida pela pluralidade de cada uma das câmaras da Assembléia Geral, se impossibilitar para *governar*, em seu lugar *governará* como Regente o Príncipe Imperial, se for maior de 18 anos”. Para uns, ainda, o princípio se estava impondo pela prática constitucional brasileira, sendo que alguns sustentavam que nem na prática o Imperador governava.

Nabuco de Araújo, em sessão de 18 de julho de 1868, sustenta, perante D. Pedro II, sua posição, tendo constado na ata “que ele conselheiro segue a máxima do rei reina e não governa” (NABUCO, 1997, p. 769). Por outro lado, o Barão de Cotegipe não cansava de repetir que “o Imperador reina, governa e administra” (CARNEIRO, 1965, p. 36).

O Visconde do Uruguai (SOUZA, 1965, p. 342) encerra sua exposição sobre tal polêmica chamando de absurda a idéia de excluir o Imperador do Governo, uma vez que era ele o Chefe do Poder Executivo. “A má-

xima – o Rei reina e não governa – é completamente vazia de sentido para nós, pela nossa Constituição”. Assim, D. Pedro II, que acumulava a titularidade dos poderes Moderador e Executivo, tinha todas as prerrogativas constitucionais para, além de reinar, governar, escolhendo seus ministros da forma que melhor considerasse, entre aqueles que o seu arbítrio, e somente ele, recomendasse. Resta saber se, na prática, verdadeiramente governava o Imperador, ou se eram os representantes do povo na Assembléia Geral, por meio dos ministérios que apoiavam e compunham, que exerciam o governo do Império.

## 2.2. O Imperador e os Gabinetes

Saindo-se da polêmica teórica iniciada com a importação para o Império da máxima de Thiers, cabe analisar a prática do sistema parlamentar do período monárquico, traçando-se claramente qual o papel desenvolvido pelo Imperador como chefe do Poder Executivo e como ele influiu, por meio de suas prerrogativas de titular do Poder Moderador, nos diversos gabinetes de seu reinado.

Nos primeiros gabinetes do Segundo Reinado, como visto na primeira parte deste estudo, o Imperador não influía diretamente nos assuntos de governo, deixando para os ministros tais tarefas. Entretanto, a partir do Ministério Paraná de 1853, passou Pedro II a trabalhar junto a seu ministério, impondo-lhe muitas vezes o seu próprio ritmo.

Primeiramente, é importante ressaltar que os gabinetes reuniam-se na presença do Imperador, tinham despachos freqüentes com o soberano, sendo que os trabalhos somente eram dirigidos pelo Presidente do Conselho na ausência do monarca. Muitos projetos durante o Segundo Reinado foram de autoria de Pedro II, que freqüentemente pedia a um Conselheiro de Estado ou a um Ministro para apresentá-los, como ocorreu com Pimenta Bueno no caso dos projetos emancipacionistas.

Dom Pedro tinha um instrumento fundamental que lhe permitia governar, ele tinha o poder para nomear e demitir ministros, o que fazia quando o governo destes não mais o agradava. O Imperador

“não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às reformas do sistema parlamentar; mas ele só é o árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministérios, o poder é praticamente dele. A investidura dos gabinetes era curta, o seu título precário – enquanto agradassem ao monarca; em tais condições só havia um meio de governar, a conformidade com ele. Opor-se a ele, aos seus planos, à sua política, era renunciar o poder. (...) É ele só quem regula os acessos e as garantias. (...) Ninguém sabe o dia seguinte senão ele” (NABUCO, 1997, p. 1086).

Ante a falta de um sistema eleitoral honesto e de um eleitorado capaz de se decidir claramente entre uma opção política ou outra, era o Imperador quem chamava ao poder liberais ou conservadores. Conforme fossem seus planos de governo, chamava D. Pedro os saquaremas ou os luzias, que permaneciam no poder até a implementação dos projetos que o monarca considerava necessários. O Imperador promovia a alternância no poder que os eleitores, por incapazes e por estarem submetidos às fraudes, não podiam promover.

Esse poder era tão grande que Pedro II, sem maiores razões, podia diretamente derrubar um ministério, como ele mesmo admite a sua filha, a Princesa Imperial Isabel, Condessa d’Eu:

“Desde 1840 que só para a retirada de três ministérios tenho concorrido voluntariamente e são estes: o que se retirou em 1843, por ter eu negado a demissão do inspetor da Alfândega pedida pelo Ministro Honório Hermeto Carneiro Leão (...); o presidido pelo Visconde de Abaeté que pediu sua de-

missão porque eu não quis anuir à proposta de adiamento das Câmaras (...) e o presidido por Zacarias de Góis e Vasconcelos” (D. PEDRO II, 1958, p. 54 apud SOUZA JÚNIOR, 1984, p. 391).

Voluntária e diretamente foram estes três, mas, para a retirada de todos, concorreu o Imperador, de uma forma ou de outra, num exercício de poder pessoal, o “imperialismo”, que levou à hipertrofia do Poder Moderador, apontada por muitos como uma das causas da República.

A expressão “imperialismo”, além de significar o absolutismo constitucional, a que a falta de eleições reais reduzia o regime representativo, o polichinelo eleitoral dançando segundo a fantasia de ministérios nomeados pelo Imperador, significava a ação de um poder irresponsável por parte do monarca, a causa da decadência política e a aspiração de poder absoluto em um país livre, nulificando a nação representada no Parlamento (NABUCO, 1997, p. 683).

Entre os exemplos de gabinetes derrubados, arrolados por Pedro II à Princesa Isabel, o episódio que mais patente deixa o “imperialismo” é o da queda de Zacarias de Góis e Vasconcelos em 1868, sendo extremamente importante o conhecimento dessa passagem da história do Segundo Reinado para se compreender o sistema parlamentar do Império.

### 2.3. A queda do 3º Gabinete Zacarias

Em 1866, durante a Guerra do Paraguai, chamou o Imperador para organizar o novo gabinete o Senador Zacarias de Góis e Vasconcelos, líder do Partido Liberal, que tinha a maioria na Câmara dos Deputados. Entre os novos ministros, permaneceu, da composição anterior, Ângelo Muniz da Silva Ferraz (Barão de Uruguaiana) no Ministério da Guerra, sendo ele protagonista do início da crise ministerial de 1868.

A crise do Ministério Zacarias inicia-se com a nomeação do Marquês de Caxias para o comando das forças brasileiras no teatro de guerra. O problema é que Caxias e Ferraz

tinham uma desavença antiga, sendo que estar submetido às ordens de seu adversário era demais para os bríos do Marechal, que, além disso, era um tradicional saquarema servindo com os luzias. Assim, no início de 1868, pede Caxias sua demissão, alegando estar o Ministério desenvolvendo uma campanha para tirar-lhe a autoridade moral.

Ante o pedido de Caxias, o Imperador, que o considerava fundamental para a vitória brasileira na guerra, convoca o Conselho de Estado<sup>10</sup>, estabelecendo como pauta de deliberação uma singular questão: o Imperador deve conceder demissão ao Marechal Caxias, generalíssimo no Paraguai, ou ao Gabinete?

O Conselho de Estado, na Sessão de 20 de fevereiro de 1868, primeiramente foi quase unânime em conceder a demissão de Caxias, uma vez que o poder civil deveria prevalecer ante o militar, como defenderam conservadores do nível de São Vicente. O Marquês de Olinda vota pela demissão de Caxias e do Gabinete. Entretanto, Nabuco de Araújo, liberal, pondera a importância de Caxias para a guerra e vota pela demissão do Gabinete. Seguem-se então votos de conservadores pela demissão do Gabinete, vencendo, ao final dos debates, uma solução salomônica: mantinha-se Caxias no comando da guerra, mantinha-se o Gabinete Zacarias e demitia-se Ferraz, o fator de discórdia entre Caxias e o Governo.

Em 20 de fevereiro, saiu o ministério da sessão do Conselho de Estado sem força política. O Imperador havia hesitado na sua escolha, tendo ouvido o conselho. Nabuco, membro da situação, votara contra o gabinete. Ferraz, Ministro da Guerra experiente, era demitido ante pressão do poder militar. Gradativamente a falta de poder se agravava, sendo que, em junho, Zacarias profere na Câmara o famoso “discurso da caudilhagem”, em que sustenta que “a mudança interna não se pode operar pela influência da espada e da caudilhagem”.

A reação conservadora foi imediata, sendo reforçada pela volta do Visconde de Ita-

borai, que desde 1853 encontrava-se na Europa. Era a volta do último grande líder conservador na ativa, o último cardeal, o último membro atuante do “triumvirato” saquarema. Ante a reação conservadora, negava-se o Imperador em demonstrar a autoridade do ministério liberal.

O episódio final da crise é a nomeação de Sales Torres Homem para o Senado, que Zacarias se recusa a referendar e que o Imperador leva a cabo mesmo assim. A autoridade de Zacarias fora completamente negada, sendo que, em 16 de julho, o Presidente do Conselho apresenta a demissão do ministério, que é de pronto aceita pelo Imperador.

Preocupado com o andamento da guerra, Pedro II não quer arriscar chamar novamente os liberais para formar o novo ministério, apesar de a maioria na Câmara ser luzia. Assim, o Imperador chama o partido que tinha os quadros em que mais confiava, o Conservador. Dessa forma, o novo gabinete é formado pelo financista de confiança de Pedro II, o recém-chegado Visconde de Itaboraai, que reúne o militar de confiança do Imperador, Caxias, bem como o seu diplomata de confiança, Rio Branco, e o seu jurista de confiança, São Vicente (NABUCO, 1997, p. 761). Por sua vontade pessoal, o Imperador havia contribuído para a queda de um Gabinete que tinha a maioria na Câmara, substituindo-o por outro, que, apesar de sua confiança, não tinha qualquer respaldo parlamentar.

Era a negação de todo o sistema parlamentar que se tentava desenvolver no Império, era a negação dos ensinamentos de um dos grandes líderes conservadores, Uruguai (SOUZA, 1997, p. 313), que, em sua obra de 1862, dizia que “nenhum Monarca irá procurar para Ministros homens que não tenham apoio nas Câmaras. Nenhum homem de juízo aceitará o Ministério, não podendo contar com o apoio das Câmaras”. Aceitaram, entretanto, os conservadores por estarem certos de que o Imperador usaria de suas prerrogativas e dissolveria a Câmara, sen-

do que a eleição seria favorável, obviamente, aos saquaremas, formando nova maioria e respaldando o governo.

#### 2.4. *O sorites de Nabuco*

Derrubado o Gabinete Zacarias, apresenta-se o Gabinete Itaboraí ante as câmaras reunidas da Assembléia Geral para a votação de graças no dia 17 de julho de 1868. É exatamente nessa sessão parlamentar que é proferido um dos mais famosos discursos da vida política brasileira, o célebre “discurso do sorites”, de autoria do Senador José Thomaz Nabuco de Araújo, homem que dividia com o demitido Zacarias de Góis e Vasconcelos a liderança da humilhada maioria liberal.

O discurso de Nabuco é curto, cheio de emoção e, certamente, marca o fastígio da carreira parlamentar desse grande estadista do Império. Nabuco está totalmente desiludido com o sistema parlamentar do Império do Brasil, fazendo uma análise cujos principais pontos merecem ser reproduzidos, tal como registrados nos anais do Senado:

“O Sr. Nabuco: – Sr. Presidente, sou chamado à tribuna por um motivo que, em minha consciência (talvez seja um erro), é muito imperioso. Este motivo, senhores, é que tenho apreensões de um governo absoluto; não de um governo absoluto de direito, pois não é possível neste país que está na América, mas de um governo absoluto de fato. (...)”

Senhores, havia no parlamento uma maioria liberal, constituída pela vontade nacional; uma maioria tão legítima, tão legal, como têm sido todas as maiorias que temos tido no país...

O Sr. Zacarias e outros senhores: – Apoiado!

O Sr. Nabuco: – ... tão legítima, tão legal como podem ser todas as maiorias, que hão de vir enquanto não tivermos liberdade de eleição (*apoiados*)...

O Sr. Visconde de Jequitinhonha: – Isso é exato; todas são assim.

O Sr. Nabuco: – Havia um ministério que representava essa política (...) [e para substituí-lo] foi chamada ao ministério uma política vencida nas urnas, que tinham produzido a maioria que se acha vigente e poderosa no parlamento.

Isto, senhores, é sistema representativo? Não. Segundo os preceitos mais comezinhos do regímen constitucional, os ministérios sobem por uma maioria, como hão de descer por outra maioria; o Poder Moderador não tem o direito de despachar ministros como despacha empregados, delegados e subdelegados de polícia; há de cingir-se, para organizar ministérios, ao princípio dominante do sistema representativo, que é o princípio das maiorias. (...)

Ora, dizei-me: não é isto uma farsa? Não é isto um verdadeiro absolutismo, no estado em que se acham as eleições em nosso país? Vede este *sorites* fatal, este *sorites* que acaba com a existência do sistema representativo: *O PODER MODERADOR PODE CHAMAR A QUEM QUISER PARA ORGANIZAR MINISTÉRIOS; ESTA PESSOA FAZ A ELEIÇÃO, PORQUE HÁ DE FAZÊ-LA; ESTA ELEIÇÃO FAZ A MAIORIA.* Eis aí está o sistema representativo do nosso país. (...)

No coração do próprio ministério, como na consciência de nós todos, está o reconhecimento da ilegitimidade do gabinete atual e de todos os ministérios que forem saídos, não das maiorias, mas simplesmente da vontade do poder irresponsável.

Esta é a minha opinião.

O Sr. Ottoni e outros senhores: – Apoiado, muito bem!” (NABUCO, 1997, p. 764-767).

Aí está o retrato fiel do sistema parlamentar do Império do Brasil, a análise viva e presente de uma situação clara da política

imperial. É por meio do discurso de Nabuco de Araújo que se pode entender o porquê de o parlamentarismo do Império ser chamado de “invertido” ou “às avessas”.

Enquanto no parlamentarismo normal, como o praticado na Inglaterra, a maioria faz o governo, no parlamentarismo do Império, o governo fazia, por meio de eleições fraudulentas, a maioria. Nessa equação política, uma grandeza necessariamente anulava outra, o Poder Moderador anulava o eleitorado, transformando o sistema parlamentar num reflexo de sua vontade, de suas aspirações políticas para o governo.

O Imperador não era o árbitro do jogo parlamentar imperial, ele era o único jogador, o único que controlava e ditava regras, era ele quem montava os cenários e chamava os atores do teatro político, era ele quem escrevia os roteiros e dizia como interpretá-los, era ele quem distribuía os ingressos para a platéia e escolhia os que ficavam de fora da sala de espetáculos, onde era, a cada Gabinete, encenada a grande peça da política brasileira. Durante a encenação, era fácil notar o sotaque inglês dos atores, que não conseguia apagar, porém, o estilo lusitano de interpretação, uma vez que o autor do texto era formado na escola do absolutismo português.

O povo ficava completamente alijado do governo. Ainda aqueles que tinham o direito de votar nas eleições em nada participavam, na prática, das decisões relevantes para o país. Nem mesmo os representantes eleitos, deputados e senadores, atuavam diretamente no estabelecimento dos rumos políticos da nação, somente o fazendo sob a influência e o beneplácito do monarca. O sistema parlamentar do Império é Pedro II; é a vontade pessoal do soberano de dar aparência parlamentarista a um regime de poder pessoal; é, talvez, uma brilhante demonstração de despotismo esclarecido.

Provavelmente, o mais fiel retrato do Segundo Reinado seja o feito por Ferreira Viana, Conselheiro de Estado e membro do Partido Conservador, que com acrimônia

sentenciou: “O Imperador levou cinquenta anos a fingir que governava um povo livre”.

### Conclusão

Ante a realidade da política e das instituições do Império do Brasil, cabe questionar a natureza do sistema de governo vigente durante o Segundo Reinado, durante o período que se inicia em 1847, com a Lei da Presidência do Conselho, e se estende até 1889, com a Proclamação da República. Foram as instituições desenvolvidas no Império exemplo de sistema parlamentar? As características do parlamentarismo imperial brasileiro eram compatíveis com o padrão que a doutrina geralmente estabelece na qualificação do sistema parlamentarista?

Para tanto, interessante retomar os dez pontos elencados por Douglas Verney (1979) e citados na Introdução da primeira parte deste estudo, pelos quais se pode estabelecer um padrão básico de sistema parlamentar, cotejando-o com o sistema implementado no Império do Brasil.

1<sup>o</sup> – *O Executivo é dividido em duas partes.* Desde 1847, o Executivo é, na prática, dividido entre o Imperador e o Presidente do Conselho de Ministros, cabendo ao primeiro o Poder Moderador e ao segundo a chefia do Poder Executivo. Entretanto, a Constituição permanece inalterada, garantindo ao Imperador prerrogativas para governar e influir diretamente nos rumos dos ministérios.

2<sup>o</sup> – *O Chefe de Estado indica o Chefe de Governo.* Cabia exclusivamente ao Imperador nomear, na titularidade do Poder Moderador, os ministros de Estado, inclusive o Presidente do Conselho, escolhendo-o entre aquelas pessoas que considerasse capaz para o cargo, numa opção submetida unicamente ao seu arbítrio.

3<sup>o</sup> – *O Chefe de Governo indica o Ministério.* O Presidente do Conselho tinha, apesar de algumas ingerências do monarca, liberdade para escolher os membros do Gabinete, que eram nomeados pelo Imperador.

4º – *O Ministério é um corpo coletivo.* O Conselho de Ministros era um corpo que deliberava coletivamente, sendo o Presidente o diretor dos trabalhos, um *primus inter pares*.

5º – *Os ministros são membros do Parlamento.* Os membros do Gabinete, durante o Império, não precisavam ser membros do parlamento, eram escolhidos pelo arbítrio do Presidente do Conselho. Entretanto, podiam os ministros acompanhar as sessões da Câmara dos Deputados, sendo-lhes permitida a manifestação e a defesa, da tribuna, de projetos e posicionamentos do governo.

6º – *O Gabinete é politicamente responsável perante o Parlamento.* No sistema parlamentar do Império, o gabinete recebia a sua investidura, em parte, do Parlamento, o que fazia com que perante ele fosse responsável. A Câmara dos Deputados dispunha do mecanismo do voto de desconfiança para afastar o ministério que entrasse em choque com a política desenvolvida no Legislativo.

7º – *O Chefe de Governo pode recomendar ao Chefe de Estado a dissolução do Parlamento.* Na monarquia brasileira, o Imperador tinha a prerrogativa, expressa no artigo 101, 5º, da Constituição, de dissolver a Câmara dos Deputados, o que fazia por seu arbítrio, não estando tal faculdade submetida a qualquer pedido do Presidente do Conselho, o que, na visão de Verney (1979), caracteriza uma monarquia pré-parlamentar.

8º – *O Parlamento como um todo é superior ao Governo.* Segundo a Constituição de 1824, a Assembléia Geral era, juntamente com o Imperador, representantante da nação brasileira. Isso, desde logo, coloca o Parlamento acima do Governo, que, no sistema parlamentar imperial, era mero agente do Imperador, chefe legal do Poder Executivo. Entretanto, a prática constitucional brasileira transformou, como visto, o Presidente do Conselho em Chefe de Governo, que tinha poder superior ao das câmaras enquanto gozasse do beneplácito do Poder Moderador.

9º – *O Governo somente é reponsável indiretamente perante o eleitorado.* Essa característica apontada por Verney (1979) tem sentido

completo nos regimes em que os ministros saem do corpo parlamentar. Como no Brasil imperial isso não era regra, aqui há um distanciamento do padrão parlamentarista. Quanto aos ministros parlamentares, a regra se aplica, ressaltando-se que, antes de serem responsáveis diretamente perante o Parlamento, o eram perante o Imperador.

10º – *O Parlamento é o foco de poder no sistema político.* É exatamente nesse ponto, o que mais fortemente caracteriza o sistema parlamentar, que o regime do Império era totalmente contrário à doutrina parlamentarista. Como visto, o foco real de poder no sistema político do Império era o Imperador, titular dos poderes Moderador e Executivo, que reinava e governava, nulificando as maiorias formadas no parlamento e relegando os representantes da nação a um plano secundário da vida política nacional.

Assim, ante a análise dos dez pontos apresentados por Verney (1979) como característicos do modelo institucional do sistema parlamentar, somente resta constatar que o regime desenvolvido no Império, em muitos pontos, dele dissentia. Provavelmente, a evolução das instituições levasse o Império a viver, verdadeiramente, sob a égide de um sistema parlamentar, uma vez que, como ressaltava Alves Branco no Senado em 1841, a interpretação do texto constitucional de 1824 variava de geração para geração, estando num constante aperfeiçoamento, interrompido pela República em 1889.

Talvez, os planos de D. Pedro fossem mais audaciosos e prudentes. Talvez, não fosse o advento da República, o reinado de Pedro II teria entrado para a história do Brasil como um governo de transição. Transição entre o absolutismo cru da tradição portuguesa representada por seu pai, Pedro I, e um reinado de efetivo regime parlamentar, chefiado por sua filha, a Princesa Imperial Isabel, futura Imperatriz. Entretanto, isso é uma especulação e, como pregava Weber, a cátedra não existe nem para os demagogos, nem para os adivinhos; não sendo, portanto, ambiente para especulações.

A realidade é que o reinado de Pedro II não foi o de um monarca submetido às regras claras do sistema parlamentar, foi um reinado de poder pessoal em que foram ensaiadas e testadas as instituições do parlamentarismo inglês. O regime de gabinetes do Império foi uma nuance dentro da referida escala de classificação dos sistemas de governo, mais um modelo híbrido que se pode constatar na história das instituições políticas. Foi, para utilizar a expressão de Raul Pilla, o “parlamentarismo brasileiro”, com suas características próprias, não podendo ser comparado aos modelos francês e inglês. Foi o parlamentarismo que as elites brasileiras e o fraco eleitorado do Império permitiram, um parlamentarismo “às avessas”, um parlamentarismo “à brasileira”, submetido ao “imperialismo”, um parlamentarismo em que homens representavam mais que instituições.

### Notas

<sup>1</sup> Os partidos tinham alcunhas regionais em todas as províncias, por exemplo: em Sergipe, os luzias eram chamados rapinas e os saquaremas camondongos; no Ceará, havia chimangos e carangueijos; em Santa Catarina, cristãos e judeus; na Paraíba, baetas e rasgados; em Pernambuco, praieiros e guabirus, e assim por diante.

<sup>2</sup> “Ou a reforma, ou a revolução. A reforma para conjurar a revolução; a revolução como consequência necessária da natureza das coisas, da ausência do sistema representativo, do exclusivismo e oligarquia de um partido. Não há que hesitar na escolha: A REFORMA! E o país será salvo”. Assinaram o Manifesto Nabuco de Araújo, Souza Franco, Zacarias de Góis e Vasconcelos, Teófilo Ottoni e Francisco Octaviano (NABUCO, 1997, p. 785).

<sup>3</sup> Constituição Política do Império do Brasil, artigos 92 e 94.

<sup>4</sup> A reforma de Paraná não se estendia às eleições para o Senado, no que, segundo São Vicente (BUENO, 1857, p. 199), acertou: “A sobredita lei, distribuindo por círculos as eleições dos deputados e membros das assembleias provinciais, conservou o sistema anterior, ou a eleição por províncias quanto aos senadores; e nisso procedeu bem. (...) Os senadores, representantes dos interesses gerais e das idéias conservadoras, devem depender de uma base mais larga e menos móvel, ainda quan-

do se faça abstração da conveniência de uma mais ampla latitude para sua escolha”.

<sup>5</sup> Sobre as discussões acerca da reforma eleitoral na Sessão Parlamentar de 1855, ver NABUCO, 1997, p. 205 et seq.

<sup>6</sup> Esse fato é extremamente interessante quando se sabe que Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, o Presidente do Conselho e, assim, pretensamente o chefe dos conservadores de então, foi o redator, já em 1865, dos cinco primeiros projetos emancipacionistas do Império, que, fundidos, transformaram-se na Lei do Ventre Livre. O posicionamento do Presidente era um, mas dos seus liderados outro, totalmente antagônico. Isso contribuiu para a apatia de São Vicente no poder, que tinha sua liderança abalada pela atuação de Paulino José Soares de Sousa, filho do Visconde do Uruguai e herdeiro do conservadorismo tradicional do “triuvirato” e dos “consistórios”.

<sup>7</sup> Machado de Assis, que como jornalista cobria as sessões do Senado, traça, no seu *O Velho Senado*, um perfil bastante interessante da Câmara Alta do Império, bem como de alguns senadores, como Zacarias de Góis e Vasconcelos: “Zacarias fazia reviver o debate pelo sarcasmo e pela presteza e vigor dos golpes. Tinha a palavra cortante fina e rápida, com uns efeitos de sons guturais, que a tornavam mais penetrante e irritante. Quando ele se erguia, era quase certo que faria deitar sangue a alguém. Politicamente, era uma natureza seca e sobranceira. (...) No Senado, sentava-se à esquerda da mesa, ao pé da janela, abaixo de Nabuco, com quem trocava os seus reparos e reflexões”.

<sup>8</sup> Relato detalhado dessa manobra oposicionista dos liberais faz Joaquim Nabuco, 1997, p. 802 a 807.

<sup>9</sup> Sobre a aplicação do princípio do *Rei reina e não governa*, ver a pormenorizada análise do Visconde do Uruguai (SOUZA, 1997, p. 313 et seq), de onde são retirados os principais dados aqui apresentados.

<sup>10</sup> É importante não confundir o Conselho de Estado com o Conselho de Ministros. Enquanto este é o Governo, aquele é um órgão consultivo da Coroa, formado por conselheiros vitalícios escolhidos pelo Imperador. Geralmente os Conselheiros de Estado eram também senadores e, porventura, ocupavam pastas no ministério. Para uma análise da importância do Conselho de Estado na política imperial, ver, por todos, CARVALHO, 1996, p. 327 et seq.

### Referências

BUENO, José Antônio Pimenta. (Marquês de São Vicente). *Direito publico brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve & C., 1857.

- CALMON, Pedro. *História do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1959. 5 v.
- CARNEIRO, Levi. *Uma experiência de parlamentarismo*. São Paulo: Martins, 1965.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ; Relume Dumará, 1996.
- CHACON, Vamireh. *História dos partidos políticos brasileiros*. Brasília: UnB, 1985.
- D. PEDRO II. Imperador do Brasil. *Conselhos à regente*. Rio de Janeiro: São José, 1958.
- LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil imperial*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1993.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, [19-?].
- MITRE, Bartolomeu. *Historia de San Martin*. [S. l.: s. n., 199-?].
- NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992.
- SOUSA, Paulino José Soares de. (Visconde do Uru-guai). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O consensus no constitucionalismo ocidental*. 1984. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.
- VERNEY, Douglas V. *The analysis of political systems*. London: Routledge & Kegan Paul, 1979.



# Hegel – seu tempo e o Estado

Wremyr Scliar

## Sumário

I – Hegel e seu tempo. II – Hegel e o Estado. 1. Introdução. 2. Compreender Hegel. 3. Papel do Estado. 4. A forma do Estado. 5. A família, a sociedade e o Estado. 6. A forma de governo. 7. Conclusões.

### *I – Hegel e seu tempo*

Jacques Le Goff (2005), ao explicitar que a análise de um personagem histórico não se confunde com a biografia, salienta que, ao se procurar o “verdadeiro” de um personagem, deve-se globalizar um período completo com o conjunto de seus problemas. Com isso, Le Goff (2005), o historiador da Nova História, adota o método dialético, unindo a parte ao todo, na sua interação integral.

Encontrar e compreender Hegel (1980, 1997) e seu tempo não é, também, uma análise biográfica, mesmo que ela possa demonstrar o quanto de verdadeiro, possivelmente limitado, se encontre em uma personagem histórica.

Os dados biográficos podem até ser relevantes, mas serão sempre secundários quando o método de compreensão se detiver em um determinado período, obviamente cronológico, com marcos anteriores e posteriores ao biografado, nos quais aflorarão elementos pesquisados que universalizam a pessoa e seu tempo.

Assim, interessa, quanto a Hegel (1997), os seus “Princípios da filosofia do direito”,

Wremyr Scliar é Auditor Substituto de Conselheiro do TCE-RS, aposentado; Diretor da Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena TCE-RS; Professor de Direito Administrativo – PUC-RS.

publicado em Berlim em 1818, e o “compartimento” histórico que o acompanha.

A época, e as épocas não são as mesmas em todos os países, é, de certa forma, o amadurecimento do romantismo, ainda reflexos humanísticos da Revolução de 1789.

Importa observar não os demais pensadores – notadamente Kant e Fichte, ambos alemães como Hegel – ou os primeiros valores democráticos já consagrados, como na Declaração de 1776, mas o contexto mais amplo na literatura, na música, na vida política, na economia e na sociedade.

Identificados os valores de liberdade e igualdade (e também de solidariedade) conquistados pela Revolução de 1789 e que rapidamente se espalham, notadamente na América do Norte, a novidade são as conquistas políticas (as sociais viriam mais tarde) e o florescimento cultural (de forma ampla e econômica).

Quanto à economia, nota-se o extraordinário desenvolvimento da Inglaterra, cuja extração de carvão e movimento de mercadorias atinge marcas inimagináveis, seguida pela França, Bélgica e Holanda, enquanto a Alemanha ainda não formara consistentemente sua burguesia comercial e industrial.

Quanto às questões políticas, mesmo com a contra-revolução representada por Napoleão, a França, como a América do Norte e a Inglaterra, já tem os germes sólidos da democracia representativa.

De outro lado, o barroco está definitivamente superado na música, tanto na Itália, Inglaterra ou França, enquanto ainda na Alemanha há uma vaga de suspiro por Bach e Haendel, e Mozart e Haydin ainda são os mestres insuperáveis do classicismo.

É verdade que um exponencial grupo de compositores alemães irá consolidar o que se pode chamar de romantismo.

É o caso de Beethoven, Schubert, Schumann e Mendelsohn (mais tardiamente, Wagner).

O que caracteriza o romantismo? Sua identidade com o humanismo – a preocupação com a humanidade e a linguagem

universal, mesmo quando colhida de elementos populares nacionais ou regionais.

Beethoven (1770–1827) tem sua obra mestra na 9ª Sinfonia (sob o aspecto do humanismo universal), coroando-a não com instrumentos de orquestra e sim com as vozes humanas, na mais importante sinfonia coral de todos os tempos – a Nona, com a Ode à Alegria, texto poético de Schiller, em que se destaca:

*“Alle menschen Werden Brüder”*

(Todos os homens serão irmãos).

Schubert (1797–1820) e Schumann (1810–1856) trilham a mesma estrada larga e universal do humanismo, como Mendelsohn (1809–1847).

Na literatura, além de Schiller e Heine, Victor Hugo lança versos proféticos aos quatro cantos:

*“O Republique universelle, tu n’est pas encore qu’une centeille, demain tu será le soleil”*.

Ou seja, a universalização humanista do romantismo acima das fronteiras e do provinciano e rancoroso nacionalismo.

Dostoiewski, Puschkin, Balzac, Maupassant, Tchecov, para citar alguns, seguem uma corrente agora voltada para valores civilizatórios, conquistados e universais.

Enquanto isso, Hegel (1980, 1997) prega o nacionalismo exacerbado, mesmo que à força de armas.

*“O Estado é força, e força militar; todas as suas outras características (unidade do direito, da religião, da cultura, ... são secundárias”*.

*“O Estado deve ser autoritário” ... “Nele o indivíduo realiza a sua liberdade”*.

Quando assiste a Napoleão, cavalcando na sua Prússia ocupada, Hegel vê no “Imperador essa alma do mundo” (BOURGEOIS, 2004).

Em Napoleão admira o restaurador nacional do Estado, que soube unir o princípio da centralização exigida pela soberania estatal com o princípio da participação exigida pelo espírito da liberdade próprio da época (B. Bourgeois).

Distante do humanismo e alheio ao romantismo (caudatário da Revolução), Hegel está na outra margem da história.

Saudosista do passado teutônico e das lendas medievais, como Wagner (ambos idolatrados no nazismo), Hegel pensa mais a particularidade do povo alemão do que a visão universal da Declaração de 1789.

Como Maquiavel, está profundamente atormentado com o passado e com o que deveria ter sido o presente.

Nesse drama, o personagem central é o contra-revolucionário Napoleão, ideal idêntico de 1933.

Conclui-se, assim, que Hegel não consegue acompanhar, porque darwinianamente não compreendera, a evolução social e política (democrática) em contrapartida com a unificação nacional e o nacionalismo.

## II – Hegel e o Estado

### 1. Introdução

É crescente o entendimento de que há uma parcela de responsabilidade, bastante grave, entre os intelectuais no fascínio e na atração das massas pelas doutrinas totalitárias. Nesse sentido, poder-se-ia recordar as dramáticas observações e o próprio testemunho e experiência pessoal de Hanna Arendt ou as observações do sociólogo romeno Serge Moscovici.

Recorda os casos da pureza ariana e da discriminação racial; da vitória dos mais fortes sobre os mais fracos; das diferenças entre os povos do norte e os do sul, entre outros.

Dessa mistificação totalitária, conduzida habilmente por políticos e militares que empalmaram o aparelho do Estado, sabe-se das suas conseqüências. Na última grande guerra, pelo menos 50 milhões de mortos, milhares de cidades destruídas e a quase dizimação da civilização.

Teria o nazismo se apropriado de idéias hegelianas a respeito do Estado? E conduzido-o para a catástrofe e o holocausto?

É o que tentaremos responder.

## 2. Compreender Hegel

Hegel (1770–1831) representa o pensamento, e ele próprio, mais importante da reação ao pensamento político do século XVIII – e ao jusnaturalismo. A principal efetivação desse pensamento anterior é, sem dúvida, a Revolução Francesa, lastrada na separação dos poderes, na liberdade e no liberalismo e, ainda, na igualdade e afirmação política individual.

Hegel subverte esse pensamento.

Como afirma R. Amaral Vieira (1986, p. 53):

“A vontade individual rousseauiana – por exemplo – transforma-se, em Hegel, em vontade absoluta, espírito objetivo, Deus, que se manifesta no Estado, tanto na arte quanto na religião. Para ele isso tem lógica: fruto da vontade individual, o Estado seria uma realidade arbitrária; concebido, porém, como fruto da vontade absoluta, faz desaparecer toda contingência: o Estado é o que é e não pode ser de outro modo. Por isso, o papel da filosofia não é mais o de indagar o dever ser estatal, mas o de intentar compreender e explicar por que ele é tal e qual é. Malgrado essa formulação metafísica, Hegel fala de um método científico, que, todavia, não deixa de ser metafísico, como se pode concluir de sentenças tais: o Estado é a substância social que chegou à consciência dela mesma ou (o Estado é) ‘a realidade da idéia ética, da vontade substancial, em que a própria consciência do indivíduo se eleva à comunidade e, portanto, ao racional em si e para si’, ou ainda o Estado é um terrestre divino.”

Hegel fala mesmo em uma essência do Estado que manifesta os produtos humanos de qualquer forma ou natureza e que merece respeito como se fosse uma entidade divina.

Em face dos indivíduos, o Estado é o ser supremo e encarna o direito superior.

Para Hegel (1980, 1997), como em Aristóteles (2006), o Estado, tanto lógica como metafisicamente, é anterior ao indivíduo.

### 3. *Papel do Estado*

O Estado, para Hegel, tem duplo papel.

a) dar ao direito uma realidade necessária e fática, fora do Estado o direito não passa do possível;

b) reconduzir o indivíduo, a família e a sociedade burguesa à vida do Estado, isto é, à vida da substância geral.

Abandonando as formulações clássicas do século XVIII, Hegel preconiza a renúncia de fórmulas abstratas e concebe uma liberdade e uma igualdade concretas, positivas, conciliadas na lei.

### 4. *A forma do Estado*

A decisão metafísica – fundar o Estado sobre a vontade absoluta e não sobre as vontades individuais – tem suas conseqüências no plano da política objetiva. A primeira delas é a impossibilidade lógica de Hegel admitir que o poder legislativo seja a base dos poderes, ao qual, na tradição liberal inglesa, todos os demais estariam subordinados. Não; para ele, bem melhor que o legislativo, o executivo representa e encarna a unidade do Estado, sua preocupação. De qualquer sorte, a separação de poderes, no sentido corrente, não é própria para a criação de uma unidade viva. Daí: soberano não é o poder legislativo, nem o poder popular, mas o Estado, mais precisamente o monarca; quando este diz “Eu quero”, está colocando em prática o princípio de toda ação, de toda realidade. E não há mesmo necessidade de que se trate de um Príncipe absoluto, até porque Hegel está entusiasmado com a monarquia constitucional, regime que considera como a forma mais perfeita de governo. Não apenas todas as constituições passadas ou presentes foram, têm sido e são ainda formas necessárias de desenvolvimento do Estado; a monarquia constitucional é a melhor das formas constitucionais porque contempla as formas monárquica, aristocrá-

tica e democrática e as transforma em sua unidade. Isso implica dizer que o “Eu quero” do Príncipe não é necessariamente uma afirmação arbitrária; aquele ato de vontade absoluta pode ter sido precedido de deliberação.

Na monarquia constitucional hegeliana, há lugar, ao lado do Príncipe, para a existência de uma série de corpos legislativos, por intermédio dos quais o povo toma parte em seus negócios; essa participação é atribuída ao direito que possui o espírito geral do povo de manifestar-se, de intervir nos negócios públicos. Mas as leis que podem formular não podem ser outra coisa senão o desdobramento das leis já existentes... Aos corpos legislativos não cabe decidir, mas opinar. O Príncipe, por seu lado, não está obrigado a seguir as indicações legislativas, embora esteja em suas mãos o direito da paz e da guerra, a direção dos exércitos e das relações estrangeiras e da administração em geral. Cabe-lhe sempre a última palavra sobre todas as coisas. E não é um monarca absoluto, porque o poder que exerce deriva da ordem constitucional!

De outro lado, o Estado é independente e soberano – representa a força.

Por esses atributos, a sua maior expressão soberana é a guerra.

Portanto, ele não apenas pode mas deve usar a força para se manter e crescer.

Para Hegel (1980, 1997), a razão final é a razão do Estado.

A razão do Estado determina e dita a guerra ou a paz.

Os tratados, por isso, são provisórios.

A razão que os ditou poderá perder sua finalidade. A ruptura terá sua razão para o bem do Estado. O bem do Estado deverá prevalecer.

Cada Estado e cada povo foi vencedor ou foi vencido.

O Estado que lutar e vencer será o vitorioso – o outro derrotado.

O direito, como o Estado, em Hegel (1980, 1997), é a livre vontade objetiva e superior às vontades individuais.

O direito individual deverá ser acoplado ao dever.

Trata-se, com efeito, de opor o Estado à sociedade civil e ao indivíduo. Por isso mesmo, o homem, como sujeito de dever, é capaz de pensar e agir melhor do que o teórico.

Mas não se trata de um mero jogo dialético. É, com efeito, uma compreensão das contradições e das observações históricas anteriores – Revolução Francesa, Napoleão, Restauração e a realidade de seu país.

A sociedade não é uma soma de seres vivos, mas um novo organismo vivo. O indivíduo se realiza e se concretiza no Estado.

Adversário do individualismo da Revolução Francesa, Hegel (1980, 1997) afirma que o meu não deve, nem pode, fazer-se centro, princípio e fim das coisas. O indivíduo não é nada. O Estado é tudo, o Estado é Deus. Assim, retoma o ponto inicial de sua teoria do Estado. Se o Estado tivesse como função básica, justificadora de sua existência, a conservação da liberdade, da propriedade, o indivíduo é que estaria constituindo o fim da sociedade política. Por outro lado, se o indivíduo pode, ele mesmo, fazer o sacrifício de seu próprio bem é porque está livre (dispensado) de não mais se considerar como membro do Estado. Essa faculdade Hegel não poderia conceder ao indivíduo sem que permitisse soçobrar o edifício de sua construção estatal. Para ele, assim, o fim do Estado não é a conservação da propriedade individual, mas o triunfo do Estado ele mesmo. O indivíduo, porção do todo, não está autorizado a se impor ao todo; ele deve querer o bem do todo; e agir nesse sentido.

#### *5. A família, a sociedade e o Estado*

Para Hegel (1980, 1997), a família representa o imediato da moral concreta; a sociedade burguesa corresponde ao Estado do liberalismo econômico.

O Estado consolida a unidade orgânica da vida política.

O Estado é a idéia que comanda a família e a sociedade, algo como fenômeno.

O Estado político emerge, dessa forma, como a vida concreta dos indivíduos. Ele não é apenas a sua unidade mas a própria

razão de ser. A unidade é assim integrada por aqueles conscientes da sua vontade e da vontade geral.

O dualismo sociedade civil e burguesa e vida política está na raiz do privado e do cidadão – como na cidade clássica e que desapareceu com a Revolução Francesa.

Em outras palavras, Hegel buscava a conciliação entre o liberalismo e o Estado, vale dizer, entre a liberdade individual e a vontade geral.

É a forma moderna do Estado preconizada em superação ao Estado liberal.

Para Hegel (1980, 1997), o Estado é “a imagem e a realidade da razão”.

No Estado grego, a liberdade era a liberdade de alguns. Essa sociedade democrática grega, para Hegel, amparava-se sobre a escravidão.

Hegel quer a adesão do indivíduo ao Estado.

#### *6. A forma de governo*

Norberto Bobbio (1997) observa que em Hegel se fundem, sinteticamente, o pensamento de Vico e de Montesquieu.

Para Vico, a concepção das formas de governo é histórica; em Montesquieu ela é espacial e geográfica.

Em Hegel, há as duas coisas.

Mas o pensador político adota o sistema da monarquia constitucional.

O Estado articulado e aperfeiçoado, para Hegel, é o da monarquia constitucional.

As formas clássicas, diz Hegel (1980, 1997), que “pertenceram a diversas totalidades, se reduzem a momentos da monarquia constitucional”.

Fundamental é que o poder não seja de um, poucos ou muitos, mas que seja dividido entre distintos órgãos de poder e seja substancialmente por esses exercícios.

#### *7. Conclusões*

Como razão absoluta, a doutrina de Hegel sobre o Estado se partilha nas doutrinas coletivistas e a sua construção é a afirmação do Estado que encarna a síntese da fa-

mília e da sociedade civil, assim como a síntese da idéia, da realidade social, do destino coletivo e do movimento do tempo.

A proposição hegeliana de Estado – assevera com segurança Gurvitch – encarna “a realidade de idéia moral, a totalidade ética, a realização da liberdade, o verdadeiro organismo, o infinito real, o espírito na sua racionalidade absoluta e na sua realidade imediata”.

No bojo dessas considerações, a liberdade real é a subordinação e a participação individual na esfera da liberdade estatal. A felicidade da pessoa está intimamente vinculada à totalidade moral do Estado; a essência reside na idéia do todo racional e místico, e não na individualidade, pois esta só se realiza mediante aquela. Isso, contudo, poderia conduzir à falsa proposição de que a oposição entre Estado e sociedade civil assume demarcações regidas de maneira ortodoxa.

Pode-se perceber, no entanto, a efêmera aparência de uma hipotética desvinculação entre ambas ou do erro de uma total subordinação da sociedade civil ao Estado.

O Estado para Hegel (1980, 1997) deve ser autoritário, ele é força e força militar. As outras características são secundárias.

Hegel (1980, 1997) introduz o aspecto ético do Estado, como lugar de florescimento do indivíduo e de realização concreta da verdadeira liberdade.

Para Hegel, observa Bernard Bourgeois (2004), não é o contrato, mas a força do grande homem que cria o Estado.

A força do Estado é a sua natureza real e histórica e é também a sua origem.

Tudo o que em Kant era regulativo, ensina Cabral de Moncada (1998), em Hegel é constitutivo.

Enfim, situado na doutrina do espírito objetivo (direito, moral e Estado, Hegel considera o Estado) como encarnação suprema da liberdade, como a idéia de Deus (absoluta) sobre a terra.

Dirigida sua teoria contra o feudalismo, o separatismo e os particularismos germânicos, era também hostil às lutas sociais.

Proclamar o Estado como a força racional suprema do desenvolvimento social, considerando, desde logo, as iniciativas sociais das classes exploradas.

Daí, resta apenas um passo, menosprezando a racionalidade, para utilizar-se a doutrina de Hegel como fundamento do Estado-força e vencedor.

Não foi o que ocorreu na História.

Entretanto, não era essa a doutrina de Hegel, embora um seu aspecto particular.

A liberdade concreta conquistada no Estado é o seu aspecto mais importante.

As doutrinas, e as totalitárias assim se apresentam, quando afirmam buscar construir sociedades justas e orientadas por valores superpostos aos valores humanos, não se reconhecem orientadas para o mal.

Afinal, os homens sempre acreditam que estão fazendo o bem.

Essas doutrinas, fundamentalistas ou políticas, que não raras vezes tentam as massas, alienando-as do seu caminho histórico, apartam as pessoas da busca do “bem”, transferindo para a “elite dirigente” a condução do Estado, e aí acabam se confundindo com as tragédias históricas, para as quais têm a sua devida parcela de responsabilidade.

Paradoxalmente, o julgamento da História não lhes tem sido favorável.

As idéias de Hegel (1980, 1997) sobre o Estado foram julgadas pela História quando adotadas por regimes políticos que profetizavam os mil anos, messiânicos do poder e da sua expansão.

Quanto ao espírito do povo em Hegel, ele equivale ao espírito do tempo. Todavia, o tempo em Hegel é o tempo do Estado. O espírito do povo somente se realiza no tempo do Estado.

Do espírito do povo deriva a constituição (ética política), que organiza o Estado e esse institui o direito positivo.

Em Hegel (1980, 1997), Estado e política são superiores à ética e a lei só se objetiva se for cumprida, por ser apenas formal.

O cumprimento da lei, formal, reside no poder do Estado.

A Constituição resulta do espírito do povo – deve ser aceita e está em constante formação.

Por isso, para Hegel (1980, 1997) o Estado é o garantidor da lei e seu caráter é nacional.

Entretanto, a adoção e a prática da doutrina de Hegel comprovaram que nela há uma certa tensão não-democrática, baseada na concepção histórica do Estado e no espírito do povo.

### Referências

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.
- ANCEAU, ERIC. *O novo regime*. São Paulo: Duetto, [19 – ?].
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Toles. São Paulo: M. Claret, 2006.
- BATH, Sérgio et al. *Maquiavel: um seminário na Universidade de Brasília*. Brasília: UnB, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia políticas e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito*. Porto Alegre: Unisinos, 2004.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Paulo Neves da. *O pensamento político de Hegel*. Porto Alegre: Unisinos, 2000.
- CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Melhoramentos; Brasília: UnB, 1983.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 6. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.
- GOFF, Jacques Le. *Em busca da idade média*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- GONZALEZ, Horácio. *Karl Marx: o apanhador de sinais*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- GRAZIA, Sebastian de. *Maquiavel no inferno*. São Paulo: LPM, 1993.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 10. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.
- HADDOCK, B.A. *Uma introdução ao pensamento histórico*. Lisboa: Gradiva, 1989.
- HEGEL, G.W.F. *Introdução à história da filosofia*. Coimbra: A. Amado, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1997.
- HOBBSAWN, Eric. *A era das revoluções*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- \_\_\_\_\_. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo*. Rio de Janeiro: UFRJ, São Paulo: UNESP, 2004.
- LOUREIRO, Isabel Maria. *A revolução alemã: 1918-1923*. São Paulo: UNESP, 2005.
- MANDEL, Ernest. *Introdução ao marxismo*. 4. ed. Porto Alegre: República, 1982.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Vitória, 1956. 3 v.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1984.
- MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MOREIRA, Marcilio Marques. *O pensamento político de Maquiavel*. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Maquiavel: um seminário na Universidade de Brasília*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Textos filosóficos*. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- TAYLOR, Charles. *Hegel e a sociedade moderna*. São Paulo: Loyola, 2005.
- TEXIER, Jacques. *Revolução e democracia em Marx e Engels*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.
- VIEIRA, Roberto Átila Amaral. *Uma introdução ao estudo do estado e do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

# A situação jurídica dos emigrantes brasileiros na Bolívia

Roberto Chacon de Albuquerque

## Sumário

Introdução. 1. Da reforma agrária à revolução agrária. 2. Constituição boliviana. 3. Código de Processo Civil boliviano. 4. Código de Processo Penal boliviano. 5. Lei do Serviço de Relações Exteriores. 6. Lei de Reforma Agrária boliviana. 7. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 8. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. 9. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 10. Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. 11. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclusão.

## Introdução

A Bolívia anunciou em junho de 2006 que expulsará do seu território cerca de 200 famílias de produtores rurais brasileiros. Eles seriam intimados a deixar suas terras, sob pena de serem expulsos da Bolívia *manu militari*, com a intervenção do Exército, o que pode gerar conflitos armados.<sup>1</sup> As cerca de 200 famílias de produtores rurais brasileiros possuem terras a menos de 50 km da fronteira com o Brasil, no departamento<sup>2</sup> de Pando, próximo a Rondônia. Para a Bolívia, essas terras teriam sido adquiridas ilegalmente na faixa de fronteira, em desrespeito à soberania nacional.

Os produtores rurais brasileiros instalaram-se na Bolívia sobretudo a partir da década de 90, nos departamentos de Santa

Roberto Chacon de Albuquerque é Advogado, doutor em direito pela FDUSP, professor universitário.

Cruz, Beni e Pando.<sup>3</sup> Esse fenômeno é o resultado indireto da expansão da fronteira agrícola brasileira, da Marcha para o Oeste iniciada na década de 40 por Getúlio Vargas.<sup>4</sup> A terra na Bolívia era menos cara em comparação com o Brasil. Haveria atualmente um total de aproximadamente 30 mil produtores rurais brasileiros na Bolívia. A par dos departamentos de Beni e Pando, eles instalaram-se sobretudo no departamento de Santa Cruz, fronteiro ao Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Santa Cruz, um caldeirão étnico com pessoas das mais diversas origens,<sup>5</sup> é responsável pela maior parte da produção agropecuária boliviana. A soja é o segundo item da pauta de exportações boliviana, logo após o gás natural exportado para o Brasil. Sozinhos, os produtores rurais brasileiros seriam responsáveis por uma quantidade considerável da produção de soja.<sup>6</sup> Os produtores rurais brasileiros não se instalaram clandestinamente do outro lado da fronteira, tampouco invadiram território alheio. Eles compraram terras na Bolívia para cultivá-las, contribuindo para gerar riqueza no país vizinho.

O anúncio da expulsão das cerca de 200 famílias de produtores rurais brasileiros ocorreu num período pré-eleitoral, em que os bolivianos escolheram seus representantes para a Assembléia Constituinte, bem como se pronunciaram sobre o referendo das autonomias<sup>7</sup>. As eleições ocorreram em 2 de julho de 2006. O objetivo pode ter sido o de polarizar o eleitorado.<sup>8</sup> A Bolívia seria rígida com o cumprimento das leis que impedem estrangeiros de possuir terras a menos de 50 km da fronteira. Essa rigidez já foi demonstrada anteriormente numa situação análoga. A empresa siderúrgica brasileira EBX, que se instalara a menos de 50 km da fronteira com o Brasil, em Puerto Suárez, cidade boliviana diante de Corumbá, Mato Grosso do Sul, foi expulsa da Bolívia em abril de 2006. A EBX teria violado ainda normas ambientais, construindo fornos de fundição sem licença.

## 1. Da reforma agrária à revolução agrária

A reforma agrária na Bolívia, como na maior parte dos países, não é um fenômeno recente. Pelo contrário, já conta com uma história de mais de 50 anos, povoada de erros e acertos, de idas e vindas. Já em 2 de agosto de 1953, o ex-presidente boliviano Víctor Paz Estenssoro anunciou no povoado de Ucuireña, onde surgiu o primeiro sindicato agrícola boliviano, a primeira reforma agrária.<sup>9</sup> O país saíra convulsionado do processo revolucionário que se iniciara em 1952, a chamada “Guerra Campesina”. Movimentos de camponeses e indígenas haviam entrado em sério conflito com o governo, exigindo a distribuição de terras. A reforma agrária lançada em 1953 foi uma tentativa de apaziguar os ânimos num país à beira da guerra civil. O dia 2 de agosto, quando se iniciou a reforma agrária, tornou-se o “*día del indio*”. Apesar de já se terem passado 50 anos, a reforma agrária ainda não foi concluída. Seu princípio fundamental tem sido o de que a terra deve ser de quem trabalha. O latifúndio foi praticamente eliminado no Altiplano e nos vales,<sup>10</sup> no oeste da Bolívia, mas surgiram minifúndios improdutivos. Muitos minifúndios carecem de valor, já que sua produtividade se esgotou. Quase não se distribuem recursos para a mecanização e compra de fertilizantes. Em 18 de outubro de 1996, aprovou-se a Lei do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INRA) com o objetivo de concluir a reforma agrária na Bolívia. A reforma agrária, como no Brasil, é encarada como uma forma de lutar contra a pobreza.

Como o latifúndio já foi praticamente eliminado no Altiplano e nos vales, a reforma agrária precisa agora ser efetuada nas planícies, no leste da Bolívia.<sup>11</sup> Isso pode acirrar conflitos regionais latentes no país vizinho. Embora se costume acreditar que a Bolívia é um país andino, há efetivamente duas Bolívias. A Bolívia do Altiplano e dos vales, no oeste, próxima ao Peru, marcada-

mente indígena, e a Bolívia da planície, no leste, próxima ao Brasil, multiétnica. A Bolívia, para começar, tem duas capitais. La Paz, no Altiplano, é a capital administrativa. Sucre, nos vales, por outro lado, é a capital judicial, sede da Corte Suprema de Justiça da Nação<sup>12</sup>, órgão máximo do Poder Judiciário boliviano. Ambas, La Paz e Sucre, localizam-se no oeste da Bolívia, da qual fazem parte os departamentos de Chuquisaca, Cochabamba, La Paz, Oruro e Potosi. A Bolívia da planície compreende, como já tivemos a oportunidade de salientar, os departamentos de Beni, Pando e Santa Cruz, todos limítrofes ao Brasil. O departamento de Tarija, no extremo sul da Bolívia, junto à Argentina e Paraguai, ocupa uma área de transição, da região oeste à região leste. Tarija tende a identificar-se politicamente mais com a Bolívia da planície do que com a Bolívia do Altiplano.<sup>13</sup> Os bolivianos do Altiplano e dos vales costumam denominar-se *collas*, enquanto os bolivianos da planície chamam-se *cambas*. Os *collas* têm uma ascendência sobretudo aimará e quéchua, enquanto os *cambas* têm uma ascendência nomeadamente multiétnica<sup>14</sup>.

O governo boliviano anunciou há pouco uma nova reforma agrária, agora intitulada “revolução agrária”. Tanto a data como o local de anúncio da revolução agrária são repletos de simbolismo. À semelhança da reforma agrária do ex-presidente Víctor Paz Estenssoro, a revolução agrária foi anunciada num 2 de agosto, em 2 de agosto de 2006, no “*día del indio*”, no povoado de Ucureña, onde surgiu o primeiro sindicato agrícola boliviano. Os cinco eixos da revolução agrária são: 1) implementação do plano de distribuição de terras devolutas; 2) mecanização e apoio ao pequeno e médio produtor agropecuário; 3) acesso a recursos e mercados; 4) industrialização dos produtos agropecuários; e 5) tornar a Bolívia um país ecológico com soberania alimentar. A revolução agrária pode substituir o paradigma do minifúndio em benefício da comunidade. O objetivo passa a ser o de distri-

buir terras no marco de áreas definidas conforme os costumes dos povos indígenas, reconhecendo-se às “Terras Comunitárias de Origem” (TCO)<sup>15</sup>, território indígena originário, autonomia político-administrativa e controle dos respectivos recursos naturais.<sup>16</sup>

As primeiras terras a serem objeto da revolução agrária proposta pelo governo boliviano podem ser as pertencentes às cerca de 200 famílias de produtores rurais brasileiros a que fizemos menção anteriormente, já que seus empreendimentos se situam a menos de 50 km da fronteira com o Brasil. Os outros produtores rurais, estrangeiros e bolivianos, passarão pelo crivo da “função social” da terra. A expulsão dos estrangeiros que tiverem terras na faixa de fronteira de 50 km pode ser encarada como uma nova faceta da expropriação das empresas estrangeiras envolvidas na exploração de hidrocarbonetos. A expropriação das empresas estrangeiras, como a da Petrobras, foi anunciada pelo governo boliviano em 1º de maio de 2006 no campo de San Alberto, o mais produtivo da Bolívia, operado pela Petrobras. A data escolhida para o anúncio da “nacionalização do gás e petróleo” também teve seu simbolismo: 1º de maio é o dia do trabalho. Pouco depois da expropriação das empresas estrangeiras envolvidas na exploração de hidrocarburos, anunciou-se o projeto de revolução agrária, incluindo a expropriação das terras pertencentes a estrangeiros na faixa de fronteira de 50 km.<sup>17</sup> Recorde-se, no entanto, que, no caso dos estrangeiros, o direito internacional confere-lhes um regime especial em relação aos nacionais. Esse regime é mais favorável do que o dos nacionais, já que os estrangeiros podem não estar familiarizados com a cultura, com o idioma, com a religião, com o direito do país onde vivem. Esse regime está expressamente previsto, entre outras fontes materiais do direito internacional, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

## 2. Constituição boliviana

A Constituição boliviana,<sup>18</sup> a par de garantir a propriedade privada, admite a expropriação apenas em circunstâncias específicas: “I. Garante-se a propriedade privada sempre que o uso que se faça dela não seja prejudicial ao interesse coletivo. II. A expropriação impõe-se por causa de utilidade pública ou quando a propriedade não cumprir uma função social, qualificada conforme a lei e prévia indenização justa” (art. 22).<sup>19</sup> Para que haja expropriação, portanto, é necessário que se observem alguns requisitos. Primeiro, é necessário que haja “causa de utilidade pública”. Se este não for o caso, “a propriedade não (deve) cumprir uma função social”. Em ambas as circunstâncias, “a lei” precisa definir o significado de “utilidade pública” e “função social”. O pressuposto da expropriação é a “prévia indenização justa”.

A reforma agrária *per se* é reconhecida como uma das metas principais da Constituição boliviana: “As terras são do domínio originário da Nação e corresponde ao Estado a distribuição, reagrupamento e redistribuição da propriedade agrária conforme as necessidades econômico-sociais e de desenvolvimento rural” (art. 165).<sup>20</sup> O trabalho é estabelecido como o fator que justifica a conservação da propriedade agrária: “O trabalho é a fonte fundamental para a aquisição e conservação da propriedade agrária, e estabelece-se o direito do camponês à dotação de terras” (art. 166).<sup>21</sup> A Constituição boliviana não admite o latifúndio enquanto tal: “O Estado não reconhece o latifúndio. Garante-se a existência das propriedades comunitárias, cooperativas e privadas. A lei fixará suas formas e regulará suas transformações” (art. 167).<sup>22</sup> Como no Brasil, protege-se a pequena propriedade rural, assim definida em lei, trabalhada pela família: “A residência camponesa e a pequena propriedade declaram-se indivisíveis; constituem o mínimo vital e têm o caráter de patrimônio familiar insusceptível de embargo de acor-

do com a lei. A média propriedade e a empresa agropecuária reconhecidas por lei gozam da proteção do Estado desde que cumpram uma função econômico-social de acordo com os planos de desenvolvimento” (art. 169).<sup>23</sup>

A Constituição boliviana, art. 24, assegura, com o princípio da territorialidade, o primado do direito nacional sobre o estrangeiro: “As empresas e súditos estrangeiros estão submetidos às leis bolivianas, sem que em nenhum caso possam invocar situação excepcional nem apelar a reclamações diplomáticas”.<sup>24</sup> Este artigo pode ser objeto de dúvidas quanto ao seu alcance. Sem dúvida, na Bolívia, “as empresas e súditos estrangeiros estão submetidos às leis bolivianas”. O direito boliviano, no entanto, como qualquer outro ordenamento jurídico, não é um sistema fechado. A Bolívia, como os outros países, ratifica tratados internacionais, que passam a fazer parte do seu direito. Normas internacionais transformam-se, assim, em “leis bolivianas”. “As empresas e súditos estrangeiros” podem, portanto, fundamentar internamente a proteção de seus interesses com base em direito externo. “As empresas e súditos estrangeiros” também têm o direito, à luz de tratados internacionais ratificados pela Bolívia, dependendo das circunstâncias, de buscar o apoio, por exemplo, de repartições consulares. Para o art. 59, compete ao Poder Legislativo aprovar tratados internacionais: “São atribuições do Poder Legislativo: (...) § 12 Aprovar os tratados, concordatas e convenções internacionais”.<sup>25</sup> “São atribuições do Presidente da República: (...) § 2º Negociar e concluir tratados com nações estrangeiras; ratificá-los, mediante prévia aprovação do Congresso” (art. 96).<sup>26</sup> Após o Poder Legislativo ter aprovado um tratado internacional, o Presidente da República deve ratificá-lo, informando à comunidade internacional que a Bolívia doravante se encontra vinculada ao disposto no tratado.

O art. 25 determina a impossibilidade de estrangeiros possuírem terras a menos de 50 km da fronteira:

“Dentro de cinquenta quilômetros das fronteiras, os estrangeiros não podem adquirir nem possuir, a nenhum título, solo nem subsolo, direta ou indiretamente, individualmente ou em sociedade, sob pena de perder, em benefício do Estado, a propriedade adquirida, exceto em caso de necessidade nacional declarada por lei expressa”.<sup>27</sup>

A Constituição boliviana estabelece quem deve ser considerado boliviano e estrangeiro. “São bolivianos de origem: § 1º Os nascidos no território da República, com exceção dos filhos de estrangeiros que se encontrem na Bolívia a serviço de seu governo. § 2º Os nascidos no estrangeiro de pai ou mãe bolivianos pelo fato apenas de residirem no território nacional ou de inscreverem-se nos consulados” (art. 36).<sup>28</sup> O art. 37 estabelece em que circunstâncias se pode obter a nacionalidade boliviana:

“São bolivianos por naturalização:

§ 1º Os espanhóis e latino-americanos que adquiram a nacionalidade boliviana sem renunciar à sua de origem, quando existam, a título de reciprocidade, convenções de múltipla nacionalidade com seus respectivos governos. § 2º Os estrangeiros que tendo residido dois anos na República declarem sua vontade de adquirir a nacionalidade boliviana e obtenham carta de naturalização em conformidade com a lei. O tempo de permanência reduzir-se-á a um ano tratando-se de estrangeiros que se encontrem nos seguintes casos: a) que tenha cônjuge ou filhos bolivianos; b) que se dediquem regularmente ao trabalho agrícola ou industrial; c) que exerçam funções educativas, científicas ou técnicas. d) os estrangeiros que à idade legalmente requerida prestem o serviço militar; e) os estrangeiros que por seus serviços ao país a obtenham da Câmara de Senadores. § 3º Os estrangeiros que à idade legalmente requerida prestem o

serviço militar”.<sup>29</sup> Os produtores rurais brasileiros podem adquirir a nacionalidade boliviana com prioridade, deixando de ser estrangeiros: “O tempo de permanência reduzir-se-á a um ano tratando-se de estrangeiros que se encontrem nos seguintes casos: (...) b) que se dediquem regularmente ao trabalho agrícola” (art. 37, § 2º).

### 3. Código de Processo Civil boliviano

O Código de Processo Civil contém uma série de dispositivos em que se reconhece uma inter-relação entre o direito boliviano e o direito estrangeiro. Exemplificando, as sentenças prolatadas no exterior podem ser executadas na Bolívia: “As sentenças e outras resoluções judiciais prolatadas em país estrangeiro terão na Bolívia a força que estabeleçam os respectivos tratados” (art. 552).<sup>30</sup> Até mesmo se não houver nenhum tratado específico, tais sentenças podem ser executadas na Bolívia, se houver reciprocidade: “Se não existirem tratados com a Nação onde houverem sido pronunciadas essas decisões judiciais, se lhes dará a mesma força que nela se derem às pronunciadas na Bolívia” (art. 553).<sup>31</sup> Os testamentos redigidos no exterior recebem tratamento semelhante:

“I. os testamentos redigidos no exterior surtirão efeito na Bolívia de acordo com os tratados internacionais vigentes sempre que estiverem devidamente legalizados conforme as leis da República, estando submetidos para sua protocolização e registro, segundo o caso, aos trâmites prescritos no presente capítulo. II. no caso de não existirem tratados, os testamentos terão fé na Bolívia se houverem sido redigidos com as formalidades legais estabelecidas no país de sua outorga e se houverem sido devidamente legalizados” (art. 662).<sup>32</sup>

Não há nenhum sistema jurídico que não interaja com o direito estrangeiro.

#### 4. Código de Processo Penal boliviano

Com o Código de Processo Penal, a situação não é diferente. Ele reconhece várias vezes, de maneira exaustiva, a plena aplicação do previsto em tratados internacionais ratificados pela Bolívia. Vamos transcrever tais dispositivos para realçar a importância que o legislador boliviano dá ao cumprimento de normas internacionais. No que diz respeito ao princípio de que não haverá nenhuma condenação sem julgamento prévio e processo legal, estabelece-se: “Ninguém será condenado a sanção alguma se não for por sentença executória, prolatada após haver sido ouvido previamente em julgamento oral e público, celebrado conforme a Constituição, as convenções e tratados internacionais vigentes e este Código” (art. 1º).<sup>33</sup> O princípio da imparcialidade e independência dos magistrados também remete ao previsto em tratados internacionais: “Os juízes serão imparciais e independentes, submetidos unicamente à Constituição, às convenções e tratados internacionais vigentes e às leis” (art. 3º, *caput*).<sup>34</sup> Reserva-se ao imputado os direitos contemplados em tratados internacionais:

“Considera-se imputado toda pessoa a quem se atribua o cometimento de um delito ante os órgãos encarregados da persecução penal. O imputado poderá exercer todos os direitos e garantias que a Constituição, as convenções e os tratados internacionais vigentes e este Código lhe reconheçam, desde o primeiro ato do processo até sua finalização” (art. 5º, *caput*).<sup>35</sup>

As regras sobre prescrição previstas em tratados internacionais devem ter precedência sobre as do direito boliviano: “Terão aplicação preferencial as regras sobre prescrição contidas em tratados e convenções internacionais vigentes” (art. 34).<sup>36</sup> Provas podem ser consideradas ilícitas de acordo com o previsto em tratados internacionais:

“Os promotores não poderão utilizar contra o imputado provas obti-

das em violação à Constituição Política do Estado, convenções e tratados internacionais vigentes e às leis” (art. 71).<sup>37</sup> “Os promotores velarão pelo cumprimento efetivo das garantias que reconhecem a Constituição Política do Estado, as convenções e tratados internacionais vigentes e as leis. Em sua investigação, levarão em conta não somente as circunstâncias que permitam comprovar a acusação, mas também as que sirvam para eximir de responsabilidade o imputado, formulando seus requerimentos conforme este critério” (art. 72).<sup>38</sup>

Os direitos do imputado são também aqueles reconhecidos por tratados internacionais, e não apenas pelo direito boliviano: “Toda autoridade que intervenha no processo se assegurará de que o imputado conheça os direitos que a Constituição Política do Estado, as convenções e tratados internacionais vigentes e este Código lhe reconheçam” (art. 84, *caput*).<sup>39</sup>

A cooperação internacional penal também ocorre levando em consideração o estabelecido em tratados internacionais: “Conferir-se-á a máxima assistência possível às solicitações das autoridades estrangeiras, sempre que for solicitado conforme o previsto na Constituição Política do Estados, nas convenções e tratados internacionais vigentes e nas disposições deste Código” (art. 138, *caput*).<sup>40</sup> “A assistência será negada quando: § 1º A solicitação vulnerar os direitos e garantias previstos pela Constituição Política do Estado, pelas convenções e tratados internacionais vigentes, por este Código e leis vigentes da República” (art. 140).<sup>41</sup> A transmissão de cartas rogatórias, como não poderia deixar de sê-lo, ocorre à luz do previsto em tratados internacionais: “As solicitações vinculadas ao cumprimento de um ato ou diligência processual serão dirigidas a juízes ou autoridades estrangeiras mediante cartas rogatórias, que se transmitirão na forma estabelecida por convenções e tratados internacionais, costume in-

ternacional e por este Código” (art. 145, *caput*).<sup>42</sup> A extradição, um ato de cooperação internacional que consiste basicamente na entrega de um indivíduo acusado ou condenado por um ou mais crimes ao país que o reclama, também se processa tendo em vista o previsto em tratados internacionais:

“A extradição rege-se-á pelas convenções e tratados internacionais vigentes e subsidiariamente pelas normas do presente Código ou pelas regras de reciprocidade quando não existir norma aplicável” (art. 149).<sup>43</sup> “Em caso de contradição entre as normas previstas neste Código e as estipuladas numa convenção ou tratado de extradição, serão de aplicação preferencial estas últimas” (art. 159).<sup>44</sup>

Quanto à atividade processual defeituosa, o Código de Processo Penal boliviano prevê novamente a aplicação do que consta em tratados internacionais:

“Não poderão ser valorados para fundamentar uma decisão judicial nem utilizados como pressupostos dela os atos cumpridos em inobservância das formas e condições previstas na Constituição Política do Estado, convenções e tratados internacionais vigentes e neste Código, exceto se o defeito possa ser sanado ou convalidado” (art. 167, *caput*).<sup>45</sup> “Não serão susceptíveis de convalidação os defeitos concernentes a: (...) § 3º Os que impliquem inobservância ou violação de direitos e garantias previstos na Constituição Política do Estado, nas convenções e tratados internacionais vigentes e neste Código” (art. 169).<sup>46</sup>

Não são admitidas provas obtidas em contradição com o disposto em tratados internacionais:

“Carecerão de toda eficácia probatória os atos que vulnerarem direitos e garantias consagrados na Constituição Política do Estado, nas convenções e tratados internacionais vigentes, neste Código e outras leis da Re-

pública, assim como a prova obtida em virtude de informação originada num procedimento ou meio ilícito” (art. 172, *caput*).<sup>47</sup>

Tratados internacionais balizam até mesmo as medidas cautelares<sup>48</sup>, que podem afetar seriamente o direito de ir e vir do cidadão:

“A liberdade pessoal e os demais direitos e garantias reconhecidos a toda pessoa pela Constituição Política do Estado, pelas convenções e tratados internacionais vigentes e este Código, somente poderão ser restringidos quando for indispensável para assegurar a averiguação da verdade, o desenvolvimento do processo e a aplicação da lei” (art. 221, *caput*).<sup>49</sup>

Até mesmo a execução penal tem sua legitimidade vinculada ao previsto no direito internacional: “O condenado durante a execução da condenação terá os direitos e garantias que lhe outorgam a Constituição, as convenções e tratados internacionais vigentes e as leis. Para esse efeito, apresentará ante o juiz de execução penal as petições que estime convenientes” (art. 429).<sup>50</sup>

## 5. *Lei do Serviço de Relações Exteriores*

A Lei do Serviço de Relações Exteriores boliviana, art. 10, reconhece, da mesma maneira que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, a plena aplicação de tratados internacionais, especificamente da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963:

“As Missões Diplomáticas, Representações Permanentes ante Organismos Internacionais, de Integração, Missões Especiais e Consulares regem-se em seu trabalho de acordo com o estabelecido na presente lei, seus regulamentos e manuais, sob a orientação e instruções do Ministério de Relações Exteriores e Culto. § 1º Estas missões podem ser permanentes ou

temporárias. O número de seus funcionários e as classes destes serão determinados em cada caso, pelo Ministério de Relações Exteriores e Culto, de acordo com os interesses do país. § 2º Os funcionários diplomáticos e consulares, os adidos civis e militares em missão estão submetidos às disposições da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e de outros acordos internacionais dos quais a Bolívia for parte”.<sup>51</sup>

## 6. Lei de Reforma Agrária boliviana

A Lei de Reforma Agrária boliviana é bastante antiga. Ela estabelece alguns critérios para a reforma agrária que podem conferir um tratamento diferenciado prejudicial aos estrangeiros. O Decreto-lei nº 3464 data de 2 de agosto de 1953, tendo sido elevado à categoria de lei em 29 de outubro de 1956.<sup>52</sup> A propriedade agrária é reconhecida como sendo um direito originário da Nação: “O solo, o subsolo e as águas do território da República pertencem por direito originário à Nação boliviana” (art. 1º).<sup>53</sup> O Estado “planifica, regula, racionaliza” o exercício da propriedade privada: “O Estado reconhece e garante a propriedade agrária privada quando esta cumpre uma função útil para a coletividade nacional; planifica, regula, racionaliza seu exercício e tende à distribuição equitativa da terra, para assegurar a liberdade e o bem-estar econômico e cultural da população boliviana” (art. 2º).<sup>54</sup> O latifúndio improdutivo é repudiado:

“O Estado não reconhece o latifúndio, que é a propriedade rural de grande extensão, variável segundo sua situação geográfica, que permanece inexplorada ou é explorada deficientemente, pelo sistema extensivo, com instrumentos e métodos antiquados que dão lugar ao desperdício da força

humana ou pela percepção de renda fundiária mediante o arrendamento” (art. 12).<sup>55</sup>

A pequena e média propriedade não podem, em princípio, ser objeto de reforma agrária.<sup>56</sup> A Lei nº 1.715, de 18 de outubro de 1996, deu origem ao Instituto Nacional de Reforma Agrária (INRA)<sup>57</sup>, encarregado de colocar em prática a reforma agrária boliviana.<sup>58</sup> A função social da terra é definida em seu art. 2º, inciso II:

“A função econômico-social em matéria agrária, estabelecida pelo artigo 169 da Constituição Política do Estado, é o emprego sustentável da terra no desenvolvimento de atividades agropecuárias, florestais e outras de caráter produtivo, assim como nas de conservação e proteção da biodiversidade, a investigação e o ecoturismo, conforme sua capacidade de maior utilização, em benefício da sociedade, do interesse coletivo e do seu proprietário”.<sup>59</sup>

Os estrangeiros, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, são objeto de tratamento diferenciado pela Lei n. 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 46:

“I. Os Estados e governos estrangeiros, assim como as corporações e outras entidades que deles dependam, não poderão ser sujeitos do direito de propriedade agrária a nenhum título, seja diretamente ou por interposta pessoa. II. As pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas não poderão adquirir nem possuir, a nenhum título, dentro dos cinquenta (50) quilômetros das fronteiras internacionais do país, nenhum dos direitos reconhecidos por esta lei, sob pena de perder em benefício do Estado a propriedade adquirida, em concordância com o artigo 25 da Constituição Política do Estado. Os proprietários nacionais de médias propriedades e empresas agropecuárias podem subscrever com pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras,

com exceção das que pertençam a países limítrofes à propriedade, contratos de risco compartilhado para seu desenvolvimento, com proibição expressa de transferir ou arrendar a propriedade, total ou parcialmente, sob sanção de nulidade ou reversão ao domínio da Nação. III. As pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas não poderão ser dotadas nem adjudicadas de terras devolutas no território nacional. IV. As pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas, para adquirir terras de particulares tituladas pelo Estado, fora do limite previsto no inciso II precedente, ou para subscrever contratos de risco compartilhado, deverão residir no país tratando-se de pessoas físicas, estar habilitadas para o exercício de atividades agropecuárias na Bolívia, tratando-se de pessoas jurídicas".<sup>60</sup>

Não se prevê nenhuma espécie de indenização para os estrangeiros cujas terras situadas a menos de 50 km da fronteira forem confiscadas (art. 46, inciso II). Uma série de condições são estipuladas que restringem a aquisição ou a posse de terra por estrangeiros (art. 46, incisos II, III e IV).

Para efeitos de reforma agrária, prevê-se não apenas a desapropriação com indenização, como a expropriação sem nenhuma indenização cabível.

"Serão revertidas ao domínio originário da Nação sem indenização alguma as terras cujo uso prejudicar o interesse coletivo qualificado por esta lei, em concordância com o artigo 22, inciso I, da Constituição Política do Estado" (art. 51).<sup>61</sup> "A expropriação da propriedade agrária procede por causa de utilidade pública qualificada por lei ou quando não cumprir a função econômico-social, prévio pagamento de uma justa indenização, em conformidade com os artigos 22, § 2º, 166 e 169 da Constituição Política do Estado. No primeiro caso, a ex-

propriação poderá ser parcial; no segundo, será total" (art. 58).<sup>62</sup> "I. São causas de utilidade pública: 1. O reagrupamento e a redistribuição da terra; 2. A conservação e proteção da biodiversidade; e 3. A realização de obras de interesse público" (art. 59).<sup>63</sup>

### *7. Declaração Universal dos Direitos Humanos*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos delinea os direitos humanos básicos de qualquer indivíduo. Ela não faz nenhuma distinção entre nacionais e estrangeiros. Ambos são considerados sujeitos plenos de direitos. Foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 mediante a Resolução 217-A (III). Costuma ser considerado o documento traduzido no maior número de idiomas. Embora não tenha caráter vinculante, ela continua a servir de base para a formulação de tratados internacionais sobre direitos humanos. A Assembleia Geral das Nações Unidas, após sua aprovação, solicitou que todos os países adotassem o texto. A Bolívia aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Constituição boliviana nela se baseia.

A Declaração contém uma série de dispositivos que vão ao encontro da proteção do estrangeiro, tanto de sua integridade física como de sua propriedade. Como acabamos de mencionar, ela não distingue qualitativamente o nacional do estrangeiro. Todos são considerados como tendo direitos iguais e inalienáveis. O art. 2º é claro nesse sentido:

"§ 1º Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. § 2º Não será também feita

nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”.

O art. 7º, por sua vez, repudia qualquer forma de discriminação: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. Em caso de violação de seus direitos, tanto nacionais como estrangeiros têm o direito, à luz do art. 8º, de recorrer à Justiça: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Somente o previsto na lei, de acordo com o art. 9º, pode embasar a prisão de nacional ou estrangeiro: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.<sup>64</sup>

### *8. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, com a Resolução 2200-A (XXI). Reconhecendo a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto contempla uma série de direitos, sem fazer nenhuma distinção entre nacionais e estrangeiros, inerentes à dignidade humana.

“Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza,

origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (art. 2º, § 1º).<sup>65</sup>

Da mesma maneira que o previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto também reconhece o direito de recorrer à Justiça, tanto de nacionais como de estrangeiros:

“Os Estados-partes comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso” (art. 2º, § 3º).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos tampouco admite a prisão arbitrária, seja de nacionais ou de estrangeiros:

“§ 1º Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. § 2º Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. § 3º Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o di-

reito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença. § 4º Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. § 5º Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação” (art. 9º).<sup>66</sup>

### 9. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 1º, estabelece o dever de respeitar os direitos nela previstos:

“§ 1º Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.<sup>67</sup>

O art. 7º reconhece o direito à liberdade pessoal:

“§ 1º Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. § 2º Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. § 3º Ninguém

pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. § 4º Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela. § 5º Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. § 6º Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 8º, também dispõe sobre as garantias judiciais:

“§ 1º Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. § 2º Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se

presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal”.

O direito à propriedade privada é protegido: “§ 1º Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. § 2º Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei” (art. 21). O art. 22 versa sobre o direito de circulação e de residência:

“§ 5º Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar. § 6º O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei. (...) § 9º É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros”.<sup>68</sup>

#### *10. Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963*

A Convenção de Viena de 1963 disciplina as relações consulares, estabelecidas desde os tempos mais remotos. O art. 5º delimita o alcance das funções consulares:

“As funções consulares consistem em: a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; (...) e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas do Estado que envia; (...) i) representar os

nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, em conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando a conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil”.

Os Estados-partes convieram que o direito de assistência consular deve ser realizado sem demora.

O art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular:

“§ 1º A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo; c) os funcionários consu-

lares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. § 2º As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo”.

O Estado receptor deve respeitar tais direitos

A expressão “sem tardar” do art. 36, § 1º, “b”, da Convenção de Viena de 1963 significa que o Estado deve cumprir com seu dever de informar o detido sobre os direitos que lhe reconhece a Convenção ao privá-lo de sua liberdade, antes que ele preste seu primeiro depoimento à autoridade competente. O objetivo é claro. Trata-se de resguardar os direitos de estrangeiros submetidos a juízo, para que eles tomem pleno conhecimento dos atos processuais de que deverão tomar parte. No que diz respeito ao estrangeiro, o descumprimento dessa medida vicia o processo. O objetivo do art. 36, § 1º, “b”, da Convenção de Viena de 1963 é garantir o direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. A observância dos direitos que reconhece ao indivíduo o art. 36, § 1º, “b”, da Convenção de Viena de 1963 não está subordinada aos protestos do Estado que envia representantes diplomáticos.

## 11. Corte Interamericana de Direitos Humanos

Na Opinião Consultiva 16/99, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se precisamente sobre “o direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.<sup>69</sup> A Corte entendeu “que o artigo 36 da Convenção de Viena reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, dentre eles o direito de informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlatos a cargo do Estado receptor”. Sendo assim, “as garantias mínimas necessárias em matéria penal devem aplicar-se e interpretar-se à luz dos direitos que confere aos indivíduos o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pelo que a omissão de informar ao detido sobre esses direitos constitui uma falta a todas as regras do devido processo, por não respeitar as garantias judiciais conforme o direito internacional”. O descumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares “conduz à prática de execuções arbitrárias (...) podendo ter efeitos no mais fundamental dos direitos da pessoa (...): o direito à vida”. O art. 36 reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlatos da responsabilidade do Estado receptor.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o direito individual à informação previsto no art. 36, § 1º, “b” da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 permite que adquira eficácia, em casos concretos, o direito ao devido processo legal consagrado pelo art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.<sup>70</sup> Esse artigo estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais, como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, ampliando a proteção dos detidos. As disposições internacionais que dizem respeito à prote-

ção dos direitos humanos, inclusive a consagrada pelo art. 36, § 1º, “b”, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas, caso contrário o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente.

### Conclusão

As 200 famílias que podem ser expulsas da Bolívia fazem parte de um universo maior, de aproximadamente 30 mil produtores rurais brasileiros. Essas pessoas estão plenamente integradas à economia boliviana. O primeiro questionamento que se poderia fazer é se realmente importa seu local de nascimento, seu idioma, sua religião. Os emigrantes brasileiros têm os mesmos desejos, as mesmas aspirações dos nacionais bolivianos – contribuir com seu esforço e trabalho para o desenvolvimento do país onde vivem.

Os produtores rurais brasileiros, conforme já tivemos a oportunidade de salientar, podem adquirir a nacionalidade boliviana com prioridade: “O tempo de permanência reduzir-se-á a um ano tratando-se de estrangeiros que se encontrem nos seguintes casos: (...) b) Que se dediquem regularmente ao trabalho agrícola” (Constituição boliviana, art. 37, § 2º). Adquirida a nacionalidade boliviana, eles poderão ser tratados da mesma maneira que os demais cidadãos bolivianos. Não obtida a nacionalidade boliviana, os produtores rurais brasileiros, como estrangeiros, precisam ser tratados de acordo com o previsto pelo direito internacional. O respeito ao direito internacional é um dos pilares do resguardo da igualdade soberana dos Estados, da manutenção da paz e da segurança internacionais e do desenvolvimento das relações de amizade entre os países.

### Notas

<sup>1</sup> Movimentos sociais capitaneados por camponeses e indígenas exigiram a intervenção do Exército para “proteger” o leste da Bolívia.

<sup>2</sup> A Bolívia está dividida em “departamentos”, províncias.

<sup>3</sup> Santa Cruz, Beni e Pando são os três departamentos bolivianos limítrofes ao Brasil. Eles formam a principal parte da chamada “*media luna*”, meia lua, os departamentos mais ricos do país. O departamento de Tarija, ao sul de Santa Cruz e vizinho à Argentina e Paraguai, também faz parte da “*media luna*”. Este último departamento concentra a maior parte das reservas de gás da Bolívia. Santa Cruz, Beni e Pando são responsáveis por uma grande produção agropecuária. A meia lua deteria cerca de 50% do Produto Interno Bruto (PIB) boliviano.

<sup>4</sup> Na primeira metade do século XX, grande parte do Centro-Oeste ainda não havia sido povoada. Na década de 40, Getúlio Vargas iniciou o processo de interiorização do Brasil, o qual seria arrematado na década de 60 com a construção de Brasília.

<sup>5</sup> Os habitantes de Santa Cruz têm uma das origens étnicas mais plurais da América do Sul. Descendentes de espanhóis, japoneses, brasileiros, alemães etc. contribuem para fazer desse departamento o mais pujante da Bolívia.

<sup>6</sup> A Petrobrás antes da expropriação, era responsável por 15% do PIB boliviano.

<sup>7</sup> No referendo das autonomias, os bolivianos foram chamados a decidir se desejavam conferir mais autonomia aos “departamentos”, províncias, em que se divide administrativamente o país.

<sup>8</sup> Essa estratégia já havia sido adotada com a nacionalização do gás e petróleo, em que se expropriaram empresas estrangeiras.

<sup>9</sup> A Lei de Reforma Agrária também data de 2 de agosto de 1953.

<sup>10</sup> A região do Altiplano e dos vales concentra-se nos seguintes departamentos: Cochabamba, Chuquisaca, La Paz, Oruro, Potosi e Tarija.

<sup>11</sup> O leste da Bolívia divide-se em três sub-regiões sob o ponto de vista geográfico: a sub-região pré-andina; a sub-região das planícies, conhecidas como “*llanos*”; e a sub-região das serras de Chiquitos. A sub-região das planícies é preponderante.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>13</sup> A maior parte das reservas de gás natural está em Tarija, cerca de 80%.

<sup>14</sup> Espanhola, guarani, bem como japonesa, brasileira, alemã e menonita.

<sup>15</sup> “*Tierras Comunitarias de Origen*” (TCO).

<sup>16</sup> As TCOs são os espaços geográficos originários que constituem o *habitat* dos povos indígenas, sendo-lhes distribuídos gratuitamente.

<sup>17</sup> No Paraguai, brasileiros e seus descendentes também se estabeleceram em áreas fronteiriças ao Brasil, no sudeste paraguaio. São em sua maioria agricultores e falam português como primeira ou segunda língua. Seriam atualmente cerca de 400 mil, aproximadamente 10% da população para-

guaia. Os que foram expulsos do Paraguai na década de 80 terminaram sendo repatriados pelo Brasil.

<sup>18</sup> Utilizamos o texto da Constituição de 1967, com reformas introduzidas até pela Lei nº 2.410, de 8 de agosto de 2002.

<sup>19</sup> Constituição boliviana, art. 22: “I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. II. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa”.

<sup>20</sup> Constituição boliviana, art. 165: “Las tierras son del dominio originario de la Nación y corresponde al Estado la distribución, reagrupamiento y redistribución de la propiedad agraria conforme a las necesidades económico – sociales y de desarrollo rural”.

<sup>21</sup> Constituição boliviana, art. 166: “El trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria, y se establece el derecho del campesino la dotación de tierras”.

<sup>22</sup> Constituição boliviana, art. 167: “El Estado no reconoce el latifundio. Se garantiza la existencia de las propiedades comunarias, cooperativas y privadas. La ley fijará sus formas y regulará sus transformaciones”.

<sup>23</sup> Constituição boliviana, art. 169: “El solar campesino y la pequeña propiedad se declaran indivisibles; constituyen el mínimo vital y tiene el carácter de patrimonio familiar inembargable de acuerdo a ley. La mediana propiedad y la empresa agropecuaria reconocidas por ley gozan de la protección del Estado en tanto cumplan una función económico- social de acuerdo con los planes de desarrollo”.

<sup>24</sup> Constituição boliviana, art. 24: “Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”.

<sup>25</sup> Constituição boliviana, art. 59: “Son atribuciones del Poder Legislativo: (...) § 12 Aprobar los tratados, concordados y convenios internacionales”.

<sup>26</sup> Constituição boliviana, art. 96: “Son atribuciones del Presidente de la República: (...) § 2º Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso”.

<sup>27</sup> Constituição boliviana, art. 25: “Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, suelo ni subsuelo, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa”.

<sup>28</sup> Constituição boliviana, art. 36: “Son bolivianos de origen: § 1º Los nacidos en el territorio de la República, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Bolivia al servicio de su gobierno. § 2º Los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el sólo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados”.

<sup>29</sup> Constituição boliviana, art. 37: “Son bolivianos por naturalización: § 1º Los españoles y latinoamericanos que adquieran la nacionalidad boliviana sin hacer renuncia de la de su origen, cuando existan, a título de reciprocidad, convenios de nacionalidad plural con sus gobiernos respectivos. § 2º Los extranjeros que habiendo residido dos años en la República declaren su voluntad de adquirir la nacionalidad boliviana y obtengan carta de naturalización conforme a ley. El tiempo de permanencia se reducirá a un año tratándose de extranjeros que se encuentren en los casos siguientes: a) Que tenga cónyuge o hijos bolivianos; b) Que se dediquen regularmente al trabajo agrícola o industrial. c) Que ejerzan funciones educativas, científicas o técnicas. d) Los extranjeros que a la edad legalmente requerida presten el servicio militar. e) Los extranjeros que por sus servicios al país la obtengan de la Cámara de Senadores. § 3º Los extranjeros que a la edad legalmente requerida presten el servicio militar”.

<sup>30</sup> Código de Processo Civil boliviano, art. 552: “Las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en país extranjero tendrán en Bolivia la fuerza que establezcan los tratados respectivos”.

<sup>31</sup> Código de Processo Civil boliviano, art. 553: “Si no existieren tratados con la nación donde se hubieren pronunciado esos fallos judiciales, se les dará la misma fuerza que en ella se dieran a los pronunciados en Bolivia”.

<sup>32</sup> Código de Processo Civil boliviano, art. 662: “I. Los testamentos otorgados en el extranjero surtirán efecto en Bolivia de acuerdo a los tratados internacionales vigentes siempre que estuvieren debidamente legalizados conforme a las leyes de la República, estando sometidos para su protocolización y registro, según el caso, a los trámites prescritos en el capítulo presente. II. En caso de no existir tratados, los testamentos harán fe en Bolivia si hubieren sido redactados con las formalidades legales establecidas en el país de su otorgamiento y si se hallaren debidamente legalizados”.

<sup>33</sup> Código de Processo Penal boliviano, art. 1º: “Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código”.

<sup>34</sup> Código de Processo Penal boliviano, art. 3º, caput: “Los jueces serán imparciales e independientes, sometidos únicamente a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y a las leyes”.

<sup>35</sup> Código de Processo Penal boliviano, art. 5º, caput: “Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito ante los órganos encargados de la persecución penal. El imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y este Código le reconozcan, desde el primer acto del proceso hasta su finalización”.

<sup>36</sup> Código de Processo Penal boliviano, art. 34: “Tendrán aplicación preferente las reglas sobre prescrip-

ción contenidas en *Tratados y Convenios internacionales vigentes*".

<sup>37</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 71: "Los fiscales no podrán utilizar en contra del imputado pruebas obtenidas en violación a la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes".

<sup>38</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 72: "Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio".

<sup>39</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 84, caput: "Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código le reconocen".

<sup>40</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 138, caput: "Se brindará la máxima asistencia posible a las solicitudes de las autoridades extranjeras, siempre que lo soliciten conforme a lo previsto en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en las disposiciones de este Código".

<sup>41</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 140: "La asistencia será negada cuando: § 1º La solicitud vulnere los derechos y garantías previstos por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y leyes vigentes de la República".

<sup>42</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 145, caput: "Las solicitudes vinculadas al cumplimiento de un acto o diligencia procesal serán dirigidas a jueces o autoridades extranjeras mediante exhortos, que se tramitarán en la forma establecida por Convenios y Tratados internacionales, Costumbre internacional y este Código".

<sup>43</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 149: "La extradición se regirá por las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y subsidiariamente por las normas del presente Código o por las reglas de reciprocidad cuando no exista norma aplicable".

<sup>44</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 159: "En caso de contradicción entre las normas previstas en este Código y las estipuladas en una Convención o Tratado de extradición, serán de aplicación preferente estas últimas".

<sup>45</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 167, caput: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado".

<sup>46</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 169: "No serán susceptibles de convalidación los defectos concernientes a: (...) § 3º Los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código".

<sup>47</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 172, caput: "Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulnere derechos y garantías consagrados en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, este Código y otras leyes de la República, así como la prueba obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito".

<sup>48</sup> O direito boliviano utiliza a expressão "medida cautelar" para designar a prisão preventiva, concessão de fiança etc.

<sup>49</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 221, caput: "La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley".

<sup>50</sup> Código de Proceso Penal boliviano, art. 429: "El condenado durante la ejecución de la condena tendrá los derechos y garantías que le otorgan la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. A este efecto planteará ante el juez de ejecución penal las peticiones que estime convenientes".

<sup>51</sup> Lei nº 1444, de 15 de fevereiro de 1993, art. 10: "Las Misiones Diplomáticas, Representaciones Permanentes ante Organismos Internacionales, de Integración, Misiones Especiales y Consulares se rigen en su trabajo por lo establecido en la presente Ley, sus Reglamentos y Manuales, bajo la orientación e instrucciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. § 1º Estas Misiones pueden ser permanentes o temporales. El número de sus funcionarios y los rangos de estos serán determinados en cada caso, por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, de acuerdo con los intereses del país. § 2º Los Funcionarios Diplomáticos y Consulares, los Agregados Civiles y Militares en misión, están sujetos a las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 y otros Acuerdos Internacionales de los que Bolivia es parte".

<sup>52</sup> Vários artigos do Decreto-lei nº 3.464, de 2 de agosto de 1953, foram revogados pela Lei nº 1.715, de 18 de outubro de 1996.

<sup>53</sup> Decreto-lei nº 3.464, de 2 de agosto de 1953, art. 1º: "El suelo, el subsuelo y las aguas del territorio de la República, pertenecen por derecho originario a la Nación Boliviana".

<sup>54</sup> Decreto-lei nº 3.464, de 2 de agosto de 1953, art. 2º: "El estado reconoce y garantiza la propiedad agraria privada cuando ésta cumple una función útil

para la colectividad nacional; planifica, regula, racionaliza su ejercicio y tiende a la distribución equitativa de la tierra, para asegurar la libertad y el bienestar económico y cultural de la población boliviana”.

<sup>55</sup> Decreto-lei n° 3.464, de 2 de agosto de 1953, art. 12: “El Estado no reconoce el latifundio que es la propiedad rural de gran extensión, variable según su situación geográfica, que permanece inexplorada o es explotada deficientemente, por el sistema extensivo, con instrumentos y métodos anticuados que dan lugar al desperdicio de la fuerza humana o por la percepción de renta fundiaria mediante el arrendamiento”.

<sup>56</sup> Decreto-lei n° 3.464, de 2 de agosto de 1953, art. 32: “La pequeña propiedad es inafectable en el límite establecido por el artículo 15”; e art. 33: “La propiedad mediana es inafectable”.

<sup>57</sup> Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA).

<sup>58</sup> Lei n° 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 17, inciso II: “El Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) es el órgano técnico-ejecutivo encargado de dirigir, coordinar y ejecutar las políticas establecidas por el Servicio Nacional de Reforma Agraria”.

<sup>59</sup> Lei n° 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 2°, inciso II: “La función económico-social en materia agraria, establecida por el artículo 169º de la Constitución Política del Estado, es el empleo sostenible de la tierra en el desarrollo de actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como en las de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario”.

<sup>60</sup> Lei n° 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 46: “I. Los Estados y Gobiernos Extranjeros, así como las corporaciones y otras entidades que de ellos dependan, no podrán ser sujetos del derecho de propiedad agraria a ningún título, ya sea directamente o por interpósita persona. II. Las personas extranjeras naturales o jurídicas no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras internacionales del país, ninguno de los derechos reconocidos por esta ley, bajo pena de perder en beneficio del Estado la propiedad adquirida, en concordancia con el artículo 25º de la Constitución Política del Estado. Los propietarios nacionales de medianas propiedades y empresas agropecuarias pueden suscribir con personas individuales o colectivas extranjeras, con excepción de las que pertenecen a países limítrofes a la propiedad, contratos de riesgo compartido para su desarrollo, con prohibición expresa de transferir o arrendar la propiedad, total o parcialmente, bajo sanción de nulidad y reversión a dominio de la Nación. III. Las personas extranjeras naturales o jurídicas no podrán ser dotadas ni adjudicadas de tierras fiscales en el territorio nacional. IV. Las personas extranjeras naturales o jurídicas, para adquirir tierras de particulares tituladas por el Estado, fuera del límite previsto en el párrafo II precedente, o para suscribir contratos de riesgo compartido, deberán residir en el país tratándose

de personas naturales, estar habilitadas para el ejercicio de actividades agropecuarias en Bolivia, tratándose de personas jurídicas”.

<sup>61</sup> Lei n° 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 51: “Serán revertidas al dominio originario de la Nación sin indemnización alguna, las tierras cuyo uso perjudique el interés colectivo calificado por esta ley, en concordancia con el artículo 22º párrafo I de la Constitución Política del Estado”.

<sup>62</sup> Lei n. 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 58: “La expropiación de la propiedad agraria procede por causa de utilidad pública calificada por ley o cuando no cumple la función económico-social, previo pago de una justa indemnización, de conformidad con los artículos 22º párrafo II, 166º y 169º de la Constitución Política del Estado. En el primer caso, la expropiación podrá ser parcial; en el segundo, será total”.

<sup>63</sup> Lei n° 1.715, de 18 de outubro de 1996, art. 59: “I. Son causas de utilidad pública: 1. El reagrupamiento y la redistribución de la tierra; 2. La conservación y protección de la biodiversidad; y, 3. La realización de obras de interés público”.

<sup>64</sup> O direito à propriedade é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 17: “§ 1º Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. § 2º Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

<sup>65</sup> O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos constituiu o Comitê de Direitos Humanos (art. 28, § 1º), encarregado de verificar periodicamente o cumprimento pelos Estados-partes do previsto no Pacto. “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos: a) dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados-partes interessados; b) a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar” (art. 40, § 1º).

<sup>66</sup> O art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece ainda: “§ 1º Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. § 2º Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

<sup>67</sup> A Convenção Interamericana de Direitos Humanos também é denominada “Pacto de São José da Costa Rica”.

<sup>68</sup> “São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte” (art. 33).

<sup>69</sup> Opinião Consultiva 16/99: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

<sup>70</sup> Pacto Internacional de Derechos Civis e Políticos, art. 14, § 1º: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei (...)”.

### Referências

ANDERSON, David. Negotiation and dispute settlement. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). *Remedies in international law: the institutional dilemma*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

BALDIVIESO ABECIA, Valentín. *Las relaciones internacionales en la historia de Bolivia*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1986. 2 v.

BISHOP JÚNIOR, William W. General course of public international law. *Recueil des cours: collected*

*courses of The Hague Academy of International Law*, Leiden, ano 2, v. 115, p. 384-422, 1965.

\_\_\_\_\_. *International law cases and materials*. 3. ed. Boston; Toronto: Little, Brown and Company, 1971.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

GANDARILLAS TRIGO, Carlos. *Manual de derecho consular: teoría y práctica*. La Paz: Juventud, 2003.

JENNINGS, R.Y. General course on principles of international law. *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*, Leiden, ano 2, v. 121, p. 473-514, 1967.

MANSILLA ARIAS, Alejandro. *Apuntes de geopolítica*. Santa Cruz de la Sierra: El País, 2003.

MESA GISBERT, Carlos D. *Presidentes de Bolivia, entre urnas y fusiles*. 3. ed. La Paz: Gisbert, 2003.

ROSALES SORIA, Jorge Galvarro. *La tímida historia diplomática de Bolivia*. Santa Cruz de la Sierra: Sirena, 2000.

VERZIJL, J.H.W. *International law in historical perspective*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1968. 1 v.

# A pesquisa com células-tronco embrionárias é inconstitucional?

Alberto Machado Cascais Meleiro  
Leonardo Henrique M. Moraes Oliveira

## Sumário

1. Apresentação do tema. 2. Os requisitos do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. 3. O embrião é um pequeno ser vivo ou apenas um conjunto de células? 4. A razoabilidade da opção pela nidação como marco inicial da vida. 4.1. O país convive normalmente com técnicas de eliminação de embriões. 4.2. Qual o destino atual de embriões congelados em clínicas? 4.3. A esperança. 4.4. A possibilidade de fiscalização estatal. 4.5. Células-tronco embrionárias x células-tronco adultas. 5. Conclusão.

## 1. Apresentação do tema

A Lei nº 11.105/2005 permite, em seu art. 5º, a realização de pesquisas científicas com “utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”. As células-tronco embrionárias são consideradas elementos pluripotenciais, ou seja, aptos a se tornar qualquer tipo de tecido ou órgão humano, de modo que o controle de seu desenvolvimento poderia abrir inúmeras possibilidades para a ciência e para a medicina.

A edição da norma permissiva resultou de um grande debate no Congresso Nacional e na sociedade, em que foram realizadas diversas audiências públicas com a participação de médicos, biólogos, clérigos e organizações não-governamentais. A novidade da questão bem como a magnitude de seus efeitos – para o bem ou para o mal –

Alberto Machado Cascais Meleiro é Advogado-Geral do Senado Federal; Membro do Conselho Nacional do Ministério Público; Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) em convênio com a Universidade do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Leonardo Henrique M. Moraes Oliveira é Advogado; Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB); Especialista em Análise da Constitucionalidade pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) em convênio com a Universidade de Brasília (UnB).

exigiram dos parlamentares significativa carga de responsabilidade cidadã e acurada visão de expectativa de futuro. Para exemplificar a controvérsia, anote-se que os Estados Unidos da América ainda não definiram cabalmente sua posição, encontrando-se ainda em franca discussão da matéria.

Tramita no Supremo Tribunal Federal, contra o mencionado art. 5º da Lei nº 11.105/2005, a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República. O ponto fulcral da impugnação constitucional diz respeito à potencial ofensa ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Segundo o autor da ação, o embrião humano já consignaria, em si, a vida, e eliminá-lo ou sacrificar sua integridade em nome de probabilidades ainda não-comprovadas seria causar a morte injusta de um ser humano.

O tema é realmente instigante, inclusive porque a Constituição, apesar da inegável proteção à vida, não define qual o momento em que esse original atributo tem início. E, salvo embargo das abalizadas opiniões em contrário, a permissão legal para as pesquisas não parece ostentar, *data venia*, qualquer mácula de inconstitucionalidade.

### 2. Os requisitos do art. 5º da Lei nº 11.105/2005

Importante destacar que, pela lei, não há discricionariedade do pesquisador na escolha do objeto do estudo embrionário. Pelo contrário: a base de pesquisa é imposta pelo próprio art. 5º, que também estipula três requisitos de controle externo da mesma.

Com efeito, o embrião donde serão retiradas as células deverá: a) ser *inviável* – ou seja, inábil a gerar um bebê; ou b) estar congelado há pelo menos três anos em clínica de fertilização. E o controle externo se materializa com a: a) exigência de consentimento *expresso* dos genitores do embrião; b) submissão prévia do projeto de pesquisa ao respectivo comitê de ética da instituição de pesquisa ou serviço de saúde; e c) proibi-

ção total, inclusive com previsão criminal, de comercialização do material biológico (art. 5º, parágrafos 1º a 3º).

### 3. O embrião é um pequeno ser vivo ou apenas um conjunto de células?

Para responder à pergunta, vale descrever as quatro correntes de pensamento digladiantes.

Uma primeira visão é a eclesiástica. Sustentada em percepções dogmáticas, as igrejas defendem que a mera união dos gametas masculino e feminino já produz vida, e a partir de então se dá apenas o desenvolvimento de um ser cuja essência já se formara. O embrião seria um “pequeno ser”, apesar de tal visão encontrar resistência em alguns sistemas religiosos, como, por exemplo, o judaísmo.

Alguns setores da biologia entendem existir vida somente após a 15ª (décima-quinta) semana de gestação, pois até então ocorrem os casos comuns de aborto espontâneo. A propósito, a maioria dos países que admitem legalmente o aborto adota este parâmetro temporal para autorização da interrupção do feto.

Há também a tese da dependência temporal, pela qual a vida tem início a partir de determinado tempo de gestação, por se considerar que, até então, a vida do feto, como um ser dependente, estaria em poder da mãe; adotada, por exemplo, na legislação dos Estados Unidos da América (onde o tempo estipulado é de 21 semanas) e nas legislações da Inglaterra, França, Suécia e Itália (onde o tempo estipulado é de 3 meses).

Finalmente tem-se a posição defendida pela moderna ciência genética, que é a da *nidação*. A nidação é a fixação do embrião no útero materno (ou, raramente, em outra parte do corpo da mãe), adquirindo, a partir disso, a necessária estabilidade e sustentabilidade para o desenvolvimento. Esse fenômeno ocorre de seis a sete dias após a formação do embrião.

#### 4. A razoabilidade da opção pela nidação como marco inicial da vida

A opção pela nidação como momento de início da vida, acolhida pelo legislador, parece adequada ao sistema jurídico e social brasileiro.

##### 4.1. O país convive normalmente com técnicas de eliminação de embriões

É bem verdade que se deve agir com extrema cautela ao debater direito à vida, pois é esse o direito primaz que deve merecer a especialíssima proteção do Estado, e seu valor e magnitude constituem razão maior da ordem jurídica. Entretanto, destaque-se que o Brasil lida naturalmente, há vários anos, com técnicas de eliminação de embriões.

É lícito, por exemplo, interromper o desenvolvimento do feto resultante de estupro (Código Penal, art. 128, inc. II) e aplicar pena de morte em caso de guerra declarada (Constituição Federal, art. 5º, inc. XLVII).

É lícita também a utilização do Dispositivo Intra-Uterino (DIU) – cuja atuação consiste em desencadear uma reação inflamatória na cavidade uterina, tornando-a inóspita a manter a sobrevivência do embrião que ali se deposita – e da pílula do dia seguinte – que despeja elevada carga hormonal no organismo feminino, dificultando o encontro do espermatozóide com o óvulo ou, se isso já tiver ocorrido, provoca uma descamação na parede do útero, impedindo o embrião de obter a nidação, ou seja, o acoplamento. Com isso, o embrião é descartado do organismo pelas vias ordinárias.

##### 4.2. Qual o destino atual de embriões congelados em clínicas?

Aqui se tem o argumento mais consistente em prol da liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Atualmente, pela Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (CFM), os embriões produzidos em excesso nos tratamentos de fertilização humana são congelados, e seu destino é decidido pelos

cônjuges ou companheiros que forneceram os gametas.

Segundo estudo da Profª Mayana Zatz (2006, p. 12-15), coordenadora do Centro de Estudos de Genoma Humano da Universidade de São Paulo, 97% (noventa e sete por cento) desses embriões congelados são abandonados pelos genitores nas clínicas de fertilização.

Obviamente que aqueles embriões congelados nunca serão, na prática, reaproveitados para gestação – até porque ainda não se conseguiu, no atual estágio de conhecimento da Física, o alcance do congelamento em zero grau absoluto (=“0 Kelvin”), e por isso aquele material congelado continua, ainda que minimamente, sofrendo atividade de natural envelhecimento e decomposição.

Para onde irão esses embriões? Alguma instituição eclesiástica, *data venia*, dispõe-se a adotá-los ou dispõe de equipamentos para preservá-los, mesmo contra a vontade parental? Obviamente que não. O caminho obscuro que esses embriões têm hoje, fatalmente, é o mero descarte.

Afirma Christian de Paul de Barchifontaine (2004, p. 183):

“O grande problema é que essas células são derivadas de embriões excedentes de processos de fertilização *in vitro*. Tais embriões, normalmente descartados com consentimento do casal, são destruídos para extrair as células-tronco embrionárias. Para algumas pessoas, isso significa destruir uma vida, o que seria inaceitável.

Essa é uma questão delicada, que envolve aspectos morais, culturais e religiosos. Vale lembrar que estamos falando de um embrião de cinco dias, basicamente um conglomerado amorfo de células, que, se fosse gerado no ventre de uma mulher, teria somente 20% de chance de se transformar em um bebê.

Uma coisa se pode garantir: aquele embrião excedente trará muito mais

benefícios na forma de células-tronco embrionárias do que em uma lata de lixo.”

#### 4.3. A esperança

Não se sabe ainda – é verdade – se as células-tronco embrionárias vão proporcionar a cura das mais graves doenças, inclusive genéticas, e o restabelecimento de sentidos humanos tolhidos em acidentes. Mas essa incerteza inicial é exatamente um impulso para estimular as pesquisas, e não para obstá-las.

Anne Fagot-Largeault (2004, p. 234), Professora da Cátedra de Filosofia e Ciências Biológicas do *Collège de France*, confirma:

“O recurso existe e não é raro: os embriões no estágio blastocisto abandonados nos congeladores da fertilização assistida, na condição de que seus genitores não tenham mais projeto algum para eles e que aceitem destiná-los à pesquisa em vez de destruí-los, podem fornecer as células-tronco necessárias.”

Soa, *data venia*, desumano negar a esperança de uma vida melhor aos que sofrem ou impor um tipo de dogma de religiosidade a pessoas que pedem a Deus, todos os dias, pela sua recuperação.

A dignidade humana, destacada no art. 1º, inc. III, da Constituição e exaltada pela doutrina constitucionalista, estaria melhor aplicada protegendo uma pessoa completa, com vida, trabalho, sonhos, família, ou protegendo um embrião?

São pertinentes as ponderações de Mayana Zatz (2004, p. 255):

“Em relação à destruição de ‘embriões humanos’, novamente devemos lembrar que estamos falando de cultivar tecidos ou, futuramente, órgãos a partir de embriões que são normalmente descartados, que nunca serão inseridos em um útero. Sabemos que 90% dos embriões gerados em clínicas de fertilização e que são inseridos em um útero, nas melhores con-

dições, não geram vida. Além disso, um trabalho recente (Metalipova et al., 2003) mostrou que células obtidas de embriões de má qualidade, que não teriam potencial para gerar uma vida, mantêm a capacidade de gerar linhagens de células-tronco embrionárias e, portanto, de gerar tecidos. Em resumo, é justo deixar morrer uma criança ou um jovem afetado por uma doença neuromuscular letal para preservar um embrião cujo destino é o lixo? Um embrião que, mesmo que fosse implantado em um útero, teria um potencial baixíssimo de gerar um indivíduo? Ao usar células-tronco embrionárias para regenerar tecidos em uma pessoa condenada por uma doença letal, não estamos, na realidade, criando vida?”

Dráuzio Varela (2004, p. 263-265) aprofunda, ao criticar um risco – já superado no âmbito legislativo mas pendente no âmbito judiciário – de se proibir a utilização de células-tronco embrionárias em estudos terapêuticos:

“Seria um crime permitir, sob qualquer pretexto, a clonagem de seres humanos. Da mesma forma, é um crime o que está para acontecer: impedir por lei o uso de células-tronco embrionárias no tratamento de doenças graves. [...]

Começamos pelo primeiro argumento, o único que pode ser discutido com racionalidade. De fato, foram identificadas células pluripotentes em tecidos adultos como medula óssea, sistema nervoso e epitélio. Entretanto, todas as evidências sugerem que sua capacidade de diferenciação seja limitada e que a maioria dos tecidos humanos não pode ser obtida a partir delas.

Quanto ao segundo, em nome de princípios religiosos, pessoas que se dizem piedosas julgam mais importante a vida em potencial existente

num agrupamento microscópico de células obtidas em tubo de ensaio do que a vida de uma mãe de família que sofreu um infarto ou a de um adolescente numa cadeira de rodas. Estivessem elas ou tivessem um filho nessa situação, recusariam realmente esse tipo de tratamento?

Finalmente, o terceiro argumento. Dizer que o homem assumiria a função de Deus, só porque é capaz de introduzir o DNA de uma célula adulta no interior de um óvulo, convenhamos, é amesquinhar o papel do Criador do céu e da Terra.”

A dicotomia aqui resta bem clara e definida. A escolha feita pelo legislador se deu entre duas idéias nitidamente identificadas: lixo ou esperança. É realmente uma mera questão de dicotomia: manter a situação de mero descarte do material biológico ou permitir e regulamentar a sua utilização, para a busca de um mundo melhor.

Escolheram a esperança.

#### 4.4. A possibilidade de fiscalização estatal

A verdade é que não há possibilidade fática de garrotear, por meio de normas jurídicas ou mesmo de decisões judiciais, o desenvolvimento da Ciência. Seja essa uma assertiva benéfica ou maléfica, indubitavelmente é uma assertiva realista.

O Estado, em qualquer parte do mundo, não dispõe de meios hábeis para frear a pesquisa e a evolução tecnológica: consegue no máximo retardá-la, e por curto período. E a existência ou inexistência de normas nesse sentido implica apenas a oficialidade ou a clandestinidade dos atos – nunca o seu banimento.

Adverte Tereza Rodrigues Vieira (2004, p. 23):

“A exacerbada proteção de um amontoado de células sem vestígios de sistema nervoso não merece maior tutela que o direito daqueles que aguardam tratamento para doenças incuráveis, às quais a tecnologia vis-

lumbra terapêutica futura. Proibir não adianta. Não se pode olvidar que as pessoas que esperam nas filas de transplantes e as portadoras de necessidades especiais gozam dos mesmos direitos que as demais. Destarte, não podemos deixar escapar mais esta esperança presente nas células-tronco, embrionárias, fetais ou adultas.

O pluralismo que caracteriza a bioética deve imperar. Nosso Estado é laico e, ademais, ao eventual tratamento com células-tronco só se submeteriam pessoas que não tivessem problemas morais contra tal procedimento. Portanto, suas convicções seriam respeitadas.”

O único caminho eficaz do Estado, nesse campo, é a *regulamentação*, objetivando prevenir abusos e arroubos desnecessários, bem como assegurar a fiel observância de normas éticas. A regulamentação é exatamente o que visou a Lei nº 11.105/2005.

Diz Christian de Paul de Barchifontaine (2004, p. 189):

“O ponto crucial, que constitui o vértice de todas as variáveis implicadas nas pesquisas biotecnológicas, reside no fato de que os limites a serem estabelecidos para essas investigações não irão advir do grau de evolução em que se encontra o conhecimento científico (visto que não há limites para a ciência), mas dos valores éticos (bioéticos) aceitos pela sociedade internacional. É nesse contexto que se abre o espaço para a fundamental intervenção reguladora do Direito. Faz parte da condição humana superar os limites que a natureza colocou para nós.”

A mera proibição normativa da pesquisa e da evolução científica seria de eficácia duvidosa, e mais perigosa seria a busca da clandestinidade sem qualquer tipo de fiscalização ou justa interferência do Poder Público.

#### 4.5. Células-tronco embrionárias x células-tronco adultas

Uma das mais frequentes críticas à utilização de células-tronco embrionárias seria a suposição de que células adultas retiradas de medula óssea, sistema nervoso e epitélio apresentariam a mesma capacidade pluripotencial, e portanto o seu uso evitaria a destruição de embriões.

A diferença de capacidade entre as células embrionárias e as células adultas é simples e direta: as células adultas, por natureza, apresentam maior estado de *especialização*, o que impede que se transformem em *qualquer* tipo de tecido, como ocorre com as células existentes no embrião. O grau de pluripotencialidade das células embrionárias é maior.

Esclarece Mayana Zatz (2004, p. 253):

“a) Indivíduos adultos

Existem células-tronco em vários tecidos (como medula óssea, sangue, fígado) de crianças e adultos. Entretanto, a quantidade é pequena e não sabemos ainda em que tecidos são capazes de se diferenciar. Pesquisas recentes mostraram que células-tronco retiradas da medula de indivíduos com problemas cardíacos foram capazes de reconstituir o músculo do seu coração, o que abre perspectivas fantásticas de tratamento para pessoas com problemas cardíacos. Mas a maior limitação dessa técnica, o autotransplante, que tem mostrado resultados promissores em pessoas com insuficiência cardíaca, é que ela também não serviria para portadores de doenças genéticas. É importante lembrar que as doenças genéticas afetam 3-4% das crianças que nascem. Ou seja, mais de cinco milhões de brasileiros para uma população atual de 170 milhões de pessoas.”

David S. Haymer (2003, p. 10-11, 17) complementa:

“Grande parte da opinião pública acha complicada a discussão sobre

células-tronco e ainda tem muitas dúvidas. Qual é a diferença entre células-tronco de embriões e de adultos? Qual delas apresenta melhores perspectivas para pesquisa? Por que essas células são tão importantes e, ao mesmo tempo, tão polêmicas? A resposta para essas perguntas depende de entender o que essas células são capazes de fazer por nós e de que maneira elas são obtidas. [...]

Os cientistas acreditam que há motivos para esperar importantes descobertas na área das aplicações terapêuticas para as células-tronco derivadas de embriões. [...]

Os pesquisadores que trabalham com células-tronco adultas enfrentam inúmeras limitações que não se manifestam na pesquisa com células-tronco embrionárias. Em primeiro lugar, é difícil identificar as células-tronco adultas entre as demais células que as cercam. Pelo fato de serem parcialmente especializadas, não se destacam claramente das demais, como ocorre com as células não-especializadas. Além disso, a especialização parcial significa que as células-tronco adultas são multipotentes: podem transformar-se em certos tipos de células, mas não em todos. [...]

Até 2002, nenhuma doença humana tinha sido curada com células-tronco. No entanto, com base em experimentos feitos com animais de laboratório e em culturas de tecidos humanos, os cientistas apontaram várias doenças como candidatas principais ao tratamento com células-tronco. Algumas delas poderão ser tratadas com células de adultos, enquanto outras exigirão células embrionárias.”

Portanto, vê-se que, *data venia*, a utilização de células-tronco embrionárias é nitidamente superior, em termos de possibilidades, à utilização de células-tronco adultas.

## 5. Conclusão

Por tudo, pode-se concluir que a opção pela *nidação* como marco inicial da vida é a mais sensata e razoável entre as teses colocadas. Daí por que a Lei nº 11.105/2005, na parte que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias, estampou uma escolha acertada do legislador.

Sem uma estrutura que possibilite a estabilidade e o desenvolvimento do embrião, não existe chance de vida. O embrião, antes da nidação, resume-se – como dito em transcrições acima – a um conjunto de células sem auto-determinação, sem sistema nervoso, sem distinção entre si, sem individualidade.

A questão poderia ser assim resumida: de um lado estão essas células amorfas, cujo destino fatalmente será a lata de lixo, sem que esse descarte gere qualquer tipo de questionamento ético, moral ou religioso na sociedade.

De outro lado estão milhões de pessoas que têm sonhos, e também auto-determinação, sistema nervoso, distinção entre si, individualidade e complexidade: pessoas que passaram pela magnífica epopéia da constituição humana sob a batuta divina. Indivíduos que têm uma alma e que esperam que seu direito de alcançar ou recuperar uma vida melhor seja reconhecido como superior a dogmas eclesiais, formulados no caso mediante sistemas de raciocínio que –

mesmo nobres e originados de pessoas probas e competentes – passam ao largo dos laboratórios, do cotidiano e do sofrimento daqueles que, efetivamente vivos, lutam pela superação de infortúnios biológicos ou acidentais.

Com a palavra o Supremo Tribunal Federal.

## Referências

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 18, v. 51, p. 234, 2004.

HAYMER, David S. Células-tronco: sementes de esperança. In: LIVRO do ano: ciência e futuro. São Paulo: Balsa Planeta Internacional, 2003.

VARELLA, Dráuzio. Clonagem humana. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 18, v. 51, p. 263-265, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Células-tronco e o direito dos portadores de deficiência. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 8, n. 180, p. 23, 15 jul. 2004.

ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tronco. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 18, v. 51, p. 255, 2004.

\_\_\_\_\_. Quando começa a vida?. *Revista Almanaque Brasil*, São Paulo, n. 88, p. 12-15, jul. 2006.



# Comunicação social

## Significado e limites

Eduardo Silva Costa

A noção de limite é imanente a qualquer fenômeno das ciências do espírito. Não só aí está presente tal noção. Encontra-se por igual no mundo da virtude que esta tem necessidade de limite, como já advertira Montesquieu no *Espírito das Leis*. É que sem ele a virtude cessa de ser, abastarda-se.

No particular da realidade política, avulta tal imperiosidade: a circunstância de girar ela em torno do poder impõe em tudo que a este concerne o seu controle. A história do poder, assinala um cientista político, é a história do seu controle, que se opera por meio de regras e princípios jurídicos; e só por esses é de esperar eficácia.

Em verdade, a existência do poder não é em si uma maldição: é um dado da realidade humana, presente em todos os grupos, organizações, instituições, de qualquer natureza; a sua imprescindibilidade afigura-se essencial na ação social em toda a latitude. Sem o exercício do poder, haveria inação no cumprimento dos fins e objetivos para que se criam as entidades em geral, sejam de âmbito privado, sejam de âmbito público.

Então, importa diferenciar tais entidades e perscrutar-lhes o grau de poder de que são dotadas, para a consecução de dois objetivos particularmente relevantes: demarcá-lhes o âmbito de atuação, conforme o papel de cada uma; e, por consequência, precisá-lhes, de modo direto ou não, limites, a fim de obviar abusos na prática social, visto que

Eduardo Silva Costa é advogado em Salvador – BA.

são geradas na sociedade e para atender os fins do que constitui essa: a pessoa humana. Com essa confluência de regramentos, ter-se-á delineada a fundação de instituições que configuram a denominada comunicação social.

Dos capítulos de que se compõe o Título VIII, que abrange o tema da Ordem Social, da Constituição da República, o mais inçado de dificuldades pelo assunto mesmo é iniludivelmente o Capítulo V – Da Comunicação Social. Tornam-no assim os preceitos que nele dispõem, a um tempo, a respeito da liberdade que se garante e dos limites com que se lhe balizam o exercício. A liberdade é a idéia axial no complexo normativo do indicado capítulo. Basta isso para ver quanto de controvérsia e questionamentos se agita na interpretação e aplicação sobretudo dos artigos 220 e 221, em face dos conceitos em um e outro significantes de termos e situações ali referidos. Assim, p. ex., “a manifestação de pensamento”, associada a criação, a expressão e informação, que em nenhuma hipótese “sob qualquer forma, processo ou veículo” deverão sofrer “qualquer restrição”, mas sobre as quais incidem as disposições do texto mesmo, tal como se lê: “observado o disposto nesta Constituição”.

Depara-se, desse modo, logo no artigo-base desse aludido Capítulo – o art. 220 –, com o desafio ao labor do intérprete e ao ofício do aplicador da norma constitucional. Como se há de considerar a ressalva que se enuncia de forma indeterminada no dito artigo, “observado o disposto nesta Constituição”? Enquanto a expressão aí é imprecisa, dada a sua indeterminação, o parágrafo 1º explicita o conteúdo que se deve observar no tocante à liberdade de informação, consoante o texto “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (grifo nosso).

É certo que o citado parágrafo cuida apenas da “plena liberdade de informação jor-

nalística”: não inclui na plenitude “a criação” e a “expressão” que são objeto da disposição-chave art. 220. Por isso aí, poder-se-ia entender que houvesse desconcerto, uma aparente incongruência na disciplina dessa matéria. Atentando-se para o texto, notar-se-á inexistir incongruência: o dispositivo que trata, no parágrafo 1º, da “plena liberdade de informação jornalística”, seja em que “veículo de comunicação” for, consagra tal liberdade, dando-lhe dimensão ilimitada, porque é um direito, em primeiro plano, do cidadão na ordem democrática. É a esse que se tem em vista quando se erige o direito à informação a preceito superior; não poderia ser de outro modo, aliás.

De fato. Na república, o ser político por excelência, o que assume o primeiro plano na construção do ordenamento jurídico que conforma a coisa pública, na sua multifacetada realidade, é o cidadão. “Constituição Cidadã” não é, objetivamente, uma simples fórmula que se pespegou na obra legislativa que se estava elevando como marco na vida republicana, para despertar a alma cívica, popularizando-a. Ela assim se qualificou pela idéia que se consubstancia como projeto político da nação, o cidadão na posição preeminente; o cidadão como o primeiro titular de direitos na forma de governo republicana.

Então, para que o cidadão possa agir como tal na prática política, na esfera pública, é de imperiosa necessidade que seja ele senhor do conhecimento básico da informação. Dir-se-á que é o conhecimento elementar, sem o qual a atividade da cidadania seria nenhuma, para a efetividade da participação que essa envolve.

Dessa pressuposição de que a cidadania só se faz militante a partir da informação que há de ser veiculada pelos meios próprios, quer se trate de comunicação escrita, quer se trate de comunicação falada, ou por imagem, provém o dever, que se imputa a tais meios, de prestar a informação. É o cidadão, que está em primeiro plano, como titular do direito à informação; e, depois,

estão os meios de comunicação, que se criam justamente para fornecer a informação, como obrigados a prestar esta.

Portanto, dada a relevância da matéria é que se fez ela de ordem superior, isto é, em nível normativo da Constituição, com o que se afirma a liberdade de informação de modo pleno:

“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Essa liberdade de informação, que no texto acima se proclama, tem, consoante já assinalado, o cidadão como destinatário, porque a ele é que aproveita.

Compreende-se, assim, o absoluto do dispositivo: é a sua finalidade que dita a plenitude da liberdade. Não está em jogo nele senão a informação em si, um elemento de fato, provindo da realidade, pura, certa, que o cidadão precisa saber tal como se dá na existência.

Em tais situações, dota-se o veículo de comunicação social da função de transmissor; atribui-se-lhe o encargo-dever de informar ao cidadão os fatos que a esse dizem respeito, para o exercício de seus direitos de cidadania.

De outra maneira se há de encarar ou considerar o conteúdo da norma do artigo 220, cuja parte final é um enunciado de indeterminação “observado o disposto nesta Constituição”. Não que a dita norma expresse restrição, o que seria incongruente com o sistema da Lei Fundamental; a sua compreensão só é possível em consideração de fatores que condicionam a realidade da comunicação. Para melhor aclarar a matéria desta, à luz do Direito, tal consideração é imperiosa.

Primeiro, veja-se a própria dimensão do conceito comunicação social, que só agora, com a Lei Fundamental de 1988, veio a ser erigida no topo da hierarquia legal. Por essa circunstância, abrem-se múltiplas indagações e questionamentos a partir dos precei-

tos principais a que aludimos acima – os dos artigos 220 e 221. E, entre esses, avulta o último, em que se fixam princípios e valores a serem atendidos. Já no respeitante ao primeiro dos artigos – o 220 – as disposições são reguladoras de diversões e espetáculos públicos e indicadoras de restrições quanto a específica propaganda comercial. Pela importância maior, merece atenção o conteúdo do artigo 221, que adiante comentaremos.

Depois, o caráter da comunicação social, que, por sua singularidade de ser inovação da Constituição de outubro de 1988, é um dado decisivo em tudo que concerne a ela. É certo que a recorrência a princípios e valores, uns e outros expressos no citado artigo, não constitui escolha à interpretação e à aplicação do que nele se firma. O que, ao contrário, se há de esperar é a ocorrência de juízos interpretativos caracterizados por diversidade de pontos de vista ou teses. Tal diversidade, acentuada pela inovação no sistema do Capítulo V, objeto aqui de indagação, tende à dilatação da norma, da compreensão dos ditos princípios e valores, em benefício da construção do regime configurado na Lei Magna.

Por fim, outra consideração a assinalar diz com a finalidade da comunicação mesma e do meio que se torna imprescindível para a sua realização. Aí é que reside o ponto talvez mais incandescente do problema, haja vista a aguda polaridade que o circunda: a liberdade e o poder. É que comunicação pressupõe, de uma parte, a liberdade de expressão e, do outro lado, o poder que veicula essa liberdade. Sem a liberdade de expressão, não poderia cogitar-se de comunicação. Mas, dada a natureza do poder a que incumbe a sua efetivação na realidade do cotidiano, a força do seu aparato, é indubitoso que, as mais das vezes, resultaria em um produto incoerente.

Convenha-se, portanto, em que liberdade de expressão comporta ampla significação. Ela é primordialmente atributo – poder do ser humano, que o direito protege em toda a linha –, direito imposterável, é imanente

ao ser. E é, derivadamente, representativa da liberdade de divulgar, propagar, no plano da comunicação social. Enquanto a liberdade de expressão é congênial da pessoa humana, em princípio irrestrita, só suscetível de restrição em pontos demarcados estritamente pela lei, a liberdade de propagar, no âmbito da informação, para conhecimento do público, reserva-se ao aparato da comunicação propriamente: imprensa, rádio, tevê são os seus veículos, comandados por poderosas organizações econômicas.

Então, dois sujeitos, digamos assim, da ação social: a pessoa humana, titular absoluta da liberdade; a organização, executora da política da comunicação, que visa sobretudo ao homem como ser político. Disso deflui que não há confundir o direito da pessoa humana com o poder da organização, para equiparar o último ao primeiro, tanto mais que são conceitos díspares, por substanciarem realidades e ações desiguais. Uma diversidade que redundando em tratamento jurídico notavelmente desigual. A começar pela ausência de qualquer restrição no respeitante a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação”, tal como disposto no artigo 220, porquanto todos esses atos interessam à pessoa humana em si, que é sujeito ativo deles. Adverte-se apenas quanto a eles o efeito decorrente de abusos e excessos, que vão de encontro à ética mesma e são possíveis de sanção, haja vista a remissão no parágrafo 1º do dito artigo.

Entretanto, a liberdade que se concede aos veículos de comunicação, exceto o impresso, conforme o mandamento do parágrafo 6º do mesmo artigo, que determina “a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”, sofre restrições e regulações legais, que se adiantam nos incisos I e II e parágrafo 4º do indigitado artigo.

Emerge do exposto que a Comunicação Social tal como estruturada é um capítulo da institucionalização do regime democrático. Sabido que uma das mais poderosas forças, quicá a mais poderosa mesmo, de pe-

netração na opinião de regimes autoritários é a difusão, por vários meios, das pseudovantagens deles para o povo. Não lhes basta a legislação cerceadora, repressiva, praticada pelos governantes; hão de acompanhá-la as toadas que entorpecem a consciência política da coletividade.

Assim, com maior razão, é de erguer-se a instituição que propague e difunda o discurso racional do regime democrático. O que, aqui, na nossa *praxis* política, se impõe é a construção de tal instituição no cotidiano, de modo que o regime se consolide. É a despersonalização do poder que se busca, como conquista que vai germinando outras formas de realização do programa a um tempo de governo e de vida: a democracia como o único meio de concretizar-se esse ideário no processo civilizatório. Eis, pois, o significado e a finalidade da Comunicação Social, que se condensa no Capítulo V do Título VIII, sobretudo os artigos 220 e 221.

Desse modo, na perspectiva da formação de opinião que visa não só a uma consciência de cidadania, o seu exercício, como ao crescendo de informação e aprendizado das instituições e práticas democráticas. É todo esse plexo de interesses e objetivos que modela o quadro da Comunicação Social em prol da cultura democrática, no seu permanente, incessante quefazer.

Mas é de ver que o regime democrático, a sua cultura, envolve a obediência ao padrão ético, que se superpõe a todos os atos e atividades, para conformá-los de modo coerente. Sem essa, digamos, hierarquização, não haveria decerto o indicador necessário do significado da Comunicação. Porque o significado é que faz desvendar a legitimidade dos preceitos alinhados com o propósito pedagógico inspirador da Comunicação Social.

Por importante, vale salientar que a Constituição de 1988 distingue-se pela eticidade democrática que se encerra na sua textura. Ela é a idéia-força, que deve estar presente não só no ato de interpretar os ditames expressos, os mandamentos dimanados do ordenamento que se forjou, como no

ato de aplicar em toda a dimensão da vida pública, quer nas instituições estatais, quer nas diversas atividades relacionadas com a esfera pública de poder. Vida pública, esfera pública, instituições do Estado, atividades paraestatais, e outras afins da experiência pública, devem convergir para a execução do projeto político formalizado na Constituição e dirigido pelo que se pode denominar padrão da ética democrática.

Não se tem dado a tal padrão a consequente normatização. Por ser um marco inovador do sistema erigido na Lei Fundamental de outubro de 1988, a sua aplicação na realidade das instituições públicas em geral já deveria contar com mais intensa efetividade. Vale dizer, o conteúdo da ética democrática era para ter uma materialização mais disseminada, de modo que influísse no cotidiano político mais incisivamente.

O que parece haver a esse respeito é a tibieza no agir, sobremodo no âmbito do Poder a que está afeta a definitiva palavra no desate das contendas, das controvérsias que se desenrolam – o Judiciário. Um sentimento mais acendrado, um vigor mais convincente do caráter do regime político sob o qual o Estado, a sociedade em geral, devem conduzir-se. De fato, o ânimo criador na aplicação do ordenamento normativo, a construção do espírito desse em vista do ideário democrático constituem indeclináveis deveres de todo o Poder Judiciário, nessa nova missão. Sem a propulsão de tal energia, digamos assim, não se terá fortalecido e consolidado na linha do normativo o regime que é garante das liberdades e assegurador de valores da vida humana.

Se ao Poder Judiciário compete dirimir conflitos ao tempo em que assenta a compreensão de textos normativos, cumpre à doutrina por igual contribuir para a vigorição da cultura democrática, de um modo geral e particularmente por meio da interpretação e exegese, que não devem estreitar o significado dos preceitos e sim dilatar-lhes o alcance. É de importância maior nisso a invocação do artigo 1º, parágrafo único, da

Constituição, que enuncia a procedência do poder e o seu exercício: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente ...”

Portanto, à vista de tal enunciado, a construção da República há de fazer-se a partir do poder emanado do povo e visar ao fim precípua – a elevação da cidadania e da pessoa humana, na sua integral dignidade. Esta é não só fundamento da República, como proclamado no inciso III do citado artigo: é o pressuposto do regime que a Lei Maior consagra.

Eis aí o ponto axial em torno do qual deve mover-se a República do Estado Democrático de Direito. Ao invés do regime de natureza autoritária, concretizado em ditaduras, o regime de essência democrática centra-se no conceito de dignidade da pessoa humana, que se identifica, na acepção de Kant, por não ter equivalente algum – ele é em si mesmo. Daí que em todos os aspectos, a dignidade da pessoa humana deva ser o cimo do universo da democracia.

Disso se segue que a Comunicação Social é de ordenar-se de uma forma em consonância com as pautas alinhadas pela ética que indica o bem a que se referiu acima – a realização da cidadania e a plenitude da dignidade da pessoa humana. É certo que tais conceitos, que se poderia qualificar de fundamentais, integram um complexo de precisão não fácil de obter-se, dados os valores que envolvem, a que se deve acrescer a ampla difusão no nosso particular universo político de palavras até então inusuais e que ora estão confundindo os espíritos mal-avisados.

Mas, importa, a título de conclusão, que se firme como decisiva a estrita disciplina da Comunicação Social, em virtude do seu caráter basicamente pedagógico de orientação democrática. É só atentar-se para os ditames do artigo 221 nos seus quatro incisos, o último dos quais informa a todos os demais, e que se harmoniza com o estabelecido no inciso II do parágrafo 3º, artigo 220, para assegurar a eficácia da limitação ali disposta, em benefício do “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.



# O estado da arte do estudo das conseqüências do aquecimento global para o Brasil

João Carlos Rodrigues Baptista

## Sumário

1. Introdução. 2. Efeitos no clima. 3. Efeitos para a agricultura. 4. Efeitos para a saúde pública. 5. Aumento do nível dos oceanos, redução das geleiras nos Andes e aumento do número de refugiados ambientais. 6. Efeitos sobre os ecossistemas. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

O aquecimento global é o aumento da temperatura média da atmosfera e dos oceanos observado nas décadas recentes. A temperatura média da atmosfera próxima à superfície da Terra aumentou  $0,6 \pm 0,2$  Celsius no século XX. A opinião predominante na comunidade científica considera que a maior parte do aquecimento observado nos últimos 50 anos é conseqüência de atividades humanas (ORESQUES, 2004). Esse aquecimento decorre do acúmulo de gases que causam efeito estufa na atmosfera, principalmente o dióxido de carbono e o metano, que são produzidos em grande parte por atividades industriais e agrícolas humanas.

Os modelos matemáticos baseados em dados coletados dos oceanos, biosfera e atmosfera indicam que ocorrerá um aumento entre 1,4 e 5,8 Celsius na temperatura média global até o final do século XXI (INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2001b). Tal aumento de temperatura afetará o meio ambiente, os ecossistemas e a possibilidade de sobrevivência de diversas formas de vida no nosso planeta, e

também a qualidade de vida do próprio homem. Sendo assim, é fundamental a realização de estudos que analisem como a sociedade será afetada pelo aquecimento global nas próximas décadas para que seja possível aos agentes públicos avaliar quais medidas devem ser tomadas para se preparar e se precaver contra essas conseqüências.

O presente artigo procura resumir os estudos realizados, até o momento, sobre as conseqüências do aquecimento global para o Brasil e permitir que os agentes públicos do governo brasileiro tenham uma idéia dos desafios que nos esperam até o final do século. Desde agora, deve-se observar que, embora muitos estudos tenham sido realizados sobre as conseqüências do aquecimento global no hemisfério norte, mais estudos precisam ser realizados no Brasil para que se possa avaliar melhor as conseqüências para o nosso país.

## *2. Efeitos no clima*

O aumento da temperatura levará a um aumento da precipitação (INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2001a). Entretanto, os efeitos gerais sobre o clima são menos claros. Ainda assim, é possível que haja um aumento da ocorrência de condições climáticas mais extremas.

Embora o IPCC (2001a) tenha afirmado não existir qualquer evidência concreta indicando que as características das tempestades tropicais e extratropicais tenham mudado, existe evidência, limitada a um período de tempo relativamente curto, de que a força das tempestades extratropicais está aumentando (EMANUEL, 2005). Em termos mundiais, a proporção de furacões alcançando as categorias 4 e 5 aumentou de 20%, na década de 70, para 35% na década de 90 (PEARCE, 2005). Hoyos et al (2006) sugerem que o aumento do número de furacões de categorias 4 e 5 está relacionado ao aumento das temperaturas. Estudos realizados com modelos gerados em computador apontam resultados similares e indicam que

o aumento de temperatura causado pelos gases que geram efeito estufa pode levar ao aumento da ocorrência de furacões de categoria 5 com alto poder destrutivo (KNUTSON; TULEYA, 2004). Choi e Fisher (2003) acreditam que para cada aumento de 1% na precipitação anual o custo de tempestades catastróficas deve aumentar em 2,8%.

No entanto, Pielke et al (2005) notam que existem muito poucas evidências de que o aumento dos custos relativos à destruição causada pelo clima nos anos recentes tenha relação com mudanças na frequência ou intensidade de eventos climáticos extremos e pode ser mais bem explicado como o resultado de tendências sociais – aumento demográfico, economia, etc. – que aumentaram a vulnerabilidade das populações locais a esses fenômenos.

Deve-se observar que, embora os furacões sejam considerados um fenômeno presente apenas no Atlântico Norte, em abril de 2004, o primeiro furacão se formou no Atlântico, ao sul do equador, e atingiu o Brasil na costa de Santa Catarina. Estudos realizados demonstram uma possível relação entre o fenômeno Catarina e o aquecimento global (PEZZA; SIMMONDS, 2005).

O aquecimento global também aumentará as taxas de evaporação do solo. Isso poderá causar aumento da pluviosidade, mas em regiões tropicais mais vulneráveis pode gerar desertificação e desflorestamento por queimadas (INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2001b). Não apenas os ecossistemas podem se tornar vulneráveis, mas a produção agrícola pode ser afetada por um aumento dos períodos de estiagem. Entretanto, até o momento não foi estabelecida uma relação causal entre o aumento da temperatura e a ocorrência de períodos de estiagem em regiões como a Amazônia (SCHMIDT, 2006).

## *3. Efeitos para a agricultura*

O IPCC (2001b) concluiu que os países pobres serão os mais afetados pelo aqueci-

mento global, com redução da produção agrícola em muitas regiões tropicais e subtropicais, devido à diminuição da disponibilidade de água e ao aumento da atividade de pragas. Devemos também observar que, mesmo havendo a irrigação, muitas das variedades agrícolas usadas na África e na América do Sul estão próximas ao seu limite máximo de tolerância à temperatura (INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2001b).

Assad et al (2004) calcularam que um aumento de 5,8 Celsius na temperatura média do planeta e um aumento de 15% na precipitação pluvial causariam a redução de mais de 95% da área apta para a cultura cafeeira em Goiás, Minas Gerais e São Paulo e uma redução de 75% na área apta ao cultivo do café no Paraná. Deve-se observar que esses resultados decorrem das atuais características genéticas e fisiológicas das cultivares de café arábica usadas no Brasil, que têm uma tolerância de temperaturas médias anuais entre 18 e 23 graus Celsius.

Em termos de produtividade global, ainda é discutível se o aumento de temperatura que será observado afetará a produção agrícola positivamente ou negativamente. Fischer (2002) concluiu que a produtividade da agricultura nos países em desenvolvimento se beneficiará do aquecimento global. Estudo similar realizado por Siqueira et al (2000), que avaliaram o impacto da luminosidade, aumento da concentração de CO<sup>2</sup> e aumento de temperatura, concluiu que no Brasil haverá uma redução média de 31% na produção de trigo, com maiores reflexos nas regiões centro-sul, um decréscimo médio de 16% na produção de milho, sendo a redução mais expressiva nas regiões norte e nordeste, e um aumento médio de 27% na produção de soja.

No entanto, é possível que efeitos como o aumento das estiagens e o aumento da evaporação do solo, exigindo maior uso de água por irrigação, afetem a produtividade de grãos do país. Streck e Alberto (2006) avaliaram os efeitos do aquecimento global na

disponibilidade de água no solo para as culturas de trigo, soja e milho na região de Santa Maria, RS. Os resultados demonstraram que o aumento da temperatura diminui a fração de água transpirável no solo pelas plantas (FATS) e “esta diminuição é mais preocupante nas culturas de verão (soja e milho) do que nas culturas de trigo”.

#### *4. Efeitos para a saúde pública*

Os efeitos do aumento da temperatura sobre a saúde humana podem ser diretos ou indiretos. O aumento das temperaturas no inverno pode reduzir o número de mortes decorrentes de gripes e pneumonias, e temperaturas mais elevadas no verão podem aumentar os casos de mortes decorrentes do calor.

Os efeitos diretos, obviamente, variam com a localização geográfica. Embora não haja uma análise para os efeitos diretos das mudanças de temperatura sobre a saúde humana para o Brasil, é possível comparar com a informação disponível para outros países. Palutikof (1997) calculou que, na Inglaterra e no País de Gales, para cada 1°C de aumento de temperatura, a diminuição do número de mortes decorrentes de gripes superará o número de mortes decorrentes do calor, resultando em uma diminuição da mortalidade média anual em 7.000.

A onda de calor em 2003 matou entre 22.000 e 35.000 pessoas na Europa, conforme estudo de Schär e Jendritzky (2004), baseado em taxas normais de mortalidade. Pode ser dito, com 90% de confiança, que o aumento de temperatura gerado pela influência humana é responsável por, ao menos, metade do risco de morte decorrente da onda de calor de 2003 na Europa (STOTT, 2004). Perceba-se que a perda de animais causada pelas ondas de calor na agropecuária não é bem documentada. Portanto, pode também estar havendo um efeito na produção agrícola decorrente das ondas de calor.

O aquecimento global pode indiretamente acarretar riscos para a saúde humana, por

permitir a propagação de doenças tropicais em áreas que anteriormente não apresentavam os vetores dessas doenças. Nos países mais pobres, isso pode significar mais altas incidências dessas doenças. Nos países ricos, onde essas doenças foram eliminadas ou mantidas sob controle por vacinação, drenagem dos pântanos e uso de inseticidas, as conseqüências serão sentidas mais em termos econômicos do que em termos de saúde pública, devido ao aumento de custos decorrentes em manter essas doenças sob controle (REITER, 2000).

Modelos matemáticos desenvolvidos por Yang e Ferreira (2000) para estudar a propagação da malária em decorrência do aquecimento global parecem indicar que um aumento de temperatura em torno de 1,5 Celsius levará um ambiente livre da doença a apresentá-la de forma endêmica ou a modificação de uma situação de baixa endemicidade para uma situação de alta endemicidade. No entanto, os autores enfatizam que aspectos socioeconômicos e culturais poderão ter forte influência na contenção da propagação das áreas endêmicas da doença.

### *5. Aumento do nível dos oceanos, redução das geleiras nos Andes e aumento do número de refugiados ambientais*

Um dos maiores problemas relacionados ao aquecimento global será o deslocamento de populações em decorrência da destruição de suas habitações e dos seus meios de sustento econômico. O IPCC (2001b) estimou que 150 milhões de refugiados ambientais vão existir no ano de 2050, devido, principalmente, aos efeitos da inundação das áreas costeiras, à erosão da costa e ao colapso da agricultura.

Com relação à possibilidade de inundação e erosão das áreas costeiras, espera-se que o aumento da temperatura acarrete o aumento do nível dos oceanos. Com o aumento da temperatura, a água dos oceanos se expande e também água adicional chega

aos oceanos, devido ao degelo de geleiras localizadas, por exemplo, na Groenlândia e na Antártida. Um aumento de 1,5 a 4,5 Celsius deverá levar a um aumento do nível dos oceanos entre 15 a 95 cm (INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2001b). Dean (2001) informa que o aumento do nível dos oceanos, mesmo sendo reduzido, aumentará as taxas de erosão dos ambientes costeiros e poderá causar danos às propriedades e construções existentes à beira do oceano.

A redução do tamanho das geleiras está sendo observada em várias partes do mundo. A gravidade do fenômeno decorre do fato de que muitas regiões do mundo dependem dessas geleiras como fonte do suprimento de água para irrigação e consumo (GELBSPAN, 2004). Acredita-se que a cordilheira dos Andes perderá suas geleiras nas próximas décadas (FRANCOU, 2001), acarretando graves conseqüências para o abastecimento de água das populações que habitam essa região.

Devemos esperar, portanto, que, como conseqüência dos efeitos do aquecimento global, haja um aumento do deslocamento de populações dentro do território brasileiro ou para dentro do território brasileiro em decorrência do aumento do número de refugiados ambientais no Brasil e nos países limítrofes.

### *6. Efeitos sobre os ecossistemas*

O aquecimento global possivelmente causará mudanças não apenas no limite dos biomas, mas, também, à distribuição de espécies dentro dos biomas (JOLY, 2002). Mudanças na distribuição e abundância de diferentes espécies foram observadas e relacionadas ao aquecimento global (PARMESAN; YOHE, 2003). Pelo menos uma extinção foi atribuída a efeitos decorrentes do aquecimento global (POUNDS; FOGDEN; CAMPBELL, 1999). Thomas et al (2004) estimaram o risco de extinção para as espécies de uma amostra de regiões que represen-

tam cerca de 20% da superfície terrestre e verificaram que 18% a 35% das espécies, dependendo da severidade do aquecimento global, sofrerão extinção até 2050.

No entanto, o impacto sobre os ecossistemas do Brasil é ainda incerto, dificultando o planejamento em longo prazo de medidas que devem ser tomadas para contrabalançar esses efeitos (SALATI; SANTOS; NOBRE, 2004). Biomas específicos como a Mata Atlântica estão fragmentados e sofrem forte pressão antrópica na atualidade (JOLY, 2002). Estudos que analisam o impacto do aquecimento global sobre esses ecossistemas estão esperando o desenvolvimento de ferramentas de modelagem preditiva da distribuição de espécies.

## 7. Conclusão

O aquecimento global afetará grandemente a qualidade de vida da população brasileira nas próximas décadas e é dever dos agentes públicos elaborar planos e programas que procurem evitar ou, ao menos, minimizar os problemas decorrentes.

Com relação ao estado da arte do conhecimento disponível sobre os efeitos do aquecimento global para o Brasil, algumas observações são pertinentes:

a) Muitos dos estudos foram realizados para os países ricos do hemisfério norte e provavelmente não se aplicam ao nosso país, dificultando o planejamento das ações necessárias. Um número maior de pesquisas precisa ser realizado, em especial o estudo do efeito do aquecimento global sobre os ecossistemas do país e a possível correlação entre fenômenos climáticos como estiagens e o aumento da temperatura.

b) A agricultura brasileira sofrerá grandes desafios à medida que a temperatura aumente e, embora seja possível que se mantenha o nível de produção de grãos no país, possíveis problemas, como o aumento das estiagens e o aumento da transpiração do solo, podem comprometer a produção. Outro problema é a utilização de cultivares que

não suportarão o aumento da temperatura média, as cultivares de café arábica sendo um exemplo. Deve ser iniciado um programa para o melhoramento genético das cultivares utilizadas para se desenvolver resistência às mudanças climáticas previstas. Novos estudos serão necessários para efetivar um novo zoneamento agrícola conforme o clima se modifique.

c) A migração das populações expulsas em decorrência do aquecimento global poderá ser um problema grave nas próximas décadas. É possível que haja um aumento da imigração ilegal para o nosso país se o desaparecimento das geleiras andinas causar um colapso no fornecimento de água nos países limítrofes.

d) Medidas de saúde pública devem ser implementadas para o combate e restrição à expansão dos vetores de doenças tropicais para regiões do país onde anteriormente esses vetores não estavam presentes. A conscientização da sociedade será fundamental para que essas medidas surtam efeito.

e) Diante dos problemas que o aquecimento global causará nas próximas décadas, é aconselhável que o Brasil assuma um papel mais ativo na arena política internacional, propondo programas que procurem atenuar ou talvez evitar o aquecimento global. Por exemplo, o desenvolvimento do uso de etanol e de biodiesel por veículos automotores pode ser expandido para outros países, bem como o desenvolvimento de programas que busquem seqüestrar o carbono da atmosfera por meio do reflorestamento.

## Referências

ASSAD, E. D. et al. Impacto das mudanças climáticas no zoneamento agroclimático do café no Brasil. *Pesquisa agropecuária brasileira*, Brasília, v. 39, n. 11, p. 1057-1064, 2004.

CHOI, O.; FISHER, A. The impacts of socioeconomic development and climate change on severe weather catastrophe losses: mid-atlantic region (MAR) and the U.S. *Climate Change*, [S. l.], v. 58, p. 149, 2003.

- DEAN, C. Against the tide: the battle for america's beaches. New York: Columbia University Press, 2001.
- EMANUEL, K. Increasing destructiveness of tropical cyclones over the past 30 years. *Nature*, London, n. 436, p. 686-688, aug. 2005.
- FRANCOU, B. Small glaciers of the Andes may vanish in 10-15 years. *UniSci*, Florida, 2001. Disponível em: <<http://unisci.com/stories/2001/0117013.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- FISCHER, G.; SHAH, M.; VELTHUIZEN, H. van. *Climate change and agricultural vulnerability*. Johannesburg: IIASA, 2002.
- GELBSPAN, R. *Boiling point*. New York: Basic Books, 2004.
- HOYOS, C. D. et al. Deconvolution of the factors contributing to the increase in global hurricane intensity. *Science*, Washington, n. 512, p. 94-97, 2006.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Climate Change 2001: the scientific basis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001a. Disponível em: <[http://www.grida.no/climate/ipcc\\_tar/wg1/index.htm](http://www.grida.no/climate/ipcc_tar/wg1/index.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Climate Change 2001: impacts, adaptation and vulnerability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001b. Disponível em: <[http://www.grida.no/climate/ipcc\\_tar/wg2/005.html](http://www.grida.no/climate/ipcc_tar/wg2/005.html)>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- JOLY, Carlos Alfredo. A mata atlântica e o aquecimento global. *Com Ciência*, São Paulo, n. 34, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/clima/clima15.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- KNUTSON, T. R.; TULEYA, R. E. Impact of CO<sup>2</sup>-induced warming on simulated hurricane intensity and precipitation: sensitivity of the choice of climate model and convective parameterization. *Journal of Climate*, Boston, v. 17, n. 18, p. 3477-3495, 2004.
- ORESQUES, N. The scientific consensus on climate change. *Science*, Washington, n. 306, p. 1686, 2004.
- PALUTIKOF, J. P.; SUBAK, S.; AGNEW, M. D. Impacts of the exceptionally hot weather of 1995 in the UK. *Climate Monitor*, [S. l.], v. 25, n. 3, 1997.
- PARMESAN, C.; YOHE, G. A globally coherent fingerprint of climate change impacts across natural systems. *Nature*, London, n. 421, p. 37-42, 2003.
- PEARCE, F. Warming world blamed for more strong hurricanes. *Science*, Washington, n. 389, p. 1944, 2005.
- PEZZA, A. B.; SIMMONDS, I. The first south atlantic hurricane: unprecedented blocking, low shear and climate change. *Geophysical Research Letters*, [S. l.], v. 32, p. 1-5, 2005.
- PIELKE JÚNIOR, R. A. et al. Clarifying the attribution of recent disaster losses: a response to Epstein and McCarthy. *Bulletin of the American Meteorological Society*, Washington, v. 86, n. 10, p. 1481-1483, 2005.
- POUNDS, J. A.; FOGDEN, M. L. P.; CAMPBELL, J. H. Biological response to climate change on a tropical mountain. *Nature*, London, n. 398, p. 611-615, 1999.
- REITER, P. From Shakespeare to defoe: malaria in England in the little ice age. *Emerging Infectious Diseases*, Atlanta, v. 6, n. 1, p. 1-11, 2000.
- SALATI, E.; SANTOS, A. A. dos; NOBRE, C. As mudanças climáticas globais e seus efeitos nos ecossistemas brasileiros. *Com Ciência*, São Paulo, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/clima/clima14.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- SCHÄR, C.; JENDRITZKY, G. Climate change: hot news from summer 2003. *Nature*, London, n. 432, p. 559-560, 2004.
- SCHMIDT, G. A. Amazonian drought. *RealClimate*, [S. l.], ago. 2006. Disponível em: <<http://www.realclimate.org/index.php/archives/2006/08/amazonian-drought/>>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- SIQUEIRA, O. J. W. et al. Mudanças climáticas projetadas através dos modelos GISS e reflexos na produção agrícola brasileira. *Revista Brasileira de Agrometeorologia*, Campinas, v. 8, n. 2, p. 311-320, 2000.
- STOTT, P. A.; STONE, D. A.; ALLEN, M. R. Human contribution to the european heatwave of 2003. *Nature*, London, n. 432, p. 610-614, 2004.
- STRECK, N. A.; ALBERTO, C. M. Simulação do impacto da mudança climática sobre a água disponível do solo em agrossistemas de trigo, soja e milho em Santa Maria, RS. *Ciência Rural*, Santa Maria, v. 36, n. 2, p. 424-433, 2006.
- THOMAS, C. D. et al. Extinction risk for climate change. *Nature*, London, n. 427, p. 145-148, 2004.
- YANG, H. M.; FERREIRA, M. U. Assessing the effects of global warming and local social and economic conditions on the malaria transmission. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 3, p. 214-222, jun. 2000.

# A promoção do desenvolvimento do mercado de capitais pelo estímulo ao investimento coletivo

Tarcisio Barroso da Graça

## Sumário

1. Introdução. 2. O desenvolvimento econômico. 3. Investimento coletivo: definições, tipologia e características. 4. Governança corporativa. 5. O poder de barganha. 6. O ativismo. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

Após o esgotamento do modelo de promoção do setor produtivo por meio de financiamentos estatais, prevalente até os meados da década de 70, a economia brasileira ressentiu-se da escassez de capitais para gerar novos ciclos de crescimento econômico. Foi então que a idéia do estabelecimento de um mercado financeiro, organizado para suprir a lacuna deixada pelo Estado, ganhou força e concretizou-se por meio de diversas leis e normas. Hoje já não restam dúvidas a respeito do papel preponderante que o mercado financeiro brasileiro exerce sobre a economia nacional. No entanto, há ainda ampla margem para o aperfeiçoamento desse extraordinário instrumento de captação de recursos para as atividades produtivas que se apóia na decisão de participação voluntária dos investidores.

O uso da palavra voluntária nesse contexto não é acidental. Sob um enfoque filosófico, está relacionado ao fundamento do liberalismo econômico, apoiado na iniciativa individual, na concorrência entre agentes econômicos e na ausência de interferên-

Tarcisio Barroso da Graça é Consultor do Senado Federal.

cia governamental, como princípios de organização econômica. Em uma perspectiva pragmática, o fato de a participação no mercado financeiro ser voluntária faz com que a sua organização deva ser tal que garanta aos investidores elevado nível de proteção contra expropriações, pois, caso haja qualquer motivo para desconfiança, eles podem, unilateralmente, decidir reduzir, não raro drasticamente, o montante de seus recursos aplicados.

O problema da expropriação adquire maior magnitude quando se observam as assimetrias de poder ou de informação que acometem o relacionamento entre os investidores e controladores, no primeiro caso, e gestores (neste texto, as palavras gestores, gerentes e administradores são usadas como sinônimas), no segundo. A probabilidade de ocorrência dessa conduta aumenta na proporção inversa da participação do acionista no capital das firmas em função, entre outras razões, do “problema do carona” (*free rider problem*, em inglês), uma vez que o benefício da superação das assimetrias torna-se muito menor que os seus custos à medida que a participação na empresa diminui. Outro fator consiste no fato de que uma parcela diminuta do capital é insuficiente para outorgar ao investidor o poder necessário para, pelo menos, proteger-se contra expropriações.

Este artigo discute o mecanismo pelo qual os investimentos coletivos em ações podem contribuir para a redução da probabilidade de ocorrência de expropriação dos acionistas das empresas, para o aperfeiçoamento das práticas de governança corporativa e, por conseqüência, para o fortalecimento da economia brasileira.

## 2. O desenvolvimento econômico

O nível de desenvolvimento econômico dos países do mundo está correlacionado com o patamar de desenvolvimento dos seus respectivos mercados de capitais. Não é por acaso que o Banco Mundial tem apoiado a implantação (em países onde não haja) e a expansão (em países onde já existam) de

bolsas de valores, como importantes passos na direção da modernização e do bom funcionamento dos setores financeiros dos países, para a promoção e melhoria da alocação da poupança e de investimentos.

Neste artigo, entende-se o desenvolvimento econômico como a evolução da riqueza econômica dos países para o bem-estar dos seus habitantes. Configura uma situação em que há uma melhora sustentável no padrão de vida, caracterizada por níveis de renda *per capita* mais elevados, melhores níveis de escolaridade e condições de saúde da população. Atualmente, há também a preocupação com a proteção ambiental.

O desenvolvimento econômico em um país capitalista é um processo que engloba ajustamentos institucionais e legais para que sejam concedidos incentivos à inovação e aos investimentos de tal modo que se desenvolvam no país sistemas de produção e de distribuição eficientes de produtos e serviços.

Em uma economia capitalista, os mecanismos pelos quais o fortalecimento do mercado de capitais impulsiona a economia do país são: a poupança, investimentos reais e eficiência alocativa. É essencial que o capital seja dirigido para os projetos de investimento mais lucrativos, que as famílias e as firmas possam de alguma forma lidar com os riscos e incertezas financeiros e que existam possibilidades para a suavização do consumo ao longo do tempo. O mercado financeiro é o instrumento pelo qual essas necessidades podem ser satisfeitas, fomentando o investimento em atividades produtivas, servindo como meio de captação e transferência de capitais dos poupadores para os empreendimentos.

O bom funcionamento do mercado financeiro facilita o crescimento econômico, uma vez que menores custos e riscos promovem a produção de bens e serviços e a geração de empregos. Dessa forma, o sistema financeiro contribui para a prosperidade da sociedade.

O mercado de ações, que é uma ramificação do mercado financeiro, representa uma das fontes de capitais mais importantes para

as empresas. Sabe-se que os preços das ações e de outros ativos são elementos relevantes para a dinâmica do crescimento econômico. Por exemplo, quando os preços das ações estão em alta, há uma tendência a que haja um aumento no nível de investimento das empresas. Os preços das ações influenciam também a riqueza das famílias e o seu consumo.

Apesar de seu razoável desempenho e das iniciativas lançadas recentemente (como, por exemplo, as relativas ao “Novo Mercado” e “Mulheres em Ação” da Bovespa), há ainda uma ampla margem para o aperfeiçoamento do mercado de capitais no Brasil. Uma das dimensões que merece maior atenção se refere à pequena participação dos pequenos investidores brasileiros no mercado de ações doméstico.

De modo geral, muitos dos pequenos potenciais investidores individuais sentem-se repelidos do mercado acionário, por conta, em boa medida, do receio de serem vítimas de uma conduta denominada expropriação. A pequena participação dos pequenos investidores no mercado acionário brasileiro gera ineficiências no funcionamento desse mercado, causando, em consequência, ineficiências no contexto maior da economia brasileira. Isso se deve ao fato de que projetos promissores podem sofrer com a escassez de financiamento na situação em que a empresa não consegue assegurar seu comprometimento com a proteção dos interesses de todos os seus acionistas, especialmente dos minoritários.

Se a legislação brasileira conferisse melhor proteção aos muitos potenciais acionistas minoritários, provavelmente, o mercado acionário seria maior e mais eficiente, o que facilitaria a tarefa das empresas de captar recursos para o financiamento de seus projetos, injetando “ânimo” na economia nacional para o crescimento. No entanto, há dificuldades institucionais e políticas para que sejam realizados os aperfeiçoamentos das leis necessários para dotar os acionistas minoritários de mecanismos de proteção.

Nesse contexto, emergem, como alternativa viável para fomentar a participação dos pequenos investidores no mercado de ações, os investimentos coletivos. Este artigo pretende demonstrar que a utilização de investimentos coletivos, por meio dos fundos de investimentos, pode mitigar, em boa proporção, a preocupação com a possibilidade de expropriação dos pequenos investidores pelos controladores ou gestores das empresas, além de trazer consigo outras vantagens mais conhecidas. Os investimentos coletivos contribuem, assim, para promover a ampla participação dos pequenos investidores no mercado acionário, o que, além de expandir-lhes as opções de remuneração de suas poupanças, impulsiona o desenvolvimento da economia brasileira ao canalizar recursos produtivos para as utilizações mais eficientes.

### *3. Investimento coletivo: definições, tipologia e características*

Um mecanismo de investimento coletivo é uma maneira de investir dinheiro com outras pessoas para participar de uma gama mais ampla de possibilidades do que lhes seria disponível como investidor individual, além de repartir os custos de assim o fazer.

No Brasil, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.198/2001, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que geram direito de participação, de parceria ou de remuneração, são valores imobiliários quando ofertados publicamente. Estão, assim, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385/1976.

Há diversas denominações para investimentos coletivos: fundos de investimentos, fundos mútuos, fundos de ações, etc. Em todo o mundo, grandes mercados se desenvolvem em torno dos instrumentos de investimento coletivo e compõem uma proporção substancial das transações nas principais bolsas de valores.

De acordo com a definição da CVM, um fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituídos sob forma de condomínio, destinado à aplicação em carteira de

títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro de capitais.

Quanto ao modelo de administração dos fundos coletivos, há duas classificações: os fundos administrados ativamente e os administrados passivamente. Seguem-se as suas definições e uma breve apresentação de suas principais vantagens e desvantagens.

A *administração ativa* consiste em um tipo de estratégia para se administrar um fundo de investimento na qual o administrador do fundo compra e vende ativos tentando obter uma rentabilidade que supere a de um índice estabelecido como referência. Idealmente, o administrador explora ineficiências do mercado, selecionando ativos que estejam “baratos”. Dependendo dos objetivos da carteira de investimento, fixado um nível de retorno de longo prazo, a administração ativa pode buscar reduzir a volatilidade em relação à volatilidade do índice de referência.

As vantagens da administração ativa são:

- permite uma seleção de investimentos que não necessariamente segue o desempenho do mercado geral. Isso é importante quando os investidores têm objetivos específicos de retorno e risco;
- atende àqueles que são céticos a respeito da teoria dos mercados eficientes ou acreditam que alguns mercados são menos eficientes do que outros;
- atende àqueles investidores que desejam correr um pouco mais de risco na perspectiva de alcançar retornos superiores ao do mercado;
- atende àqueles investidores que desejam evitar ou minimizar a sua exposição em certos setores da economia em comparação com o mercado em geral e busca um fundo administrado ativamente mais alinhado com seus objetivos específicos.

De outro lado:

- a desvantagem mais evidente da administração ativa consiste na possibilidade de o gerente do fundo fazer más escolhas de investimentos ou seguir uma teoria incorre-

ta ou inadequada no gerenciamento da carteira;

- as estratégias de gerenciamento ativo de um fundo que envolvem negociações frequentes geram custos de transação mais altos, os quais reduzem o retorno do fundo. Além disso, os ganhos de capital de curto prazo resultantes de negócios frequentes têm, em geral, tratamento tributário desfavorável.

Alternativamente, uma *administração passiva* adota a estratégia de administração de um fundo de investimento de tal forma que o seu administrador investe em ativos buscando replicar a carteira de um índice previamente definido. Dessa maneira, o retorno do fundo corresponderá aproximadamente ao retorno do índice escolhido. Objetiva-se, com isso, a maior redução dos custos de transação e a incidência de tributação sobre os ganhos de capital, uma vez que a frequência de negociação dos ativos dessa carteira é baixa.

Além dessas vantagens, existe fundamentação teórica para a adoção de uma administração passiva:

- Uma das interpretações sobre a hipótese da eficiência dos mercados, a qual postula uma reflexão total de toda a informação disponível nos preços de equilíbrio dos ativos, sugere que é impossível superar o desempenho do mercado sistematicamente por meio de uma administração ativa.
- A relação entre investidor e administrador passivo está sujeita a uma menor probabilidade de incidência do problema “principal-agente” do que a relação entre investidor e administrador ativo.
- De acordo com o modelo de precificação de ativos de capital (*capital asset pricing model – CAPM*), todos os investidores deveriam manter uma combinação entre a carteira do mercado e um ativo livre de risco. Isso pode ser reinterpretado assim: um fundo administrado passivamente que acompanhe um índice do mercado captura toda a necessidade do investidor.

Bem se vê que a diferença entre a administração ativa e a passiva reside no fato de

que, na ativa, não há a réplica da carteira do índice, este sendo tomado apenas como um referencial cuja administração ativa tenta atingir e/ou superar. Na passiva, ocorre a réplica ou, pelo menos, chega-se muito próximo dela.

De modo geral, independentemente do tipo de administração do fundo, ativo ou passivo, as vantagens mais conhecidas e gerais da utilização de instrumentos de investimento coletivo em comparação com a opção de aplicação individual de recursos são:

- *Acesso* a modalidades de investimento que, pelo volume de recursos envolvidos, não estariam ao alcance de investidores individuais, especialmente os de menor capacidade financeira, aumentando, assim, a quantidade de alternativas de investimento disponíveis. Isso facilita a formação de uma carteira diversificada de ações e outros ativos. Um bom grau de diversificação requer um volume de recursos que, na maioria das vezes, é superior às disponibilidades do pequeno investidor;

- *Diluição*, entre os participantes, dos custos de administração da carteira. A participação de vários investidores em um fundo permite que ocorram economias de escala, viabilizando a participação do pequeno investidor em segmentos de investimentos que não lhe seriam normalmente acessíveis, caso pretendesse atuar individualmente. Em outras palavras, o investimento coletivo, agregando os recursos de grande número de investidores, pode obter condições de custo ou de preço mais favoráveis para seus participantes do que se poderia alcançar na hipótese em que cada um deles realiza seus investimentos isoladamente.

- *Conveniência* para os pequenos investidores em ter os seus investimentos administrados profissionalmente, sem que necessitem, eles próprios, de dominar a utilização de sofisticado instrumental de análise financeira e acessar diferentes fontes de informação, requeridas para a administração adequada de uma carteira de investimentos. Isso permite a aplicação em condições

técnicas mais favoráveis do que as que seriam possíveis para cada um de seus participantes, caso operassem por conta própria nos mercados financeiros.

Um *fundo mútuo de ações* é um tipo específico de investimento coletivo que consiste em um conjunto de recursos administrados por uma distribuidora de valores, sociedade corretora, banco de investimento ou banco múltiplo com carteira de investimento, que os aplica em uma carteira diversificada de ações, distribuindo os resultados aos cotistas, proporcionalmente ao número de quotas possuídas. Mantém no mínimo 51% de seu patrimônio aplicado em ações de emissão de companhias abertas e não pode concentrar mais de um terço de sua carteira em ações de uma mesma companhia nem utilizar operações de derivativos, exceto para proteção (*hedge*).

Os fundos mútuos de ações agem em nome de uma coletividade, representando grande número de investidores e oferecendo as vantagens decorrentes dessa concentração. Além das vantagens já citadas acima, no caso específico de ações de empresas, os fundos de ações podem contribuir para equilibrar assimetrias de poder e de informação que naturalmente surgem no relacionamento entre os investidores e controladores, no primeiro caso, e gestores, no segundo. Para melhor entender como a atuação dos fundos mútuos de ações pode atuar para o benefício de seus participantes, diretamente, e do mercado acionário e da economia brasileira, numa visão mais ampla, é necessário examinar as relações entre as empresas de capital aberto e seus acionistas, especialmente a questão da *governança corporativa*.

#### 4. Governança corporativa

De acordo com o artigo 116 da Lei 6.404/76:

Entende-se por acionista *controlador* a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo *permanente*, a *maioria dos votos* nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para *dirigir* as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Em função dessa concentração de poder na sua pessoa, que lhe confere significativo poder de barganha nas negociações entre os acionistas sobre a direção da firma, o controlador pode lançar mão de mecanismos<sup>1</sup> que dirigem as atividades produtivas, administrativas e de controle da empresa e de brechas legais na legislação societária, para se apropriar de parte do fluxo de caixa que seria, normalmente, distribuída aos acionistas minoritários. No jogo de barganha entre controlador e acionistas minoritários, a posição do primeiro se torna mais alavancada quanto mais desarticulados forem os últimos.

No presente texto, entende-se que os administradores, gerentes, gestores ou executivos são funcionários da empresa, pessoas que recebem certa remuneração periódica para conduzir as atividades da empresa e tomar as decisões executivas. Eles podem ou não possuir ações da firma, mas, aqui, assume-se que esses agentes não possuem interesses de propriedade sobre a firma, ou seja, não têm o direito de pleitear participação sobre o fluxo de caixa gerado pela empresa. Essa assunção é usada com finalidade apenas pedagógica, para marcar uma separação bem clara entre duas situações distintas, como se verá. Nesse contexto, é bastante provável que a relação entre os acionistas e gestores seja acometida, em maior ou menor grau, dos conhecidos “problemas de agência” cujos efeitos mais comuns se caracterizam pelo desvio de recursos da firma para beneficiar pessoalmente os administradores em detrimento dos acionistas.

A expropriação dos acionistas minoritários ocorre quando há a condução dos resultados da empresa realizada pelos controladores e/ou administradores de modo

a reduzir a remuneração devida aos acionistas. Ela pode ocorrer de várias formas, entre elas, (i) venda de ativos da empresa a baixo valor de mercado para uma outra empresa de propriedade do controlador, (ii) implementação de projetos ineficientes, mas que atendam a interesses particulares dos administradores, (iii) salários excessivamente altos para os diretores e (iv) contratos desvantajosos com empresas fornecedoras controladas pelos diretores.

A extensão de uma prática de expropriação e a probabilidade de sua ocorrência são determinadas, em boa parte, pela estrutura de governança corporativa da empresa.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), a governança corporativa é o sistema que assegura aos sócios-proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre propriedade e gestão se dá pelo conselho de administração, a auditoria independente e o conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa governança assegura aos sócios equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados e obediência às leis do país.

A governança corporativa compreende a estrutura de regras, relacionamentos, sistemas e processos pela qual a autoridade fiduciária é exercida e controlada nas corporações. As regras relevantes incluem as leis aplicáveis e as regras internas da empresa. Os relacionamentos se referem àqueles com todas as partes interessadas na empresa, destacando-se os proprietários, gerentes, diretores do conselho de administração e autoridades governamentais. Os sistemas e processos lidam com questões tais como delegação de autoridade, medidas de desempenho, mecanismos de *assurance*, requisitos de *reporting* e *accountabilities*.

Dessa forma, a estrutura de governança corporativa estabelece as regras e procedimentos para a tomada de decisões quanto aos negócios da empresa. Firma, também, a base sobre a qual os objetivos da companhia

são definidos, bem como os meios de atingir e monitorar o desempenho da empresa na busca desses objetivos.

Questões relativas à governança corporativa têm recebido maior atenção tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, em função do reconhecimento crescente de que a governança corporativa de uma empresa afeta seu desempenho econômico e sua capacidade de captar investimentos de capital de longo prazo a custos mais baixos. Por exemplo, em sua pesquisa mundial sobre a opinião do investidor com 200 investidores institucionais realizada em 2000 e atualizada em 2002, a McKinsey encontrou que 80% dos entrevistados pagariam um prêmio por companhias bem dirigidas.

Outras evidências empíricas ligam as percepções da qualidade das empresas a um desempenho superior do preço de suas ações. Em uma pesquisa de Antunovich e Laster (2003, p. 53), sobre os retornos acumulados durante um período de cinco anos, os autores encontraram que as firmas “mais admiradas” apresentaram um retorno médio anual de 17,7%, enquanto as “menos admiradas” apresentaram um retorno médio anual de 12,5%. Em outro estudo, a revista *Business Week* (LAVELLE, 2002, p. 104) ouviu investidores institucionais e especialista para diferenciar empresas com boas e más práticas de governança corporativa e encontrou que as melhores classificadas apresentaram retornos financeiros superiores.

Verdade seja dita, os problemas de governança corporativa não são exclusividades brasileiras ou dos países emergentes onde há pouca proteção legal e efetiva aos acionistas minoritários. Mesmo em países desenvolvidos, ocorrem situações de expropriação dos acionistas minoritários para apropriação de benefícios privados pelo controlador ou pelos gerentes, sob o amparo das respectivas leis locais.

Na raiz do problema com respeito aos controladores está, segundo Srour, o conflito de interesses entre o controlador da firma e os demais acionistas minoritários que

“(...) decorre das várias formas nas quais o primeiro pode desviar recursos da empresa, ou seja, capturar benefícios privados da firma. As mais usuais são via transferência de recursos da firma em transações com outras empresas do interesse do controlador, a partir de contratos fraudulentos, compensação excessiva aos seus principais executivos, garantias de empréstimos da firma para negócios pessoais, expropriação de oportunidades de negócios e outras mais.”

Se, no âmbito da governança corporativa de uma empresa, os interesses do controlador e dos demais acionistas fossem alinhados, a questão de se a empresa deveria distribuir os seus lucros em forma de dividendos ou reinvesti-los para alimentar o seu próprio crescimento não deveria gerar dissidência entre os proprietários, pelo contrário, esperar-se-ia uma decisão suportada por uma votação próxima da unanimidade. Mas, se existe o conflito de interesses, o controlador, tipicamente, deseja pagar dividendos menores para gerar um maior acúmulo de capital, de forma a magnificar o seu prêmio de controle, e, possivelmente, expropriar os acionistas minoritários em um futuro próximo. Dessa forma, os lucros retidos e acumulados ao longo do tempo não seriam totalmente transferidos para os acionistas minoritários, os quais prefeririam uma política de dividendos mais generosa.

A teoria da relação entre agente e principal indica que, pelo fato de os gerentes (agentes) terem objetivos distintos dos objetivos dos acionistas (principais) (estes desejam que a valorização de suas ações seja máxima e aqueles, não necessariamente), em situação de extrema diluição da propriedade, o desempenho econômico da firma pode ficar aquém do patamar que seria potencialmente alcançado se os executivos da firma refletissem exatamente os interesses dos acionistas. Como essa reflexão é, na prática, apenas parcial, a firma é dirigida pelos gerentes de tal modo a desviar-se em certo grau

do comportamento que maximizaria o seu valor. Assim como potenciais pequenos investidores individuais tendem a se afastar do mercado de capitais quando a estrutura proprietária é concentrada, na situação de extrema pulverização, pode-se esperar a ocorrência da mesma tendência.

Há mecanismos cujos objetivos são alinhar os interesses dos gerentes aos dos acionistas<sup>2</sup>.

Note-se que, em ambos os casos, seja a concentração proprietária alta ou baixa, os pequenos investidores individuais ficam expostos à possibilidade de alguma forma de expropriação.

### 5. O poder de barganha

Um dos problemas que os pequenos investidores individuais encontram, mas que pode ser mitigado quando eles se agregam em torno de algum instrumento de investimento coletivo, refere-se ao desbalanceamento da concentração proprietária. Em estruturas corporativas de propriedade muito concentradas, há uma tendência a que o acionista, em torno do qual a propriedade da firma se concentra, dirija o comportamento da firma em seu benefício pessoal em detrimento de um possível melhor desempenho do negócio, prejudicando os demais acionistas<sup>3</sup>.

Se, porém, os pequenos investidores individuais se agregam em torno de um fundo de ações, e a administração desse fundo se esmera em acompanhar e participar das decisões das empresas nas quais ele investe, por meio de profissionais qualificados e treinados para adequadamente desempenharem essas tarefas, a possibilidade de ocorrência da expropriação por parte do controlador de alguma dessas firmas fica reduzida em comparação com a situação de pequenas aplicações individuais e isoladas. Essa redução se deve ao fato de que o fundo pode possuir uma quantidade de ações muito maior que cada indivíduo separadamente. Um bloco substancial de ações da

firma sob uma única orientação, embora não elimine todos os poderes do controlador, confere à administração do fundo um *poder de barganha* muito mais expressivo nas negociações com o controlador, que permite restringir a atuação deste em circunstâncias em que haja oportunidades de expropriação dos demais acionistas, incluindo o fundo de ações.

O poder de barganha do fundo advém de sua capacidade de influenciar o preço das ações de modo abrupto. De posse de uma boa quantidade de ações de uma empresa, em discussões e negociações com o controlador sobre a condução da atividade da empresa, se o controlador tentar impor decisões que despertem a desconfiança de expropriação, o fundo pode ameaçá-lo de vender as ações da empresa. Caso isso aconteça de fato, em vista da quantidade de ações nas “mãos” do fundo, as ações desvalorizam-se significativamente, o que prejudica diretamente o acionista controlador. É verdade que o fundo também sofreria alguma perda numa venda assim, mas é possível que essa perda fosse menor que aquela que seria causada pela atitude de expropriação contra a qual o fundo teria se rebelado. Nessa situação, a ameaça não é vazia, pelo contrário, é crível e pode concretamente dissuadir o controlador de condutas que expropriem os demais acionistas.

Além da desvalorização abrupta das ações, no caso de levar adiante a ameaça, uma venda não planejada ou inesperada da participação do fundo na empresa pode sinalizar para o mercado acionário que algo negativo está afetando ou afetará a firma, mesmo que não se anuncie a verdadeira razão que levara o fundo a se desfazer das ações da firma. Essa desconfiança negativa pode manter o preço da ação da firma em um nível baixo por um bom tempo. Se, no entanto, for revelado ao mercado que o motivo da venda do bloco de ações foi uma tentativa do controlador de expropriação, em adição à desvalorização duradoura das ações, o controlador pode adquirir uma má

reputação, que pode dificultar sobremaneira a captação de capital novo para a firma. Por esses fatores, a participação no capital de uma empresa por meio de um fundo de ações confere um grau maior de proteção contra a expropriação de controladores do que se alcançaria como pequeno investidor individual e isolado.

### 6. *O ativismo*

Por outro lado, quando a estrutura proprietária é muito pulverizada, isto é, quando muitos acionistas repartem a propriedade da firma e nenhum deles possui uma quantidade de ações suficiente para conferir-lhe o controle efetivo da direção da firma, a expropriação pode ocorrer por obra dos gestores, ou gerentes, da empresa. A probabilidade de ocorrência de expropriação nesse caso pode ser reduzida se, ao invés de investirem e tomarem suas decisões de investimento individualmente, os pequenos investidores se agregarem em torno de um investimento coletivo com essa finalidade. Atuando em conjunto, como se o bloco de pequenos investidores fosse um grande investidor, as chances de expropriação contra eles, agora coordenados, são menores. Além de ser algo desejável do ponto de vista de cada indivíduo, a ampla utilização desse instrumento de mercado estimula a participação de um maior número de pequenos investidores no mercado de capitais, pois lhes confere um grau de confiança maior quanto à devida aplicação de seus recursos financeiros. Antigos participantes do mercado de capitais são estimulados a aumentarem os seus investimentos e novos investidores, a trazerem capital novo.

Atuando individualmente, o pequeno investidor, quando decide apostar em uma determinada empresa, adquire, tipicamente, uma fração diminuta do capital da firma. Isso lhe confere, conseqüentemente, uma pequeníssima parcela dos votos, redundando em um poder de influência quase irrelevante sobre as decisões da corporação. Ape-

sar de ser de seu interesse votar, de forma que o comportamento da firma vise a tornar os lucros os maiores possíveis, pois assim ele próprio se beneficiaria pelos dividendos ou ganhos de capital, ele percebe que o seu voto é, para efeitos práticos, irrisório.

Por outro lado, ainda sob o ponto de vista do investidor individual, os conhecimentos teóricos e práticos necessários para fundamentar opiniões robustas e pertinentes sobre os problemas da empresa são complexos, exigindo grau elevado de sofisticação analítica. Além disso, uma vez que a dinâmica empresarial e econômica é pródiga na geração de novos fatos que impactam o valor da firma, custa ao acionista esforço, tempo e dinheiro para manter-se bem informado a respeito de todos os aspectos relativos à firma objeto de seu investimento, para identificar qual é a real situação da empresa e qual é o melhor caminho a ser tomado, e, assim, definir o seu voto. No balanço entre o custo de acompanhar a administração da firma e o efeito que o seu voto provocaria no destino da firma, é de se esperar que o pequeno investidor individual prefira não incorrer nesse custo, acreditando que outros acionistas com objetivos idênticos aos seus estudarão a situação em detalhes e influenciarão as decisões da firma da forma que lhes seja mais conveniente. Essa é uma descrição do famoso “problema do carona”.

Devido a esse problema, pode acontecer a situação em que somente um acionista com substancial participação tenha incentivos para desempenhar as funções de monitoramento e outras atividades de controle onerosas. Claro que todos os acionistas se beneficiam dessas atividades, ainda mais quando não arcam com os custos de realizá-las. À proporção que a fração da participação do acionista aumenta, maior se torna o incentivo para realizar as atividades de monitoramento, já que é mais provável que o aumento do retorno para o acionista decorrente do monitoramento seja mais que suficiente para cobrir os custos associados ao monitoramento.

De fato, Gillan e Starks (2000) observam que, nos Estados Unidos, à medida que a participação de fundos de investimento coletivo cresce, seu papel como acionista se desenvolve. Alguns fundos, particularmente os fundos de pensão, começam a abandonar seu papel de acionista tradicional passivo e se tornam mais ativos e participantes na governança da empresa objeto de sua propriedade acionária.

Embora esses fundos possam simplesmente vender suas ações das empresas com desempenho ruim, freqüentemente suas participações são relevantes o suficiente para, caso as vendas sejam realizadas, gerar uma pressão para baixo sobre os preços das ações, o que provocaria perdas ainda maiores.

O papel do ativismo dos investimentos coletivos emerge devido ao conflito de interesse entre gerentes e acionistas. Para controlar tais conflitos, mecanismos especiais têm surgido tanto no âmbito das próprias empresas como no mercado acionário. Por exemplo, existe uma função de monitoramento inerente ao mercado de ações que pressiona os gerentes para orientarem suas decisões no sentido do interesse dos acionistas. Diz-se, também, que a constante possibilidade de a empresa vir a ser adquirida por um grupo que traga novos e melhores gerentes condiciona os gerentes atuais a alinharem as suas decisões aos interesses dos acionistas. No entanto, as evidências indicam que nenhuma dessas duas forças têm sido suficientemente efetivas. Em vez disso, nota-se que há uma tendência a confiar em mecanismos de controle internos, que, infelizmente e freqüentemente, são ineficazes. Portanto, acionistas com grande participação, como os investimentos coletivos podem alcançar, são motivados a participar ativamente da direção estratégica das empresas.

Além de atenuar o problema do “carona”, os instrumentos de investimento coletivo (fundos de ações) tendem a apresentar objetivos de investimento em uma determinada firma de prazo mais longo. Em conso-

nância com esse horizonte, como acionistas ativos, procuram compelir os gerentes a melhorarem o desempenho da empresa de longo-prazo.

Ademais, os fundos de ações, no processo de continuamente avaliar empresas com o objetivo de encontrar oportunidades de maior rentabilidade do investimento, desempenham, em conjunto, uma função de permanente monitoramento da qualidade dos gerentes das empresas, o que é benéfico para os demais investidores das empresas.

## 7. Conclusão

Os investimentos coletivos oferecem uma série de vantagens para os pequenos investidores individuais. Algumas delas são bem conhecidas, porém existem outras características mais sutis e menos propaladas, que, além de beneficiar os pequenos investidores, podem também contribuir para o aperfeiçoamento do mercado financeiro brasileiro.

Há maior incentivo para os fundos de ações em avaliar, constante e ativamente, o desempenho das firmas em sua carteira do que para cada pequeno investidor individualmente. Além disso, esses fundos, ao agregar interesses acionários individuais, porém dispersos, sob uma única orientação, atingem um poder de influenciar as decisões das empresas muito maior que os acionistas pequenos e isolados jamais atingiriam. Esses dois fatores atuam no sentido de reduzir a possibilidade de expropriação dos acionistas tanto pelos gerentes quanto pelos controladores das empresas e as compõem a adotar, internamente, práticas de governança corporativa melhor alinhadas aos interesses dos acionistas, independentemente de atividades legislativas ou reguladoras externas.

Práticas de governança corporativas que garantam aos seus acionistas que as empresas utilizam os seus recursos no melhor interesse de quem acreditou e lá investiu estimulam o interesse dos investidores. Ocorre, então, um direcionamento de capitais para

essas empresas, que podem, assim, aperfeiçoar suas atividades produtivas, aumentando a produção e gerando mais empregos. Quando a adoção de tais práticas contagia uma grande parcela das firmas do país, espera-se que o resultado global seja o fortalecimento econômico nacional. Vê-se, pois, que os investimentos coletivos podem contribuir com esse processo ao demandar o aperfeiçoamento da governança corporativa das empresas.

### Notas

<sup>1</sup> Alguns exemplos desses mecanismos são: a venda de empresas com preços diferentes entre controladores e minoritários; e aquisições de outras empresas controladas pelos administradores por preços acima do “justo”.

<sup>2</sup> Opções de compra de ações, por exemplo.

<sup>3</sup> Um exemplo colabora para esclarecer esse ponto. Suponha que um acionista, chamado Majoritário, detém 51% das ações da firma. Outros 49 pequenos investidores individuais possuem 1% do capital social cada. Em função de sua participação, as decisões da firma são essencialmente tomadas por Majoritário apenas, pois ele detém invariavelmente a maioria dos votos em qualquer votação. Ele é também o diretor da empresa e alega que a compra de um helicóptero para o transporte rápido da diretoria entre diversos pontos de uma megalópole brasileira resulta em ganhos para a firma. De fato, estima-se que o incremento da velocidade de deslocamento da diretoria gere alguma receita adicional, mas o preço da aeronave é tal que, no balanço geral final, não se espera que haja aumento dos lucros. Nesse caso, Majoritário se beneficia pessoal e unicamente do uso do equipamento (assumindo que os outros acionistas não trabalham na empresa), mas contribui com apenas 51% do custo da aquisição. Os pequenos investidores da firma arcam com 49% do custo, mas não recebem qualquer ganho oriundo desse gasto.

Essa é uma situação em que se diz que há a expropriação dos acionistas minoritários. Além de ser desvantajosa para os pequenos investidores individuais, a possibilidade de ocorrência de expro-

priação afeta negativamente o desenvolvimento do mercado acionário do país, uma vez que os indivíduos, ao perceberem esse fenômeno, tendem a investir no mercado de ações menos do que estariam dispostos a fazer, caso o risco de expropriação fosse eliminado, ou, pelo menos, reduzido.

### Referências

ANTUNOVICH, Peter; LASTER, David S. Are good companies bad investments? *Journal of Investing*, New York, v. 12, n. 1, spring, 2003.

ARANHA, B. *A governança corporativa e o mercado de capital*. 2002. ? f. Monografia (Graduação em Direito) — Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

CRUZ, Felipe. *Benefícios privados de controle, ambiente legal e desenvolvimento do mercado de capitais: um estudo do caso brasileiro*. 2003. 32 f. Dissertação (Mestrado em finanças e Economia Empresarial) — Escola de Pós-graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003.

DEMETRIADES, P. O.; HUSSEIN, K. A. Does financial development cause economic growth?: time series evidence from 16 countries. *Journal of Development Economics*, Orlando, v. 51, n. 2, p. 387-411, 1996.

GILLAN, S. L.; STARKS, L. T. Corporate governance proposals and shareholder activism: the role of institutional investors. *Journal of Financial Economics*, Nova York, v. 57, n. 2, p. 275-305, aug. 2000.

GLOBAL development finance 2006 of the world bank. Washington: World Bank, 2006.

LAVELLE, Louis. The best & worst boards: how the corporate scandals are sparking a revolution in governance. *Business week*, New York, n. 3802, 7 oct. 2002.

PROTEÇÃO ao consumidor. *Cadernos CVM: Comissão de Valores Mobiliários*, Rio de Janeiro, [200-?].

SROUR, Gabriel. Práticas diferenciadas de governança corporativa: um estudo sobre a conduta e a performance das firmas brasileiras. *Sociedade Brasileira de Econometria*, Rio de Janeiro, 29 set. 2002. Disponível em: <<http://www.sbe.org.br/ebe24/124.pdf>>. Acesso em: [200-?].



# As recentes tentativas de formulação de uma legislação para o audiovisual no Brasil

Marcus Augustus Martins

## Sumário

1. Introdução. 2. A regulamentação do audiovisual no governo Fernando Henrique Cardoso. 2.1. As primeiras propostas para uma Lei de Comunicação Eletrônica de Massa. 2.2. A criação do Gedic e a proposta de reformulação do setor de cinema. 2.3. A Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, e a criação da Agência Nacional do Cinema. 2.4. A Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine). 3. A regulamentação do audiovisual no governo Lula. 3.1. O novo governo e as propostas iniciais para a regulação do audiovisual. 3.2. A vinculação da Ancine ao Ministério da Cultura e a reformulação do Conselho Superior do Cinema. 3.3. O anteprojeto de lei da Ancinav. 3.4. Novas discussões para uma Lei de Comunicação Social Eletrônica. 4. Conclusões.

## 1. Introdução

O Brasil tem enfrentado, nos últimos anos, uma discussão cada vez mais complexa: a formulação de uma política pública ampla para o setor audiovisual, capaz de conciliar, a partir de instrumentos normativos consolidados, os diferentes interesses, enfoques e atores que compõem sua estrutura. Isso porque segmentos até então estancos e já cheios de contradições e conflitos internos, como cinema, televisão aberta, televisão paga<sup>1</sup> e operadoras de telecomunicações, passaram, com as novas possibilidades tecnológicas de distribuição de conteúdo, a disputar o mesmo “campo de jogo”.

Marcus Augustus Martins é Consultor Legislativo do Senado Federal na Área de Comunicações e Ciência da Informação, bacharel e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e especialista em Regulação de Telecomunicações pela mesma Universidade.

Portanto, além de buscar as soluções de problemas que lhes são imediatos, como as limitações na captação de recursos financeiros para a produção cinematográfica nacional, as dificuldades para sua distribuição e o exíguo número de salas de exibição, no caso do cinema; a redução das receitas publicitárias e a necessidade de investimento em novos parques de geração e transmissão digital, no caso das emissoras de televisão abertas; a baixa penetração dos serviços e o alto custo da programação, principalmente a internacional, no caso das televisões pagas; e a redução das margens oriundas dos serviços de voz, no caso das operadoras de telecomunicações; todos esses segmentos preocupam-se, agora, em como conviver, uns com os outros, de forma a, no mínimo, protegerem seus mercados. No meio deles, situa-se o Poder Público, que, mediante o Executivo e o Legislativo, procura regular essas relações.

Nesse contexto, as últimas administrações federais – os governos de Fernando Henrique Cardoso, em seus dois mandatos, e de Luiz Inácio Lula da Silva – patrocinaram uma série de iniciativas, com maior ou menor grau de sucesso, visando elaborar regras capazes de viabilizar uma política para o setor audiovisual brasileiro.

## *2. A regulamentação do audiovisual no governo Fernando Henrique Cardoso*

### *2.1. As primeiras propostas para uma Lei de Comunicação Eletrônica de Massa*

Paralelamente aos processos de abertura do mercado de telefonia celular, em abril de 1997, e de privatização das empresas do Sistema Telebrás, em julho de 1998, o governo Fernando Henrique Cardoso, capitaneado por seu Ministro das Comunicações, Sérgio Motta, trabalhava na elaboração de um anteprojeto de lei específico para o segmento da radiodifusão, com o objetivo de modernizar a legislação vigente, a obsoleta Lei nº 4.117, de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), incluindo também os serviços de TV por assinatura, de forma a

tratar de maneira mais orgânica os chamados meios de comunicação eletrônicos (ZANATTA, 1997, p. 24-28).

A ambição central era completar a reforma do marco regulatório de todo o setor, colocando o rádio e a televisão no mesmo patamar das telecomunicações, que, com a aprovação da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), tiveram seu modelo de organização amplamente alterado, a partir dos princípios de exploração privada dos serviços e da criação do órgão regulador setorial, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Denominado, desde o início, Lei de Comunicação Eletrônica de Massa, o anteprojeto em elaboração não envolvia a regulação do cinema, que estava fora do escopo da proposta.

Quanto ao mérito, uma das motivações mais evidentes da iniciativa era aplicar às três modalidades de TV paga o mesmo tratamento jurídico, já que estavam, e ainda estão, regulamentadas por diferentes instrumentos legais, hierarquicamente distintos<sup>2</sup>. Essa lei conjunta possibilitaria, por exemplo, o estabelecimento de critérios comuns para a exploração dos serviços, como o tratamento dispensado à participação do capital estrangeiro, limitado a 49% na TV a cabo e sem restrições no MMDS e no DTH.

Outra variável relevante estava relacionada a uma segunda reforma institucional no setor, a partir da qual a recém-criada Anatel incorporaria, além da regulamentação e fiscalização dos serviços de telecomunicações, já previstas em suas atribuições legais, o rádio e a televisão, sob jurisdição do Ministério das Comunicações. A nova agência, então, passaria a ser denominada Agência Nacional de Comunicações (ANACOM)<sup>3</sup>, como anunciou o Ministro Motta em novembro de 1997 (PRATA; BEIRÃO; TOMIOKA, 1999, p. 446-449). Assim, na origem da elaboração da nova proposição, o governo previu implementar um órgão regulador único, integrando a ordenação das plataformas tecnológicas, da infra-estrutura e do conteúdo.

Para a elaboração de um anteprojeto de lei com esse contorno, foi montado, no Ministério das Comunicações, um grupo de trabalho sob a coordenação de sua Secretaria de Radiodifusão, o qual foi encarregado de concluir a proposta, inicialmente, até o dia 30 abril de 1998, encaminhando a redação para a apreciação do Congresso Nacional, no mais tardar, ao término do mês seguinte.

A proposta, cujas versões iam tornando-se públicas informalmente, envolvia uma série de questões controversas. A primeira delas era estabelecer regras de controle ao conteúdo, incluindo a possibilidade de a Agência impor limites e condições à veiculação de publicidade e determinar a implementação de um sistema de classificação da programação. Ainda quanto ao conteúdo, previa mecanismos de estímulo à produção regional e independente.

O anteprojeto previa também o que denominava “controle dos meios”, dispositivos a partir dos quais eram estabelecidos limites de propriedade aos grupos econômicos que exploravam as atividades de comunicação eletrônica de massa, restringindo a quantidade de emissoras e operadoras que cada um poderia possuir nas diferentes áreas geográficas.

Outro ponto relevante era a previsão, já naquela época, de regras de transição para o sistema de televisão digital, atribuindo à Anatel o estabelecimento dos cronogramas a serem cumpridos, assim como o tempo mínimo da transmissão em alta definição e a organização da utilização do espectro radioelétrico.

Entre março e dezembro de 1998, circularam cinco versões do referido anteprojeto, que sequer saíram do âmbito do Poder Executivo.

## *2.2. A Criação do Gedic e a proposta de reformulação do setor de cinema*

Paralelamente às discussões que ocorreram no Ministério das Comunicações, o go-

verno Fernando Henrique instituiu, para analisar questões relativas ao setor audiovisual, o Grupo Executivo de Desenvolvimento da Indústria do Cinema (Gedic).

Criado por um decreto editado pela Presidência da República em 13 de setembro de 2000<sup>4</sup>, no âmbito do Ministério da Cultura, o Gedic tinha como objetivo principal, de acordo com seu art. 1º, “articular, coordenar e supervisionar as ações para o desenvolvimento do projeto estratégico para a indústria do cinema no Brasil”. Para isso, ampliou o conceito de “indústria do cinema” de forma a abranger a distribuição de filmes não só nas salas de exibição e em vídeo doméstico, mas também por meio da “televisão e demais meios de difusão eletrônica”.

Nesse contexto, o governo previu que a proposta a ser desenhada pelo Grupo traria em seu escopo a integração do cinema aos novos meios de comunicação eletrônica, além da própria TV. Introduziu, assim, a indústria cinematográfica, um segmento até então distante do foco das discussões, no debate sobre a regulação da convergência entre comunicação social, telecomunicações e informática.

Tendo, inicialmente, seis meses para apresentar uma proposta de projeto estratégico para o setor audiovisual<sup>5</sup>, o Gedic foi composto, de acordo com o referido decreto, por sete Ministros de Estado e cinco representantes das áreas do cinema e “de direção de televisão voltada ao cinema brasileiro”, designados pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, que coordenava os trabalhos<sup>6</sup>.

Em março de 2001, foi finalizado pelo Grupo um “pré-projeto de planejamento estratégico”, concluindo-se pela necessidade de adoção, a curto prazo, de medidas como a criação de uma agência reguladora capaz de promover a “auto-sustentabilidade” da indústria cinematográfica brasileira; a redefinição das funções da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura; a reforma da legislação existente, inclusive com adequações nas regras relativas à televisão; e a criação de um fundo para financiar toda a

cadeia de produção do cinema nacional (GEDIC, 2001).

Detalhando esses pontos de ação, o documento propunha como funções básicas da nova agência reguladora

“normatizar, fiscalizar, controlar o cumprimento da legislação, moderar e administrar eventuais conflitos de interesses entre os diferentes agentes do mercado, estabelecer critérios e procedimentos para a alocação de recursos governamentais para o desenvolvimento dos diferentes setores da atividade e estabelecer ligação com as diversas instâncias governamentais federais, estaduais e municipais”.

Para a reformulação das atividades da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura, foram propostas novas competências, vinculadas à preservação das obras cinematográficas, à formação de público e à divulgação e difusão do cinema nacional no Brasil e no exterior.

Como alterações da legislação, foram sugeridas mudanças na Lei nº 8.401, de 8 de janeiro de 1992, visando atualizar o conceito de produção independente, aprimorar o conceito de produção cinematográfica brasileira e criar cota de tela para as emissoras de televisão; na Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, estendendo até 2010 seu prazo de vigência e criando o Fundo de Investimento para Certificados Audiovisuais; e no Decreto-Lei nº 1.900, de 21 de dezembro de 1981, atualizando os valores da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE) e incluindo a taxa de novas tecnologias de distribuição e transmissão de conteúdo (TV a cabo, satélite, DVD, Internet), além das vendas de aparelhos eletroeletrônicos, como monitores de televisão, videocassetes e *DVD players*.

Além disso, o Grupo definiu a necessidade de proceder a uma maior integração entre o cinema e a televisão, propondo, para tanto, a destinação de “4% do faturamento publicitário da TV para a co-produção e

aquisição de direitos de antena dos filmes brasileiros de produção independente”.

Complementando as medidas sugeridas, o Gedic propôs a criação de um fundo financeiro para o fomento de toda a cadeia de produção cinematográfica, abrangendo desde a produção até a distribuição e exportação. Esse fundo, administrado e operado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou outro agente financeiro estatal a partir de regras estabelecidas pela agência, funcionaria tanto pelo financiamento direto às atividades cinematográficas quanto por ofertas de garantia, aval e equalização das taxas de juros para outras operações do setor.

Entre as receitas do fundo, como já mencionado, estariam a cobrança de um percentual de 4% sobre o faturamento publicitário das televisões abertas e das TVs por assinatura<sup>7</sup> e a taxa sobre a venda de aparelhos monitores de TV, videocassetes, fitas de vídeo virgens, impressoras, aparelhos de vídeo doméstico e *DVD players*. Outras receitas seriam obtidas sobre um percentual, a ser definido, dos recursos arrecadados pelas loterias da Caixa Econômica Federal e cobertas por recursos orçamentários durante o período de implementação do Plano Estratégico entre os anos de 2001 e 2006.

Evidentemente, os setores sobre os quais as novas taxas seriam incidentes resistiram às pretensões do Gedic, e entidades do porte da TAP (associação dos programadores de TV por assinatura da América Latina) e da MPA (*Motion Picture Association*) enviaram correspondência às autoridades brasileiras que compunham o Grupo Executivo, além do órgão de comércio norte-americano, “manifestando preocupação com a forma com que o governo vinha tratando a política de audiovisual” (FALGETANO; POSSEBON, 2001).

As emissoras de TV aberta também se opuseram à taxa sobre as receitas publicitárias e conseguiram retirar da proposta medidas que pudessem comprometer seus balanços. Por isso, com a edição da Medida

Provisória que regulou a matéria, o governo desistiu de sua idéia original e “a interface direta com a TV foi até retirada, justamente porque o presidente identificou que não havia consenso suficiente para justificar o uso da MP” (POSSEBON, 2001).

Coincidentemente ou não, naquele exato momento, o Ministério das Comunicações, já sob a titularidade do Ministro Pimenta da Veiga, retomava a discussão de uma nova legislação para a radiodifusão, desistindo de uma proposta convergente, que incluísse o setor de TV paga. Anunciado no dia 21 de junho de 2001, o novo anteprojeto propunha a revogação de toda a legislação vigente para os segmentos de rádio e televisão, ficando em consulta pública até o dia 20 de agosto seguinte.

Mais conservador que as propostas anteriores, o referido anteprojeto concentrava todas as ações relativas à radiodifusão nas mãos do Ministério das Comunicações, que passaria a contar com um órgão colegiado, denominado Conselho Nacional de Comunicações, para auxiliá-lo na formulação das políticas setoriais. As regras para a introdução da TV digital também ficariam a cargo do Ministério. E, mesmo não trazendo grandes alterações, a proposta não conseguiu se viabilizar e, mais uma vez, nada foi encaminhado para a análise do Poder Legislativo.

### *2.3. A Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, e a criação da Agência Nacional do Cinema*

Em 6 de setembro de 2001, o governo editou a Medida Provisória nº 2.228-1<sup>8</sup>, seguindo o eixo da proposta apresentada pelo Gedec. Dessa forma, foram criadas uma agência reguladora para o segmento, denominada Agência Nacional do Cinema (ANCINE), e um órgão de formulação de políticas setoriais, o Conselho Superior de Cinema (CSC). A referida MPV estabeleceu, ainda, princípios gerais da Política Nacional do Cinema, instituiu o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional (PRODECINE), autorizou a criação de Fundos de Financia-

mento da Indústria Cinematográfica Nacional (FUNCINES) e alterou a legislação sobre a Condecine.

Anunciada, formalmente, um mês depois pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, Pedro Parente, em solenidade no Palácio da Alvorada como o lançamento da “Nova Política Nacional do Cinema”, a Medida Provisória buscava superar três obstáculos identificados para o pleno desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional:

“primeiro, a fraca penetração da produção nacional nos mercados complementares, como TV aberta e fechada e vídeo; segundo, a falta de articulação entre os diversos elos da cadeia produtiva do setor; e, terceiro, a exigüidade do mercado interno de salas de exibição” (PARENTE, 2001).

O ponto central da Medida Provisória foi, realmente, a criação da Ancine. Autarquia especial dotada de autonomia administrativa e financeira, a Agência nasceu com pelo menos uma peculiaridade: estava ligada à Casa Civil “durante os doze primeiros meses, contados a partir de 5 de setembro de 2001” (art. 62), sendo prevista, após esse período, sua vinculação direta ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Explicando essa estruturação, o Ministro Pedro Parente afirmou que

“a necessidade de entender o setor como indústria e de rompimento dos gargalos estruturais já mencionados torna natural sua vinculação ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Com vistas à continuidade dos trabalhos de regulamentação e instalação da agência nos próximos meses, achou-se conveniente que, até o prazo de um ano, ela fosse vinculada à Casa Civil da Presidência”<sup>9</sup>.

Outra particularidade da Ancine foi a composição de sua Diretoria, que, diferentemente das demais agências, foi composta por quatro e não cinco membros (um diretor-presidente e três diretores), com mandatos

fixos e não coincidentes de quatro anos, e indicação feita pelo Presidente da República com aprovação pelo Senado Federal.

Entre as competências da nova agência, foram previstas pela MPV nº 2.228-1, de 2001, a execução da política nacional de fomento ao cinema, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Superior do Cinema, ligado à Casa Civil<sup>10</sup>; a fiscalização do cumprimento da legislação relativa à atividade; o combate à pirataria de obras audiovisuais; a aplicação de multas e sanções, de acordo com o estabelecido pelas regras do setor; a regulamentação das atividades de fomento e proteção à indústria; o estabelecimento de critérios para a fiscalização da aplicação dos recursos do Prodecine; e a arrecadação e fiscalização da Condecine.

E, apesar da opção de se criar mais um órgão regulador, abandonando a idéia original do Ministério das Comunicações em se concentrar numa agência única todos os serviços convergentes, a Medida Provisória estabeleceu alguns princípios que, atentamente analisados, abriam a possibilidade da oferta de conteúdos audiovisuais por quaisquer meios e tecnologias de distribuição, sejam emissoras de radiodifusão, operadoras de TV por assinatura, empresas de telecomunicações ou provedores de Internet.

Nesse sentido, a própria definição de obra audiovisual, que passou a ser gênero das espécies obra cinematográfica e obra videofonográfica, explicitou a noção pela qual as características de produção da imagem são mantidas independentemente “dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução transmissão, ou difusão” (art. 1º, I). Outro conceito que trouxe essa percepção foi o de segmento de mercado, aplicável, principalmente, nos dispositivos que tratavam da taxação da obra audiovisual, pois, além das salas de exibição, vídeo doméstico e radiodifusão, abrigava os serviços de “comunicação eletrônica de massa por assinatura” ou “quaisquer mercados que veiculem obras cinematográficas e videofonográficas” (art. 1º, VI).

Outro ponto de interseção entre os segmentos de audiovisual e telecomunicações foi a previsão, como receita da Ancine, de até 3%, observado o limite anual de trinta milhões de reais, de parte dos recursos arrecadados pelo Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), sob responsabilidade da Anatel (art. 11, II).

#### *2.4. A Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine)*

A MPV nº 2.228-1, de 2001, concretizou mais uma proposta levantada pelo Gedic: alterou os dispositivos relativos à Condecine. Criada pela Lei nº 6.281, de 9 de dezembro de 1975, e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 1.900, de 21 de dezembro de 1981, a Contribuição era originalmente devida por produtores e distribuidores, “ou por quem, a qualquer título, promover a importação de obra cinematográfica”, sendo calculada e arrecadada, na época, pela Empresa Brasileira de Filmes S.A. (EMBRAFILME), por título de filme independentemente do número de cópias, nos casos estabelecidos pelo antigo Conselho Nacional do Cinema (CONCINE)<sup>11</sup>, e de acordo com tabelas atualizadas anualmente.

Com a edição da Medida Provisória, o fato gerador da Condecine foi ampliado, passando a incidir sobre “a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas” (art. 32)<sup>12</sup>. Além desses, a Condecine teria incidência “sobre o pagamento, o crédito, o emprego, a remessa ou a entrega, aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, de importâncias relativas a rendimento decorrente da exploração de obras cinematográficas e videofonográficas ou por sua aquisição ou importação, a preço fixo”, mediante a aplicação de uma alíquota de 11% (art. 33, § 2º).

Em outras palavras, a Condecine, que era cobrada apenas sobre filmes, passou a incidir sobre todo o tipo de conteúdo audio-

visual transmitido por qualquer meio, com impacto particularmente alto na TV por assinatura, que veicula, principalmente, programação estrangeira. Assim, cada título audiovisual importado seria taxado a partir de um valor pré-estabelecido na tabela anexa à Medida Provisória e toda remessa de lucro ou pagamento para o exterior corresponderia a uma contribuição de 11% para o cinema.

Essa taxaço, entretanto, não alcançou de forma rigorosa a televisão aberta, que veicula, majoritariamente, conteúdo nacional. Isso porque, pelo artigo 39 da MPV, foram isentas da Condecine as obras audiovisuais brasileiras produzidas e transmitidas no seu próprio segmento de mercado, além da programação jornalística e eventos esportivos.

Além do custeio das atividades da Ancine e do financiamento de atividades de fomento desenvolvidas pelo Ministério da Cultura, parte da receita arrecadada pela Condecine deveria ser utilizada no Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional, para o fortalecimento da produção independente e de projetos de infra-estrutura técnica para o cinema, com critérios e diretrizes gerais estabelecidos pela Agência.

### *3. A regulamentação do audiovisual no governo Lula*

#### *3.1. O novo governo e as propostas iniciais para a regulação do audiovisual*

Logo nos primeiros dias do governo Lula, ficou clara a indefinição política do que se fazer com a Ancine. Isso porque o Decreto nº 4.566, de 1º de janeiro de 2003, que estabelecia a vinculação de entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta, ligava a Agência ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, como previsto pela MPV nº 2.228-1, de 2001, e defendido pelo setor cinematográfico<sup>13</sup>. Republicado quatro dias depois, entretanto, o referido Decreto voltou a vinculá-la à estrutura da Casa Civil (RAMOS, 2003a).

Segundo o Secretário do Audiovisual do Ministério da Cultura, Orlando Senna, a permanência da Ancine vinculada à Casa Civil era uma solução provisória, devendo-se à necessidade de uma análise mais precisa da divisão adequada de atribuições entre a Agência e sua Secretaria. Ainda para Senna, tudo indicava, na época, que, em pouco tempo, a Ancine seria novamente locada no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, “pois esta posição é amplamente majoritária no setor” (CAETANO, 2003).

No entanto, como chegou a declarar quando foi nomeado, o Ministro Gilberto Gil, naturalmente interessado no fortalecimento de sua Pasta, buscava uma articulação dentro e fora do governo para vincular, de forma definitiva, a Ancine ao Ministério da Cultura, ampliando, quanto fosse possível, seu escopo, de forma a abranger todo o setor audiovisual.

Assim, no dia 3 de abril de 2003, numa reunião com representantes da indústria cinematográfica, o Ministério comprometeu-se em fortalecer os instrumentos de fomento e desenvolvimento da Ancine, conseguindo convencer cineastas e produtores da importância da vinculação da Agência à sua estrutura. Essa posição foi encaminhada à Casa Civil para que se viabilizasse a transferência. Nesse sentido, Orlando Senna incorporou a posição do Ministro, passando a defender não só a vinculação da Ancine ao MinC como também sua transformação na Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual (ANCINAV).

Obtendo a primeira vitória, ou seja, o apoio de parte da classe cinematográfica, o Ministério da Cultura foi obrigado, pela conjuntura desfavorável, a envolver-se em outro embate: defender a própria existência da Ancine, que parecia ameaçada.

Com a crise deflagrada entre as agências reguladoras e o novo governo, ainda em fevereiro de 2003, quando o Presidente Lula, insatisfeito com o funcionamento dos órgãos reguladores, e mais especificamente

com a forma em que estavam sendo concedidos os reajustes tarifários para os serviços públicos, chegou a declarar que houve uma “terceirização do poder político do Estado”, foi pautada uma grande discussão nacional sobre o modelo e o papel das agências na administração pública federal.

Nesse contexto, montou-se, em março de 2003, sob coordenação da Casa Civil, um grupo de trabalho interministerial “para analisar, discutir a organização, e propor medidas para o aperfeiçoamento do modelo institucional das agências reguladoras no âmbito do Poder Executivo Federal”. O Grupo foi formado por representantes dos Ministérios dos Transportes, Saúde, Minas e Energia, Comunicações, Meio Ambiente, Fazenda, Defesa, Justiça, Planejamento e Casa Civil, além da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União.

Numa primeira análise, o Grupo Interministerial chegou a concluir que a existência da Ancine seria dispensável, expondo a necessidade de sua extinção (POSSEBON, 2003a). A partir desse prognóstico, o Ministério da Cultura saiu em defesa da Agência, argumentando que ela não deveria apenas ser mantida, mas também fortalecida, de forma a poder recepcionar todo o setor audiovisual. A tese central defendida pelo MinC foi “que o setor de cinema e do audiovisual como um todo carece da intervenção do Estado, sobretudo por tender ao monopólio e à concentração” (POSSEBON, 2003b).

A argumentação do Ministério da Cultura surtiu o efeito planejado, conseguindo reverter a posição inicial da Casa Civil, que foi convencida da necessidade de transformar a Ancine em Ancinav e da importância de vinculá-la à estrutura do MinC. Tanto que, no relatório final do Grupo Interministerial, uma das recomendações encaminhadas ao Presidente da República foi “submeter ao Conselho Superior do Cinema estudos e propostas de reformulação da Agência Nacional do Cinema – Ancine, com vistas à revisão de suas competências” (BRASIL, 2003, p. 37).

Pode-se afirmar, dessa forma, que a proposta de criação da Ancinav no governo Lula teve, pelo menos, três motivações: uma estrutural e estratégica, de realmente buscar abranger todo o setor audiovisual, elaborando para o setor uma regulamentação mais moderna, com possibilidades de fiscalização e controle mais eficientes; uma política, de fortalecimento do Ministério da Cultura, que passaria a atuar numa seara antes restrita, basicamente, ao Ministério das Comunicações; e uma conjuntural, pela qual seria premente fortalecer a Ancine sob pena de vê-la desaparecer e, com ela, possivelmente, alguns dos mecanismos de financiamento para o fomento do cinema nacional criados a partir da edição da MPV nº 2.228-1, de 2001.

### *3.2. A vinculação da Ancine ao Ministério da Cultura e a reformulação do Conselho Superior do Cinema*

No dia 13 de outubro de 2003, a Presidência da República editou o Decreto nº 4.858, dispendo sobre a composição e funcionamento do Conselho Superior de Cinema. A principal modificação por ele apresentada estava prevista em seu artigo 11: a vinculação da Ancine ao Ministério da Cultura. Segundo o Presidente Lula, essa alteração de rumo mostraria a relevância do setor audiovisual como um elemento decisivo para a identidade cultural brasileira, marcando a “retomada do Ministério da Cultura como órgão politicamente forte”.

Aparentemente comprometido com as demandas de Gilberto Gil, o então Ministro-Chefe da Casa Civil, José Dirceu, garantiu que seriam editados, em curtíssimo prazo, dois decretos: o primeiro, em 15 dias, alterando as competências da Ancine e prevenindo sua transformação em Ancinav; e um segundo, previsto para 30 dias depois, transformando o Conselho Superior de Cinema em Conselho Superior de Cinema e Audiovisual. Após uma análise jurídica pela assessoria da Casa Civil, a expectativa da criação da Ancinav, por decreto, foi revista,

cogitando-se a hipótese da publicação de nova Medida Provisória, a ser editada até o dia 20 de dezembro (MERMELSTEIN, 2003).

Outro ponto fundamental estabelecido pelo Decreto foi a ampliação da composição do Conselho Superior do Cinema, que passou a contar com nove Ministros, contra os sete definidos na MPV nº 2.228-1, de 2001. Assim, foram inseridos no quadro de membros do CSC o Ministro da Educação e o Ministro-Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica. A representação da classe cinematográfica também foi ampliada, passando de cinco para seis membros, sendo prevista ainda a participação de três representantes da sociedade civil, sem necessariamente estarem vinculados ao setor. O Conselho, já com a nova formação, foi instalado pelo Presidente Lula no dia 11 de fevereiro de 2004 (RAMOS, 2004).

### 3.3. *O anteprojeto de lei da Ancinav*

Nem por decreto, nem por Medida Provisória. O governo Lula decidiu que a criação da Ancinav, assim como os limites e critérios para uma regulamentação do setor audiovisual, deveria ser estabelecida por lei específica, devidamente discutida e aprovada pelo Congresso Nacional. Para tanto, o Ministério da Cultura elaborou uma primeira minuta de anteprojeto de lei, divulgada pela imprensa especializada no dia 2 de agosto de 2004. A intenção declarada por representantes do MinC com o “vazamento” do anteprojeto era medir as reações dos setores envolvidos com relação às propostas apresentadas.

O governo optou, portanto, por debater publicamente as propostas de reformulação da legislação de todo o setor audiovisual, incluindo relevantes condicionamentos às emissoras de televisão aberta e aos distribuidores de filmes estrangeiros, e um novo enquadramento regulatório para as prestadoras de telecomunicações que transmitissem conteúdo, sem uma posição consensual dos atores envolvidos. O anteprojeto foi aber-

to, ainda, à consulta pública, de forma a receber sugestões de toda a sociedade, em geral, e dos setores envolvidos, em particular<sup>14</sup>.

Além da disposição para o debate por parte do governo, o que chamou mais atenção no texto foi sua complexidade: além da esperada transformação da Ancine em Ancinav, o anteprojeto de lei trazia, a exemplo da minuta da proposta de Lei de Comunicação Eletrônica de Massa patrocinada pelo ex-Ministro Sérgio Motta, propostas arrojadas e controversas, como a possibilidade de regulamentação da relação entre produtores e distribuidores de conteúdo e da imposição de limites de propriedade, o fomento à produção independente e regional, e a taxação de espaço publicitário, pontos críticos, principalmente para o setor de radiodifusão; a reformulação dos instrumentos legais sobre direitos autorais; a taxação relevante sobre filmes estrangeiros, distribuídos com mais de 200 cópias; e a regulação de novos meios e formatos de transmissão de conteúdo, abrangendo serviços de telecomunicações estrito senso, como telefonia móvel, transmissão de dados e Internet, indo, portanto, além do cinema, TV aberta e TV por assinatura.

Esse último ponto, implícito em alguns dispositivos da MPV nº 2.228-1, de 2001, já havia sido sinalizado pelo Ministério da Cultura. No início de julho de 2004, por exemplo, num encontro com empresários de telecomunicações, o Ministro Gilberto Gil informou que a proposta de regulamentação para o audiovisual envolveria, além das mídias tradicionais, novas formas de distribuição de conteúdo, como a Internet e a telefonia celular. De acordo com o Ministro, era preciso “urgentemente rever a regulamentação, para simplificar, atualizar e também separar o tratamento legal das plataformas de telecomunicações da produção e distribuição de conteúdo” (SANTANA, 2004).

A minuta propunha ainda, entre outros, os seguintes dispositivos gerais:

– a transformação do Conselho Superior do Cinema em Conselho Superior do Cine-

ma e do Audiovisual (CSAV), mantendo sua estrutura junto à Casa Civil e a competência de formulação da política nacional para o setor;

- a alteração, com a criação da Ancinav, da composição da atual Diretoria da Ancine, ampliando de quatro para cinco o número de membros;

- a possibilidade de a nova Agência expedir regulamento sobre a apuração de transferência de controle dos exploradores de atividades cinematográficas e audiovisuais;

- a ampliação dos fatos geradores da Condecine, prevendo a taxaço, por exemplo, do espaço publicitário nos exploradores de atividade audiovisual;

- a criação do Fundo de Fiscalização do Cinema e do Audiovisual (FISCINAV) e do Fundo Nacional de Desenvolvimento do Cinema e do Audiovisual (FUNCINAV).

Um ponto curioso dessa primeira minuta dizia respeito à criação da Ancinav sem que houvesse a definição de a que órgão a nova agência estaria vinculada. Assim, apesar de a exposição de motivos que antecede o anteprojeto afirmar que caberia “ao Ministério da Cultura, por meio de contrato de gestão, a supervisão dos trabalhos da Ancinav”, esse dispositivo não estava presente no corpo do texto, deixando dúvidas se o órgão regulador continuaria ligado à estrutura do MinC.

Além desses pontos, um dispositivo do anteprojeto, em especial, causou grande controvérsia: seu artigo 43, que determinava a competência da Ancinav em dispor “sobre a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação”. Interpretado como a possibilidade de controle do conteúdo por parte da Agência e, portanto, uma limitação às liberdades de imprensa e de expressão, esse artigo transformou toda a proposta em alvo de fortes críticas. Críticas tão virulentas que o Ministério da Cultura optou por elaborar uma segunda versão da proposição, alterando alguns artigos da minuta original e eliminando integralmente o polêmico artigo 43.

No dia 30 de agosto seguinte, o Ministério da Cultura divulgou uma segunda versão do anteprojeto da Ancinav, buscando retirar do texto qualquer dispositivo que pudesse ser interpretado como restritivo à liberdade de expressão ou controle editorial dos meios de comunicação.

Essas alterações, entretanto, não atingiram uma série de conceitos que eram fundamentais para compreender os limites de atuação da Agência, inclusive sobre os chamados serviços convergentes.

Com a criação, por exemplo, da figura do explorador de atividade cinematográfica e audiovisual, responsável pela oferta de conteúdo “a usuário ou grupo de usuários, determinável ou não” por quaisquer meios, o anteprojeto estabelecia que todo serviço, fosse televisão aberta ou por assinatura, telefonia móvel, redes ADSL ou Internet, estaria sujeito à regulamentação editada pela Ancinav. O anteprojeto reconhecia ainda a prerrogativa da nova agência em definir outras modalidades de conteúdos audiovisuais, em função, inclusive, dos meios de suporte e transmissão e da tecnologia empregada na oferta.

Além disso, foi mantido, na segunda versão do anteprojeto, o Título específico sobre “a exploração de atividades cinematográficas e audiovisuais nos serviços de telecomunicações”, que previa dispositivos como o estabelecimento de duas categorias de serviços de telecomunicações a serem regulados pela Ancinav: os que possuíssem o conteúdo audiovisual como parte inerente (radiodifusão<sup>15</sup> e TV por assinatura); os que não o possuíssem como parte inerente, mas que o oferecessem ao usuário. Nesse Título estava prevista também a definição de serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura, compreendendo TV a cabo, MMDS e DTH, “bem como qualquer serviço dessa natureza”, o que poderia incluir, por exemplo, a oferta da chamada *Internet Protocol Television* (IPTV) pelas redes de banda larga das operadoras de telecomunicações.

Outro ponto relevante dizia respeito ao relacionamento entre a Ancinav e a Anatel. O Título em referência determinava, entre seus artigos, que o órgão regulador das telecomunicações, quando outorgasse, transferisse ou renovasse concessões e autorizações, deveria levar em conta as decisões da Ancinav, assim como prestar informações à nova agência, quando solicitada. Estabelecia, ainda, a prerrogativa da Ancinav em dispor sobre regras de promoção à cultura nacional, regionalização da produção e estímulo à produção independente, a serem seguidas pelas prestadoras dos serviços de telecomunicações, aplicáveis à produção e programação do conteúdo.

O anteprojeto propunha ainda a ampliação na incidência da Condecine, que teria, entre os fatos geradores, a aquisição de espaço publicitário por parte do anunciante, nos chamados serviços de telecomunicações exploradores de atividades audiovisuais, entre eles a televisão aberta, com uma alíquota incidente de 4%.

Finalmente, a proposta determinava que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações exploradoras de atividades audiovisuais deveriam estabelecer, anualmente, um compromisso público com a Ancinav e com o Ministério da Cultura para a exibição de obras brasileiras, devendo também reservar três minutos diários, não contínuos, para a inserção de publicidade e peças promocionais de obras cinematográficas brasileiras.

A consulta pública para apresentação de sugestões sobre o anteprojeto de lei da Ancinav, após dois adiamentos, foi encerrada no dia 1º de outubro de 2004, tendo recebido cerca de 500 contribuições, que chegaram a ser consolidadas pelo Ministério da Cultura em um único relatório<sup>16</sup>.

Entre as contribuições, algumas chamaram a atenção. A posição das emissoras de televisão, que optaram por manifestar-se em bloco a partir da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), foi, como esperado, contrária à totalidade

da proposta. Afirmando já haver regulação suficiente para o setor de radiodifusão, a entidade defendeu que a Agência deveria se ocupar, fundamentalmente, do fomento às atividades audiovisuais, sem que o setor fosse sobretaxado.

As operadoras de telecomunicações, que contribuíram individualmente, procuraram deixar claro que sua subordinação à Ancinav dizia respeito, exclusivamente, à transmissão do conteúdo audiovisual, não admitindo mecanismos que pudessem implicar, por exemplo, restrições sob o controle do capital nas empresas.

A expectativa inicial do Ministério da Cultura era que a minuta do anteprojeto, com todas as contribuições já consolidadas, fosse debatida pelo Comitê da Sociedade Civil do Conselho Superior do Cinema até o dia 6 de outubro de 2004, para uma apresentação posterior aos Ministros que o compunham. As discussões, entretanto, só foram concluídas em 11 de novembro daquele ano.

No dia 15 de dezembro seguinte, o MinC divulgou oficialmente o texto final com as sugestões do referido Comitê, que passaria pelo crivo do CSC antes de ser encaminhado à Presidência da República e, posteriormente, ao Congresso Nacional.

Uma série de alterações foi introduzida como a redução da alíquota do Condecine, de 4% para 3%, sobre o espaço publicitário pago pelos anunciantes nas emissoras de TV aberta e por assinatura e nas prestadoras de telecomunicações; a extinção da cobrança da Condecine sobre a venda de ingressos de cinema; a compensação dessas reduções, a partir da ampliação na abrangência da Contribuição, que passaria a incidir, com uma alíquota de 2%, sobre a venda de aparelhos eletroeletrônicos (DVDs, televisores, videocassetes, monitores de computador e celulares com recepção de conteúdo audiovisuais) e sobre o “faturamento obtido com a prestação de serviços de distribuição de conteúdos audiovisuais por telefonia”; e a fusão entre o Fundo de Fiscalização do Cinema e do Audiovisual e o Fun-

do Nacional de Desenvolvimento do Cinema e do Audiovisual.

Outra decisão tomada foi a manutenção da abrangência nas competências da Agência para todo o setor audiovisual, inclusive para os segmentos de televisão aberta e telecomunicações. Nesse sentido, a proposta final corrigiu imprecisões apresentadas nas duas primeiras versões: separou a radiodifusão do âmbito dos serviços de telecomunicações e explicitou a vinculação da Ancinav ao Ministério da Cultura.

Depois da consolidação da redação, foram agendadas algumas reuniões do CSC para sua aprovação, que acabaram não se realizando. E, finalmente, em janeiro de 2005, o Presidente Lula decidiu que o anteprojeto da Ancinav deveria ser precedido de outro objeto legal que criasse um novo marco regulatório não só para o audiovisual, mas para o setor das comunicações como um todo, ressuscitando as discussões para a elaboração de uma Lei de Comunicação Eletrônica de Massa, que passou a ser denominada Lei de Comunicação Social Eletrônica.

#### *3.4. Novas discussões para uma lei de comunicação social eletrônica*

A Presidência da República editou, no dia 26 de abril de 2005, um decreto criando o Grupo de Trabalho Interministerial “com a finalidade de elaborar anteprojeto de lei de regulamentação dos arts. 221 e 222 da Constituição e da organização e exploração dos serviços de comunicação social eletrônica”. Composto por nove Ministérios, além da Advocacia-Geral da União<sup>17</sup>, o Grupo seria assessorado por um Comitê Consultivo, formado por especialistas e entidades relacionadas com o setor, e teria o prazo de seis meses, renovável por mais três, para apresentar um anteprojeto.

Já no dia 17 de janeiro de 2006, um novo decreto foi publicado, revogando o anterior, de forma a ampliar o Grupo Interministerial, que passou a contar também com os Ministérios da Ciência e Tecnologia e do Pla-

nejamento, Orçamento e Gestão, além da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. O dado mais significativo do Decreto, entretanto, foi a derrogação do prazo para as conclusões dos trabalhos, que seriam encerrados “com a apresentação, ao Presidente da República, do anteprojeto referido no art. 1º” (art. 8º), adiando, por tempo indeterminado, as discussões.

#### *4. Conclusões*

A história recente da regulamentação do setor audiovisual no Brasil começa na tentativa de se elaborar uma Lei de Comunicação Eletrônica de Massa e, quase uma década depois, encerra-se nas discussões para se formular uma Lei de Comunicação Social Eletrônica. Não fossem a criação da Ancine, via Medida Provisória, e as discussões públicas sobre a implantação da Ancinav, que impuseram a indústria cinematográfica nacional como ator central no debate das comunicações brasileiras, nenhuma alteração efetiva teria ocorrido.

Nesse sentido, é possível visualizar a linearidade entre os projetos do governo Fernando Henrique Cardoso e o governo Lula para essa regulamentação, que seguiram linhas quase idênticas, inclusive pela opção de um modelo com duas agências especializadas ao invés de uma única agência reguladora para serviços convergentes. Da mesma forma, é também possível demonstrar as dificuldades e resistências que um marco legal desse porte sofre, retardando sua viabilização.

Por outro lado, é forçoso admitir o amadurecimento e a transparência das discussões sobre o audiovisual e as comunicações no Brasil, antes restritos aos participantes dos processos de decisão. O debate foi publicizado, os diversos e divergentes interesses foram colocados na mesa e já se sabe como os atores envolvidos pensam e agem. Esse foi o grande ganho do processo, que não pode ser subestimado nem desperdiçado.

## Notas

<sup>1</sup> As operações de televisão paga no Brasil são compostas por três modalidades: o Serviço de TV a Cabo, que tem na Net Serviços a maior operadora nacional; o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), operado, principalmente, pela TVA; e o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), explorado no País, quase de forma exclusiva, pela DirecTV/Sky.

<sup>2</sup> A TV a cabo é regida pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, enquanto o MMDS e o DTH são regulados pelo Decreto nº 2.196, de 8 de abril de 1997, chamado de Regulamento de Serviços Especiais, que foi recepcionado pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações).

<sup>3</sup> Apesar da intenção declarada do Ministro Sérgio Motta em alterar a denominação da Anatel, nas versões do anteprojeto que se tornaram públicas manteve-se o nome Agência Nacional de Telecomunicações.

<sup>4</sup> Os decretos que criaram o Gedic e regulamentaram seu funcionamento não foram numerados, constando apenas a data de sua edição.

<sup>5</sup> Dois decretos editados pelo Presidente da República acabaram prorrogando este prazo. O Decreto de 9 de março de 2001 deu mais sessenta dias para que o Grupo apresentasse o resultado de seu trabalho. E o Decreto de 8 de maio de 2001 estabeleceu como prazo final de conclusão dos trabalhos do Grupo a data de 30 de junho daquele ano. Ou seja, o Gedic funcionou, formalmente, durante nove meses e meio.

<sup>6</sup> Compunham o Gedic, além dos Chefes da Secretaria-Geral da Presidência da República e da Secretaria de Comunicação de Governo, os Ministros da Casa Civil, da Cultura, das Comunicações, da Fazenda, e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. A partir de um decreto editado no dia 1º de dezembro de 2000, o número de representantes das áreas de cinema e TV foi ampliado, de cinco para seis membros.

<sup>7</sup> Segundo a proposta, os recursos oriundos de cada televisão seriam contabilizados em favor de cada uma separadamente, para que cada emissora pudesse aplicá-los em co-produções e aquisições de direitos de antena de filmes de produtores independentes, previamente qualificados pela agência.

<sup>8</sup> A Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001, aguarda sua conversão em lei pelo Congresso Nacional.

<sup>9</sup> Os Decretos nº 4.121, de 7 de fevereiro de 2002, e nº 4.283, de 25 de junho de 2002, mantiveram a Ancine vinculada à Casa Civil, respectivamente, até 5 de setembro e 31 de dezembro de 2002. Ou seja, em momento algum do governo Fernando Henrique Cardoso a Agência foi vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

<sup>10</sup> Ao Conselho Superior do Cinema, integrante da Casa Civil, foi dada a competência de definir a política nacional do cinema de forma a promover “sua auto-sustentabilidade” e “estimular a presença do conteúdo brasileiro nos diversos segmentos de mercado”. O órgão foi originalmente composto pelos Ministros da Casa Civil, da Justiça, das Relações Exteriores, da Fazenda, da Cultura, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e, das Comunicações, além de cinco representantes da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, com mandato de dois anos, permitida a recondução.

<sup>11</sup> A Lei nº 6.281, de 9 de dezembro de 1975, previu “um órgão a ser criado pelo Poder Executivo, com a finalidade de assessorar diretamente o Ministro da Educação e Cultura, estabelecer orientação normativa e fiscalizar as atividades cinematográficas no País”. Para tanto, em 16 de março de 1976, foi editado o Decreto nº 77.299, que criou o Concine. Em 1990, o governo Collor extinguiu tanto o Concine quanto a Embrafilme.

<sup>12</sup> Redação dada pela Lei nº 10.454, de 13 de maio de 2002.

<sup>13</sup> Algumas entidades ligadas ao setor cinematográfico eram amplamente favoráveis à vinculação da Ancine ao MDIC, já que possuía um orçamento maior que o Ministério da Cultura e uma pauta de assuntos menos congestionada que a Casa Civil.

<sup>14</sup> O anteprojeto de lei da Ancinav foi colocado em consulta pública no *site* do Ministério da Cultura no dia 11 de agosto de 2004, por um prazo de um mês. Em 8 de setembro, o prazo foi estendido até 22 de setembro, sendo adiado, finalmente, até o dia 1º de outubro daquele ano.

<sup>15</sup> O anteprojeto continha a imprecisão de classificar o serviço de radiodifusão no rol dos serviços de telecomunicações. Isso porque os mesmos foram constitucionalmente separados com a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, que alterou o art. 21 da Constituição Federal.

<sup>16</sup> No dia 3 de novembro de 2004, o Ministério da Cultura apresentou um relatório sobre o processo de consulta pública ao qual foi submetido o anteprojeto de lei da Ancinav, contendo, de forma sistematizada, as contribuições recebidas. O referido relatório foi distribuído, quinze dias mais tarde, em um seminário realizado pela Câmara dos Deputados para debater o tema.

<sup>17</sup> Os Ministérios integrantes do Grupo são os da Cultura, Comunicações, Fazenda, Justiça, Desenvolvimento, Indústria e Comércio, Educação, Relações Exteriores, além da Casa Civil e da Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica. No dia 18 de agosto de 2005, a Presidência editou mais um decreto, incluindo a Secretaria-Geral da Presidência no Grupo Interministerial.

## Referências

- ANCINAV deve ficar para 2005. *Pay-TV News*, São Paulo, 20 out. 2004a.
- ANCINAV vs. lei de comunicação: um novo dilema. *Pay-TV News*, São Paulo, 14 set. 2004b.
- ANCINE vai para o MinC e, em 15 dias, vira Ancinav. *Pay-TV News*, São Paulo, 13 out. 2003.
- BRASIL. Presidência da República. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*: relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília: Câmara de Infra-Estrutura; Câmara de Política Econômica, 2003.
- CAETANO, Maria do Rosário. Orlando Senna: entrevista. *Revista de Cinema*, São Paulo, n. 34, jan./fev. 2003.
- CASA Civil defende lei de comunicação e regras para conteúdo. *Teletime News*, São Paulo, 27 out. 2005.
- CONDECINE sobre eletroeletrônicos poderá ser de 2%. *Pay-TV News*, São Paulo, 20 out. 2004.
- ENTRE os radiodifusores, uma certeza: a lei de radiodifusão proposta é ruim. *Pay-TV News*, São Paulo, 17 ago. 2001.
- FALGETANO, Edylita; POSSEBON, Samuel. Audiovisual por decreto. *Tela Viva*, São Paulo, n. 109, set. 2001.
- GIL, Gilberto. Audiovisual: vamos ao debate. *O Globo*, São Paulo, 16 ago. 2004.
- \_\_\_\_\_. A Ancinav e o desenvolvimento. *Zero Hora*, Porto Alegre, 21 ago. 2004.
- \_\_\_\_\_. Audiovisual, uma indústria estratégica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 ago. 2004.
- GILBERTO Gil reafirma caráter democrático do anteprojeto da Ancinav. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 10 ago. 2004.
- GOVERNO adia proposta de lei do audiovisual. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 ago. 2004a.
- GOVERNO ainda decide se Ancinav virá por lei ou MP. *Pay-TV News*, São Paulo, 10 nov. 2003.
- GOVERNO cria grupo para lei de comunicação social eletrônica. *Teletime News*, São Paulo, 27 abr. 2005.
- GOVERNO lança programa para cinema e audiovisual dia 13. *Pay-TV News*, São Paulo, 10 out. 2003b.
- GRUPO DE DESENVOLVIMENTO DA INDÚSTRIA DO CINEMA (GEDIC): pré-projeto de planejamento estratégico: sumário executivo. *APTEC*, Porto Alegre. [2006?]. Disponível em: <<http://aptc.org.br/bliblioteca/gedic02.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2006.
- LAUTERJUNG, Fernando; POSSEBON, Samuel. Contra-projeto da Ancinav chega ao MinC preservando a TV. *Pay-TV News*, São Paulo, 6 out. 2004.
- LOBATO, Elvira. Mercado reage ao projeto com perspectiva de crise. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 6 ago. 2004.
- MARTINS, Marcus Augustus. *As políticas do audiovisual no Brasil e o anteprojeto de lei da Ancinav*. 2004. ?f. Monografia (Especialização em Regulação de Telecomunicações)—Universidade de Brasília, Brasília, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Brasil e a globalização das comunicações na década de 90*. 1999. ? f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)—Universidade de Brasília, Brasília, 1999.
- MERMELSTEIN, André. MP da Ancinav sai até dia 20 de dezembro, diz MinC. *Pay-TV News*, São Paulo, 3 dez. 2003.
- MINC consegue apoio e Ancine ficará sob sua responsabilidade. *Pay-TV News*, São Paulo, 3 abr. 2003.
- MINC divulga versão atualizada do projeto da Ancinav. *Pay-TV News*, São Paulo, 15 dez. 2004a.
- MINC divulga versão com mudanças no texto do projeto Ancinav. *Pay-TV News*, São Paulo, 30 ago. 2004b.
- MINICOM anuncia projeto de lei de radiodifusão: TV paga fica fora. *Pay-TV News*, São Paulo, 7 jun. 2001.
- NASSIF, Luís. Guerreiros contra dragões. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 ago. 2004.
- PARA Abert, taxaço da TV é inaceitável. *Teletime News*, São Paulo, 16 set. 2004.
- PARENTE, Ediane; POSSEBON, Samuel. Conta do cinema fica com a TV paga. *Pay-TV*, São Paulo, n. 88, nov. 2001.
- PARENTE, Pedro. Lançamento da nova política nacional do cinema: discurso do Ministro Pedro Parente (Chefe da Casa Civil da Presidência da República). *Tela Viva*, São Paulo, out. 2001.
- PRATA, José; BEIRÃO, Nirlando; TOMIOKA, Teiji. *Sérgio Motta: o trator em ação*. São Paulo: Geração Editorial, 1999.
- POSSEBON, Samuel. Ancinav e você, tudo a ver. *Teletime*, São Paulo, n. 69, ago. 2004a.
- \_\_\_\_\_. Ancinav na berlinda. *Pay-TV*, São Paulo, n. 106, jul. 2003a.

- \_\_\_\_\_. Gil pede “marco regulatório” e promete Ancinav para julho. *Pay-TV News*, São Paulo, 22 jun. 2004b.
- \_\_\_\_\_. Prioridade da Ancinav é o cinema. *Pay-TV*, São Paulo, n. 88, nov. 2001.
- \_\_\_\_\_. MinC consegue apoio e Ancinav ficará sob sua responsabilidade. *Pay-TV News*, São Paulo, 3 abr. 2003c.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Cultura defende necessidade da “Ancinav”. *Pay-TV News*, São Paulo, 16 jun. 2003b.
- PROJETO da Ancinav entra oficialmente em consulta pública. *Teletime News*, São Paulo, 11 ago. 2004.
- PROJETO da nova lei de radiodifusão até maio. *Rádio & TV*, Brasília, n. 125, p. 5-10, jan./fev. 1998.
- PROPOSTA do MinC abre debate sobre marco regulatório. *Pay-TV News*, São Paulo, 6 ago. 2004a.
- PROPOSTA do MinC prevê taxação da verba publicitária para TV. *Teletime News*, São Paulo, 5 ago. 2004b.
- RADIODIFUSÃO e Telecom estão juntas em proposta de lei. *Teletime News*, São Paulo, 2 ago. 2004.
- RAMOS, Raquel. Governo instala Conselho Superior de Cinema. *Pay-TV News*, São Paulo, 11 fev. 2004.
- \_\_\_\_\_. Limbo político. *Tela Viva*, São Paulo, n. 124, jan./fev. 2003a.
- \_\_\_\_\_. MinC negocia criação da Ancinav. *Pay-TV News*, São Paulo, 24 jul. 2003b.
- SAI o projeto de Lei de Radiodifusão. *Pay-TV News*, São Paulo, 21 jun. 2001.
- SALLES, Murilo. Ancinav: unir para democratizar. *Jornal do Brasil*, [S. l.], 2004.
- SANTANA, Ivone. MinC fala a Teles: conteúdo em celular e internet terá regras. *Teletime News*, São Paulo, 2 jul. 2004.
- SENNA volta a defender TV e cinema sob a mesma agência. *Pay-TV News*, São Paulo, 11 jun. 2003.
- SILVEIRA, João da. Cinema: do velho ao novo governo. *Revista de Cinema*, São Paulo, n. 34, jan./fev. 2003.
- TAVARES, Mônica. Governo decide ampliar discussão sobre Ancinav. *O Globo*, São Paulo, 6 ago. 2004.
- TELES fazem mais comentários sobre Ancinav do que TVs. *Pay-TV News*, São Paulo, 18 nov. 2004.
- ZANATTA, Carlos Eduardo. Lei de radiodifusão deverá abranger também a TV paga. *Pay-TV*, São Paulo, n. 38, p. 24-28, set. 1997.



**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**



# As contas de governo da República e os Tribunais de Contas

Francisco Eduardo Carrilho Chaves

## Sumário

1. Contextualização. 2. Relato sucinto do procedimento adotado para julgar as contas. 3. As diferenças entre as contas de governo. 4. Conclusão.

### 1. Contextualização

Este artigo se propõe a estudar a natureza das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, constituídas pela reunião das contas do próprio chefe do Poder Executivo federal com as de outras autoridades, para discutir o papel dos tribunais de contas nos seus julgamentos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – LRF) estabeleceu o conceito Contas de Governo. No nível federal, além das contas do Presidente da República, originalmente previstas na Carta Política, as Contas de Governo incluem as do Presidente do Senado Federal (SF), do Presidente da Câmara dos Deputados (CD), do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), dos presidentes dos tribunais judiciais superiores – consolidando as dos tribunais que lhes são respectivamente vinculados –, do Presidente do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Chefe do Ministério Público da União (MPU). Também por força da LRF, há contas de governos estaduais e municipais, similares às contas federais, mas elas não se-

Francisco Eduardo Carrilho Chaves é Consultor Legislativo do Senado Federal, Ex-Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Pós-graduando da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Engenheiro mecânico pela Universidade Federal Fluminense.

rão o objeto do presente trabalho, sem prejuízo de, ocasionalmente, haver remissões a regras aplicáveis a esses entes federados.

Os diplomas instituidores das diferentes contas são elementos decisivos para nossa análise. Por oportuno, advertimos que inúmeros dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal têm suas constitucionalidades contestadas, mas, por força de imperativos metodológicos e da necessária delimitação temática, em virtude do espaço disponível, ater-nos-emos apenas à matéria relativa à participação dos tribunais de contas no julgamento das Contas de Governo. Mais precisamente, no papel do TCU na avaliação de mérito das Contas do Governo da União.

## 2. *Relato sucinto do procedimento adotado para julgar as contas*

No que tange aos procedimentos adotados na apreciação e julgamento das diferentes Contas de Governo, a legislação adotou ritos similares.

Os dispositivos constitucionais relativos ao processamento e julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República são os seguintes:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

II – proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º Caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I – examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

Registro imprescindível é de que a LRF criou Contas de Governo de outras autoridades e determinou que todas sejam prestadas pelo Presidente da República. Esse artifício permite que todas se enquadrem logicamente na expressão “contas prestadas pelo Presidente da República”. A cada ano, o chefe do Executivo as reúne e entrega (presta) formalmente ao Presidente do Congresso Nacional, em até sessenta dias da abertura da sessão legislativa. Após a Emenda Constitucional nº 50, de 2006 – EC 50/2006,

a sessão legislativa passou a inaugurar-se em 2 de fevereiro.

Inexiste definição de prazo na Constituição para que o Congresso encaminhe as contas ao TCU. Da data em que as recebe, a Corte de Contas, ela sim, tem sessenta dias para emitir pareceres prévios sobre elas. O Regimento Interno do TCU estipula que o Ministro-Relator desses pareceres leve o relatório e os respectivos projetos de pareceres à apreciação do Plenário, em cinquenta dias do recebimento (RITCU art. 223). Entende-se esse último prazo como uma medida de resguardo do Tribunal, garantindo-lhe dez dias para eventuais alterações decorrentes da discussão no Pleno e para impedir que entraves burocráticos imprevistos impeçam o cumprimento do ditame constitucional.

É de notar que a Carta Política fala somente em parecer prévio, no singular, pois, até a LRF, as contas a serem julgadas pelo Congresso eram apenas as do Presidente da República. A emissão de vários pareceres já foi incorporada ao Regimento Interno do TCU (RITCU), mas a Lei Orgânica da Corte (LOTUCU) continua a se referir somente a um parecer prévio.

Os pareceres prévios do TCU servem de subsídio para que a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, prevista no § 1º do art. 166 da Constituição, exerça a competência que lhe é cometida, ou seja, a de emitir pareceres sobre essas contas. Há, portanto, pareceres emitidos pelo Tribunal de Contas e pela comissão mista. Por serem anteriores aos da comissão mista, os pareceres exarados pelo órgão técnico de contas são adjetivados de prévios.

Quanto aos pareceres prévios conclusivos sobre as Contas de Governo de responsabilidade dos tribunais de contas estaduais, municipais ou dos municípios de um Estado, a Lei de Responsabilidade Fiscal estipulou que o prazo para sua emissão será de sessenta dias do recebimento pelo órgão (mesma regra do nível federal), desde que

as constituições estaduais e leis orgânicas municipais não estabeleçam outro prazo (*ca-put* do art. 57 da LRF). O período de tempo que esses tribunais têm para a emissão dos pareceres prévios é ainda mais elástico, quando se tratar de município que não seja capital e que tenha menos de duzentos mil habitantes: cento e oitenta dias (LRF art. 57, § 1º).

Ainda que seja óbvio, frisamos que qualquer parecer, prévio ou não, deve ser conclusivo. A sua emissão faz parte do devido processo legal aplicável ao julgamento das Contas de Governo. Sendo assim, não podem ser dispensados. Os pareceres prévios do TCU municiam os Senadores e Deputados da Comissão Mista e o Plenário do Congresso com informações de cunho eminentemente técnico e objetivo. O Tribunal é o órgão habilitado para processar e fornecer esses dados, intimamente vinculados às suas atribuições institucionais. A despeito de os pareceres da Corte de Contas serem imprescindíveis ao processo de julgamento, eles não vinculam as conclusões dos pareceres da Comissão Mista ou a deliberação de mérito, pelo Congresso.

As contas do Presidente do TCU têm processamento ligeiramente distinto. Elas são encaminhadas à Comissão Mista Permanente e, antes de serem juntadas às demais congêneres para julgamento pelo Congresso Nacional, recebem apenas um parecer, emitido por essa Comissão.

Os pareceres da Comissão Mista constituem a base para o relator designado elaborar o projeto de decreto legislativo que conterá as propostas de mérito para o julgamento de cada uma das Contas de Governo. A votação da proposição e, conseqüentemente, os julgamentos cabem ao Plenário do Congresso Nacional, que utiliza o decreto legislativo para consubstanciá-los.

### *3. As diferenças entre as contas de governo*

A prestação de contas pelo Presidente da República ao Poder Legislativo está nas

constituições brasileiras desde a de 1934, exceção feita à Constituição ditatorial de 1937, do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas e redigida pelo jurista Francisco Campos, Ministro da Justiça à época. Claramente inspirada na também autoritária Constituição polonesa daquele período, a referida Carta recebeu a alcunha de Polaca.

Preliminarmente, há que se referir à expressão “contas *prestadas pelo* Presidente da República”, utilizada no Texto Constitucional. Percebe-se que não houve delimitação de sua amplitude, que teria ocorrido caso a expressão fosse “contas *do* Presidente da República”. Essa particularidade é de especial importância, conforme será demonstrado.

Relembrando, o inciso XXIV do art. 84 da Constituição, dispositivo remanescente do texto originário, comete ao Presidente da República competência privativa de prestar, cada ano, ao Congresso Nacional, as contas referentes ao exercício anterior, em até sessenta dias posteriores à abertura da sessão legislativa. Em não sendo prestadas no tempo devido, tais contas serão tomadas pela Câmara dos Deputados (art. 51, II). O Congresso Nacional, exclusivamente, as julgará (art. 49, IX), depois de apreciação pelo TCU, expressa em parecer prévio (art. 71, I) emitido em sessenta dias do recebimento, e de parecer da Comissão Mista Permanente de Deputados e Senadores do § 1º do art. 166 da Lei Maior (inciso I deste parágrafo).

A Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 – Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), determina que as contas prestadas pelo Presidente da República “consistirão nos balanços gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição Federal” (parágrafo único do art. 36). Os orçamentos são o fiscal, o de investimentos das estatais e o da seguridade social.

O Regimento Interno do TCU (RITCU) prescreve que as contas do Presidente da República consistirão exatamente no que foi estabelecido no parágrafo único do art. 36

da LOTUCU. Todavia, no que tange às demais contas de governo, a norma regimental exige que incluam quadro consolidado de gestão fiscal e relatório do respectivo órgão de controle interno, com manifestação conclusiva acerca da conformidade da execução orçamentária e financeira no exercício com as metas fixadas no plano plurianual e com os dispositivos constitucionais e legais, em especial a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Essas definições são imprescindíveis para garantir ao Tribunal os elementos necessários à emissão dos pareceres prévios sobre as contas.

Não é demasiado lembrar que, no âmbito de sua competência e jurisdição, o TCU é dotado de poder regulamentar, sendo-lhe permitido expedir atos normativos sobre matéria de sua atribuição e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos. Os jurisdicionados, sob pena de responsabilidade, estão obrigados ao cumprimento de tais normas (art. 3º da LOTUCU).

O art. 58 da LRF firma também que “a prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições”; mas, conforme já observamos, as contas não se resumem a essas informações.

Cumpre ressaltar que as disposições constitucionais e as da LOTUCU foram pensadas apenas em relação às contas do Presidente da República, pois as demais, criadas na LRF, sequer existiam quando de sua elaboração. Ainda que seja desnecessário provar isso, é clara essa evidência na previsão de um “parecer prévio”, no singular, a ser emitido pelo TCU. Como hoje há outras contas, além das do Presidente da República, o TCU emite um parecer prévio para cada uma delas, exceto para as do Presidente do TCU (arts. 221 a 229 do Regimento Interno

da Corte de Contas federal, já adaptado ao art. 56 da LRF).

A Lei Complementar nº 101, de 2000, dispõe, ainda, que os tribunais de contas não poderão entrar em recesso enquanto existirem Contas de Governo pendentes de parecer prévio (art. 57, § 2º).

Releva aduzir, também, que as Contas de Governo, estatuídas nos moldes da LRF, à exceção da determinação legal, não possuem qualquer elemento que as exclua do conjunto das contas de gestão dos administradores públicos (“contas dos administradores e responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos”), que são julgadas pelo TCU (CF art. 71, II).

Faz-se alerta para a ADI nº 2.238/DF, com pedido de medida cautelar, ainda não julgada, relatada pelo Min. Carlos Brito, pela qual se arguiu a inconstitucionalidade, entre outros dispositivos da LRF, dos seus arts. 56 e 57. A liminar não foi concedida. Segundo a petição inicial do *writ*, somente a emissão de parecer prévio das contas do Presidente da República teria caráter constitucional. As disposições referentes a pareceres prévios sobre as contas de todos os demais Poderes e órgãos seriam inconstitucionais, visto que o inciso II do art. 71 da Constituição afetaria ao TCU o julgamento de contas dos Poderes Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e do próprio Tribunal de Contas. Reproduzimos abaixo excerto da inicial da referida ADI:

“XXVIII – Da inconstitucionalidade do art. 56

01. O art. 56 estabelece que:

‘As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.’

02. A inclusão das contas dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário nas contas pres-

tadas pelos Chefes do Poder Executivo atenta contra o princípio constitucional da separação de poderes e viola o disposto nos incisos I e II do art. 70 da Constituição Federal, na medida em que submete parte das contas dos Poderes Legislativo e Judiciário à sistemática adotada constitucionalmente para as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do inciso I do art. 70 da CF, enquanto que as contas dos demais órgãos da administração pública, segue a sistemática indicada no inciso II do art. 70 da CF.

XXIX – Da inconstitucionalidade do art. 57

01. De acordo com o disposto no art. 57 da LC 101/2000:

‘Os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de sessenta dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais’

02. De acordo com a sistemática adotada pelo art. 70 da CF, por força do que dispõe o art. 75 da CF, aplicam-se aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as normas estabelecidas na Seção IX do Capítulo I do Título IV da Constituição, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

03. Dessa forma, aos Tribunais de Contas não cabe apenas emitir parecer prévio e nem em caráter conclusivo. Com efeito, no que se refere ao Chefe do Poder Executivo, o Tribunal de Contas aprecia suas contas mediante parecer prévio e, quanto às contas dos demais administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, os Tribunais de Contas as julgam.

04. Daí a inconstitucionalidade deste dispositivo, cuja declaração se requer, inclusive com pedido de sus-

pensão liminar de seus efeitos jurídicos, para que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos órgãos públicos não sofra qualquer abalo decorrente da aplicação de norma inconstitucional.”

Em face do que estabelece o art. 75 da Carta Magna, o mesmo se daria nos Estados, Distrito Federal e Municípios. Não apenas essas disposições da Lei Complementar nº 101, de 2001, são objeto de contraste de constitucionalidade. A LRF está repleta de regras cuja adequação à Lei Maior é duvidosa, mas o Supremo tem sido extremamente cauteloso ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade que envolvam seus dispositivos. No que tange ao Distrito Federal, referimo-nos ainda à ADI nº 1.557/DF, relatora Min. Ellen Gracie, por meio da qual o Governador pediu a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) que determinou competir à Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) julgar as contas de gestão do respectivo Tribunal de Contas: TCDF. O fundamento da ADI foi o de que o art. 71, II, da Carta da República teria garantido implicitamente essa competência à própria Corte de Contas distrital. OSTF pronunciou-se pela constitucionalidade da norma.

O passeio tópico feito pela Constituição, pela LRF, pela Lei Orgânica e pelo Regimento Interno do TCU serviu para enfatizar diferenças significativas entre as contas do Presidente da República e as das demais autoridades. É sempre importante enfatizar que as contas do Presidente da República têm estatura constitucional. As outras, apenas legal.

As contas do Presidente da República sempre existiram como um instrumento de controle de cunho político sobre o Executivo, levado a termo pelo Legislativo. O seu julgamento é feito sobre bases macroeconômicas e sociais, balizado pelos parâmetros de alcance de metas e programas governamentais. Por conseguinte, esse instituto faz parte do equilíbrio republicano, cristalizado no princípio de *checks and balances* e nos de

independência e harmonia entre os Poderes. Em nosso ordenamento, a separação de poderes é cláusula pétrea (CF art. 60, § 4º, III).

Nada obstante alguns dados objetivos sejam levados em consideração no julgamento das contas do Presidente da República (análise dos balanços gerais da União e da execução dos orçamentos), a sua avaliação é de cunho indiscutivelmente político. Por conseguinte, esse julgamento tem carga evidentemente mais subjetiva do que objetiva.

Por sua vez, as contas criadas na Lei Complementar nº 101, de 2000, são avaliadas pela sua aderência aos limites e metas fiscais estabelecidos. A Lei de Responsabilidade Fiscal, visando à transparência das contas públicas e à participação da sociedade em sua fiscalização, determina que as contas nela definidas sejam disponibilizadas, durante todo o exercício, pelo respectivo Poder Legislativo e pelo órgão técnico responsável por sua elaboração, para a consulta e a apreciação dos cidadãos e das instituições da sociedade (art. 49).

A diferença entre essas duas disposições salta aos olhos. Ainda que a regularidade e a transparência fiscal sejam da mais alta relevância, não há como confundí-las com os fins almejados por um governo. Visto que elas constituem obrigações fundamentais de todo administrador público, não podem ser encaradas, simplesmente, como duas meras alternativas, entre outras quaisquer, pelas quais se possa escolher os princípios que pautarão uma gestão. Para as contas surgidas com o advento da LRF, rejeitá-las pode indicar que a autoridade responsável incidiu em crime de responsabilidade ou em crime comum contra as finanças públicas. A teor do que dispõe a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, o processamento por crime de responsabilidade ou por crime contra as finanças públicas poderá caber, portanto, como corolário da rejeição dessas contas.

Evidenciadas as marcantes dissimilaridades existentes entre as contas do Presidente da República e as demais, resta ainda acentuar uma característica que, definitivamente

te, as distancia. Consoante já explicitado, enquanto as primeiras estão previstas no Texto Magno (em praticamente todas as Constituições republicanas, aliás), as outras surgiram com a LRF. Significa dizer, portanto, que, para abolir essas últimas, é suficiente editar lei complementar nesse sentido. No entanto, segundo entendemos, não é possível abolir as contas do Presidente da República. Um projeto de emenda constitucional com esse teor deveria ter a tramitação rejeitada, com base no art. 60, § 4º, III, da Constituição, porque seria tendente a abolir a separação dos poderes. Tratar-se-ia de manifesta tentativa de promover uma *capitis diminutio* do Poder Legislativo, vedada pretremente em nosso ordenamento jurídico.

Estamos diante de um dos temas mais instigantes do Direito, a extensão das emendas constitucionais diante das cláusulas pétreas. No presente caso, estariam em jogo o princípio da separação entre os poderes e o controle externo da Administração Pública. Este, consequência do estado democrático de direito, é delegado pela Constituição ao Poder Legislativo. A separação entre os poderes tem, sem dúvida, natureza pétrea; quanto ao controle externo, ainda que alguns lhe neguem tal característica, sua exclusão reduziria de tal modo o primeiro que acabaria certamente por anulá-lo de forma quase integral.

Citando Bryde, na monografia “Os Limites da Revisão Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes (1997) ensina que as chamadas “cláusulas de imutabilidade” contêm uma “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais”. Essa vedação atinge, inclusive, as “emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição”.

#### 4. Conclusão

Em face do exposto, afirmamos que as Contas de Governo não podem ser vislum-

bradas da mesma maneira. Há que se lançar sobre as contas do Presidente da República e, via de consequência, sobre as de todos os chefes do Poder Executivo das outras esferas de governo um olhar diferenciado.

Aduzimos que as regras constitucionais relativas às contas do Presidente da República são de eficácia plena, lembrando que elas são prestadas muito antes da LRF, tendo sido previstas, como se viu, já na Constituição de 1934. Segundo o escólio de José Afonso da Silva, regras constitucionais de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.

Diante do que defendemos neste artigo, as contas do Presidente da República enquadram-se, portanto, nas normas constitucionais de eficácia absoluta, intangíveis, conforme definidas por Maria Helena Diniz (1992, grifo nosso), pois

“contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente, sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força dos arts. 60, § 4º, e 34, VII, a e b.”

Igual sorte não é reservada às Contas de Governo das outras autoridades da República.

Tais fatores distintivos, considerados paralelamente aos objetivos precípuos de

garantia da manutenção da responsabilidade fiscal – imanescentes às contas dos Presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados, do STF, dos tribunais judiciais superiores, do TCU e do Chefe do MPU –, levam-nos a crer no acerto da tese defendida pelos partidos políticos requerentes na ADI nº 2.238/DF, que contesta a constitucionalidade dos arts. 56 e 57 da LRF.

Os parâmetros para o julgamento das contas criadas pela LRF –excluída, portanto, a do chefe do Executivo – enquadram-se perfeitamente nas competências estabelecidas na Carta da República para os tribunais de contas. Ademais, a Lei de Crimes Fiscais (Lei nº 10.028, de 2000) atribui aos tribunais de contas o processamento e o julgamento das infrações administrativas preceituadas nos incisos de seu art. 5º, reproduzido a seguir:

“Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.”

O agente que incorrer em uma dessas condutas será apenado com multa de 30% (trinta por cento) de seus vencimentos anuais, cujo pagamento é de sua responsabilidade pessoal (§ 1º do art. 5º da Lei de Crimes Fiscais), a ser processada e aplicada, como dissemos, pelo tribunal de contas.

A tipologia das infrações leva-nos, inexoravelmente, a perguntar: não são essas as condutas que também levam à rejeição das referidas contas? Sim. É igualmente ilógico raciocinar que caiba, a um órgão, julgar o mérito das contas e, a outro, processar e julgar, tão-somente para aplicar a sanção, a conduta que determina a carga meritória desse mesmo julgamento.

O que acontecerá, portanto, se as contas de determinada autoridade forem aprovadas pelo Congresso e, simultaneamente, suceder de o TCU, exercendo sua competência, processá-la, julgá-la e apená-la exatamente por haver incorrido em infração administrativa contra as finanças públicas? A situação não é impossível de ocorrer. Estar-se-ia diante de um claro nó institucional, porque não há que falar em submeter-se o TCU ao julgamento proferido pelo Congresso. Cabe lembrar, em boa hora, que o TCU é um órgão autônomo e independente, características que são consequência da necessária imparcialidade que deve nortear suas decisões. Sendo assim, é inapropriado colocá-lo em situação de subordinação. Por suas relevâncias, as principais atribuições do TCU estão enunciadas no próprio Texto Constitucional. A bem da verdade, estão inseridas no Capítulo I do Título IV, dedicado ao Poder Legislativo. No entanto, essa inserção não transforma o Tribunal em órgão subordinado ao parlamento. O art. 73 do Texto Magno assegura um quadro próprio de pessoal para o TCU, assim como lhe estende, naquilo que couber, as atribuições relativas à auto-organização do Poder Judiciário, estatuídas no art. 96. A autonomia do órgão está, portanto, assente na própria Constituição.

De outra sorte, e se acontecesse o inverso: o TCU aplicasse a multa da Lei de Crimes Fiscais e, posteriormente, as contas fossem julgadas favoravelmente pelo Congresso? Poderia o titular das contas pedir revisão da decisão do Tribunal? Novamente, estaria materializado evidente conflito institucional. Essa é uma questão sem resposta

hoje. Mais uma vez, insistimos que inexistente coerência em quem julga as contas não poder aplicar a sanção correspondente à conduta que leva à rejeição delas.

Reafirmamos que, pela Carta da República, diante dos parâmetros que a LRF erige como balizadores para a análise das contas criadas por ela, os seus julgamentos deveriam caber aos Tribunais de Contas, exceção feita à do chefe do Executivo, por opção indiscutível do legislador constitucional originário. Para todas as outras, competiria aos órgãos de contas julgar e também aplicar a sanção da Lei de Crimes Fiscais, se fosse o caso.

Com fulcro nos argumentos expendidos neste artigo, concluímos por afirmar que as competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas foram diminuídas por instrumento impróprio: lei complementar.

### *Referências*

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990. 7 v.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo e constitucional: estudos. São Paulo: Malheiros, 1998. 2 v.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 69-91, out./dez. 1997.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- \_\_\_\_\_. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.



**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria de Orçamento, Fiscalização  
e Controle do Senado Federal**



# A bagagem do viajante

## Aspectos da auditoria como tecnologia

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

### Sumário

1. O reconhecimento da existência de um “processo de auditoria”. 2. A caverna (o processo de auditoria na auditoria individual). 2.1. Etapa de planejamento. 2.2. Etapa de execução. 2.3. Etapa de relatório. 3. Memorial do convento – o ciclo organizacional completo do processo de auditoria. 3.1. A seleção do objeto de auditoria. 3.2. A etapa de seguimento ou *follow-up* da auditoria. 4. Ensaio sobre a cegueira – a evidência em auditoria. 5. Manual de pintura e caligrafia – papéis de trabalho na auditoria. 6. A modo de síntese.

*“Uma parte de mim  
pesa, pondera,  
outra parte delira  
[...]*

*Uma parte de mim  
é permanente  
Outra parte se sabe  
de repente.  
[...]*

*Traduzir uma parte  
na outra parte  
– que é uma questão  
de vida ou morte –  
será arte?”*

*(Ferreira Gullar, 2000, p. 144-145).*

A auditoria é um dos mecanismos mais importantes para o exercício do controle externo encomendado ao Congresso Nacional pelos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. Para melhor utilizá-la, a Instituição Parlamentar e suas unidades de assessoramento técnico (particularmente a Consultoria de

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) muito podem contribuir com o aprofundamento do conhecimento em modalidades e técnicas de auditoria.

Dentro desse objetivo, partimos de um marco conceitual geral para a atividade de auditoria, já oferecido à comunidade nas páginas da Revista de Informação Legislativa<sup>1</sup>. Lá assinalamos que a atividade de auditoria tem seus aspectos *programáticos* (idéias a respeito de sua missão ou finalidade, vinculando a prática da auditoria a objetivos sociais mais amplos em que está inserida), mas tem também seus aspectos *tecnológicos* ou operacionais, as tarefas e rotinas mais ou menos concretas que formam o mundo de seus praticantes<sup>2</sup>.

Neste trabalho, iniciamos a abordagem dos aspectos principais dessa prática real, da “auditoria como tecnologia”, sempre vinculados ao modelo conceitual da vertente programática da auditoria (a inserção social do trabalho auditorial). O texto busca delinear uma *bird’s eye view* dos elementos centrais do seu campo de estudo, num esforço deliberado de resumo e simplificação, recorrendo extensamente à bibliografia citada para oferecer ao leitor o aprofundamento naquele tópico específico. Com isso, pretendemos oferecer uma primeira aproximação da visão de conjunto, bem como uma ferramenta útil para o desenvolvimento posterior dos interessados segundo seu próprio ritmo e suas demandas.

Aqui também recorreremos à prosa de Saramago e outros mestres para demarcar a evolução do raciocínio, uma vez que a abordagem de um campo social de definições ainda tão sutis e com tanto por elaborar incursiona por momentos que exigem recursos de verdadeira imaginação (“Pelo fato mesmo de que são irreversíveis e comportam muito de aleatório, os processos históricos somente são compreendidos quando de alguma forma são reinventados”, já dizia CELSO FURTADO, 1986, p. 67). Essa distância entre o curto alcance do rigor analítico indispensável e a totalidade inalcan-

çável da realidade somente pode ser vivenciada com o recurso à sensibilidade artística.

### 1. O reconhecimento da existência de um “processo de auditoria”

A primeira constatação é a de que não se trata de mera justaposição de métodos e ferramentas tais como amostras, *checklist*, métodos analíticos e outros. A aproximação do auditor em relação ao objeto auditado e o uso que faz de técnicas e instrumentos é hoje “[...] a *body of knowledge* which over the years has become codified and formalized, thereby allowing the audit process to be written up and recorded in a certain way”<sup>3</sup>.

Existirá então um *processo de auditoria*, uma determinada estrutura (também a um nível bastante conceitual) de organização do trabalho de auditoria?

A observação dos relatos da prática e da doutrina técnica faz concluir que sim. Mesmo considerando as diferenças entre autores e entre práticas organizacionais (de que trataremos exaustivamente adiante), parece evidente que cada um, à sua maneira, sustenta que existe um proceder sistematizado que conduz o auditor (e a organização de auditoria) à produção de resultados de auditoria tal como demandados pelas partes interessadas. Como entusiasticamente defende um autor clássico da auditoria financeira:

“El trabajo de auditoria se realiza a través de la cobertura de etapas lógicas, cada una de las cuales se constituye como previa y necesaria para la siguiente. Dichas etapas constituyen un proceso complejo que exigen poner en práctica un conjunto de actividades que forman una unidad, cada una de las cuales por sí mismas son imprescindibles, pero no suficientes, para obtener la evidencia necesaria.”<sup>4</sup>

Há polêmica, sem dúvida, quanto à validade intrínseca dos diferentes “processos de auditoria”. Valderrama (1997, p. 141, tipicamente abordando a auditoria externa

contábil) é enfático em afirmar a estrita correlação entre uma determinada estruturação do trabalho e o resultado final:

“Ante esta situación de hecho el auditor debe plantear su trabajo conforme a una metodología que no deje ningún punto al azar. Metodología que constituye a su vez una garantía para el propio auditor que adquiere un cierto grado de certeza de que, cumpliendo la misma, se van a incrementar las probabilidades de que el juicio emitido se conforme con los criterios de objetividad y razonabilidad que quiere conseguir.”

Ao contrário, Power (1999, p. 69) vê com profundo ceticismo a hipótese de que o seguimento de normas proporcione maior valor intrínseco às conclusões:

“It was suggested that the programmatic demands made upon auditing are only loosely coupled to its technical capabilities; this gives rise to expectations gaps. [...] Instead of a clear conception of output, auditing is constituted by a range of procedures backed by experience and judgement. To say this is to say that auditing is a form of craft knowledge. Auditing practices may be demanded by broader regulatory programmes but they are operationalized in the form of a series of routines which are economically constrained on the one hand, and must have a certain institutional credibility as technique on the other.”

Padrões oficiais de auditoria governamental norte-americanos, amplamente respeitados no setor público em todo o mundo, adotam uma atitude intermediária mais pragmática, condicionando a validade do processo utilizado às condições de cada auditoria individual:

“A body of technical knowledge on types of audits, tests, procedures and methodology exists. Some are generalized, and some are specific to certain industries, types of audits, or special

circumstances. Auditors should have a sufficient awareness of this body of knowledge to apply it to the audit being undertaken. This awareness is necessary to ensure that the selected methodology, tests and procedures are appropriate.”<sup>5</sup>

Passaremos ao largo dessa polêmica: o fato empírico é que a apresentação das atividades de auditoria, seja com fins didático-científicos (doutrina técnica), seja de natureza normativo-instrumental (manuais e roteiros institucionais das mais variadas origens), não prescinde da enumeração ordenada de um determinado número de fases de trabalho e suas inter-relações. Portanto, se quisermos iniciar o estudo da prática da auditoria tal como se nos apresenta na realidade, não podemos ignorar essa constatação fundamental: os processos de trabalho prescritos têm, sistematicamente, uma natureza ordenada e determinadas características comuns. Razões suficientes para que iniciemos nossa aproximação à “auditoria como tecnologia” por meio da noção do *processo de auditoria*.

Motivos existem para que a auditoria seja concebida como um *processo* estruturado. Em primeiro lugar, de um ponto de vista prático, é razoável supor que toda forma de produção de conhecimentos complexos sobre a realidade, com finalidades utilitárias e fundamentos racionais, tem uma natureza ordenada e sistemática:

“Cada tipo de pesquisa empírica possui um projeto de pesquisa implícito, se não explícito. No sentido mais elementar, o projeto é a seqüência lógica que conecta os dados empíricos às questões de pesquisa iniciais do estudo e, em última análise, às suas conclusões. Coloquialmente, um projeto de pesquisa é *um plano lógico para se sair daqui e chegar lá*, onde *aqui* pode ser definido como o conjunto inicial de questões a serem respondidas e *lá* é um conjunto de conclusões (respostas) sobre essas questões. Entre ‘aqui’

e 'lá' pode-se encontrar um grande número de etapas principais, incluindo a coleta e a análise de dados relevantes.<sup>6</sup>

Por outro lado, a própria expansão da "auditoria como demanda" já implica que o produto do trabalho do auditor virá a ser utilizado e a provocar efeitos junto a terceiros. Trata-se de severa responsabilidade sobre a comunidade de praticantes<sup>7</sup>. E precisamente um dos mecanismos básicos para ressaltar e resguardar a responsabilidade do auditor é a construção de normas ou padrões oficiais de procedimento que incorporariam as "melhores práticas" ou o zelo profissional exigível a esse profissional:

"1.4.2 – La debida diligencia profesional impone a cada persona de la organización del auditor la responsabilidad del cumplimiento de las Normas en la ejecución del trabajo y en la emisión del informe."<sup>8</sup>

"La razón de ser de las normas del trabajo es objetivizar la conducta del auditor facilitando que se siga el cuidado y diligencia apropiados. Permiten garantizar el cumplimiento de un mínimo de requisitos indispensables estableciendo unas pautas de conducta homogéneas para todos los profesionales de la auditoría que sirven de guía para la ejecución del trabajo, de prueba de que el mismo se ha llevado a cabo u de garantía de calidad."<sup>9</sup>

## 2. A caverna (o processo de auditoria na auditoria individual)

"Puro engano de inocentes e desprevenidos, o princípio nunca foi a ponta nítida e precisa de uma linha, o princípio é um processo lentíssimo, demorado, que exige tempo e paciência para se perceber em que direção quer ir, que tenteia o caminho como um cego, o princípio é só o princípio, o que fez vale tanto como nada."<sup>10</sup>

Vamos então a uma tentativa de geração sistemática das orientações e práti-

cas de distribuição e seqüenciamento do trabalho de auditoria. Todos aqueles que já militaram em algum ramo da auditoria conhecem a tradicional (e muitas vezes burocrática) periodização em "planejamento", "execução" e "relatório" que já se incorporou ao senso comum. A mera ritualização, porém, é inútil ao auditor que desejar exercer sua missão com profissionalismo. O quê compõe cada fase? No planejamento, deve-se apenas ficar no escritório, sem ir a campo? Durante a execução, deve-se apenas coletar dados? São muitas as questões legítimas que surgem, e que a simples repetição acrítica de rotinas e rituais nada resolve.

É necessário que o auditor (e em especial que um texto de natureza analítica como este) procure enxergar além da simples repetição de práticas, verificando o sentido intrínseco daquilo que observa. Recorrendo novamente à Economia Política e seu método, é preciso isolar pelo pensamento os elementos essenciais do processo e as relações entre eles<sup>11</sup>, vinculando fenômenos e causas. Neste caso concreto, não poderíamos deixar de associar as etapas do trabalho de auditoria à sua própria definição conceitual<sup>12</sup>, ou conferir em cada etapa do trabalho qual ou quais elementos essenciais da auditoria a referida etapa procura produzir ou aperfeiçoar. Sempre lembrando que um modelo conceitual é "una referencia que nos permitirá aprehender las diferentes dimensiones de la organización de una manera estructurada. Ordenará la información con unos criterios que facilitarán el diagnóstico y las recomendaciones posteriores"<sup>13</sup>. Numa tentativa de ir além da simples enumeração de prescrições de terceiros, é preciso tentar modelizar, ainda que de modo tentativo, já que: "sin un modelo previo, sin una teoría, la numerosa información que genera una organización carece de coherencia y se presenta sólo como una vasta colección de datos sin relación entre sí"<sup>14</sup>.

Ainda neste ponto inicial, dois esclarecimentos são indispensáveis. Primeiro, as divisões e periodizações estanques são sempre convencionais. O importante é identifi-

car uma seqüência de atividades, sua ordenação e inter-relação. A forma como se lhes nomeie, ou as etapas em que se lhes agrupe, são meramente convenções – aqui adotaremos aquelas que nos pareçam mais práticas, mas autores, organizações e leitores variam a nomenclatura sem que a análise conceitual seja afetada.

Outra precaução é segregar o esquema analítico de uma auditoria individual qualquer (apresentado nesta seção 3) da discussão sobre uma série de outras atividades e controles que não compõem uma missão específica de auditoria, mas que estão presentes no dia-a-dia de uma organização de auditoria (estas estão discutidas na seção 4). Trata-se de uma divisão essencialmente analítica, em função da tarefa concreta de auditoria que se está examinando. Não se entenda por “auditoria individual” o trabalho de uma única pessoa (existem missões de auditoria que envolvem, cada uma, dezenas de profissionais); tampouco as etapas complementares devem ser vistas como privilégio de grandes organizações (um único profissional que exerça o cargo de auditor interno de um pequeno hospital tem que gerenciar a seleção de auditorias e o “follow-up” da mesma forma que uma grande controladoria nacional).

Esclarecidos esses pontos, passamos a desdobrar a natureza conceitual da auditoria nas etapas do seu processo de trabalho. Como vimos anteriormente<sup>15</sup>,

- Um serviço ou encargo de auditoria<sup>16</sup> é a avaliação por um auditor profissional de um *assunto determinado* que é responsabilidade de outra pessoa, mediante a utilização de *critérios adequados e identificáveis*, com o fim de expressar uma *conclusão* que transmita a um *destinatário predeterminado* um certo nível de confiabilidade ou segurança acerca do assunto em questão.

### 2.1. Etapa de planejamento

Assim, o *planejamento* de um encargo de auditoria destina-se, genericamente, à “com-

preensão geral do trabalho a ser feito, ou seja, definem-se as finalidades da ação a ser realizada e identificam-se as questões que deverão ser respondidas.” (ARAÚJO, 2001, p. 66). Em outras palavras, o planejamento deve identificar, com a precisão necessária, o *assunto determinado* sobre o qual a auditoria deve pronunciar-se, e os *critérios adequados* em função dos quais a opinião será emitida.

Nesta etapa, já estamos considerando que o encargo de auditoria *já foi atribuído* à equipe responsável, ao menos em seus termos fundamentais<sup>17</sup>. Existirá, possivelmente, alguma superposição na prática entre as etapas finais da escolha de um tema para auditar e o início do planejamento da auditoria propriamente dita<sup>18</sup>. No entanto, isso não é obstáculo para o modelo apresentado, visto que a segregação em fases ou etapas é um instrumento analítico destinado a ordenar o *continuum* de atividades de uma auditoria (e não uma compartimentação rígida e formal). Essa interpenetração das etapas de seleção e planejamento será mais detalhada adiante.

#### 2.1.1. Questões de auditoria

Assim, para compreender e planejar seu trabalho, o auditor identifica e prepara, inicialmente:

- uma análise preliminar do objeto de auditoria (seu contexto, sua estruturação interna), capaz de fornecer-lhe uma primeira aproximação ao ambiente em que se desenvolve a auditoria<sup>19</sup>;
- uma especificação da finalidade e objetivos da auditoria – esta é a caracterização do “assunto determinado”: quais são as perguntas que devem ser respondidas pela auditoria (as chamadas Questões de Auditoria<sup>20</sup>), sobre as quais os destinatários da opinião do auditor desejam a sua intervenção. São as questões de auditoria, corretamente formuladas, que organizam o raciocínio, dão estrutura ao trabalho e especificam a responsabilidade do auditor.

As questões representam, assim, os objetivos da auditoria, os contornos concretos do “assunto determinado” sobre o qual o

auditor vai-se pronunciar. As questões de auditoria devem portanto dizer quais demandas o auditor espera atender por meio da auditoria, quais fatores serão estudados e quais os limites adequados à extensão dos trabalhos e – por conseguinte – à significância das conclusões<sup>21</sup>. São as questões de auditoria, então, que direcionarão os próximos passos do planejamento: os critérios escolhidos terão de ser pertinentes à questão abordada; os métodos e recursos terão

de ser compatíveis, quantitativa e qualitativamente, com as questões que se pretende responder. Isso porque, ao definir as questões, o auditor também define, em grandes linhas, o alcance, escopo ou abrangência (temporal, geográfica, temática) do trabalho que vai empreender<sup>22</sup>.

Para uma idéia mais concreta da sua imensa variedade, algumas questões de auditoria presentes na literatura técnica são apresentadas no quadro abaixo:

<i>Tribunal de Contas da União (Brasil) – auditoria operacional</i>
<i>Problema:</i> O Brasil, ao assinar a “Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”, sujeitou-se ao seu cumprimento. Nesse sentido, surgiu a preocupação, por parte dos administradores, de se utilizar técnicas aceitáveis pela comunidade internacional para a efetivação de todo o levantamento geomorfológico no prazo estipulado, tendo em vista a possibilidade de aumento da plataforma continental.
<i>Questões de Auditoria:</i>
1 <sup>a</sup> – Com que segurança se pode afirmar que as técnicas utilizadas serão aceitas pelos organismos internacionais?
2 <sup>a</sup> – Até que ponto se pode dizer que a utilização das técnicas adotadas permitirá a conclusão do levantamento no prazo estipulado? <sup>23</sup>
<i>Escritório do Auditor-Geral (Noruega) – auditoria operacional</i>
“The purpose of the audit is to ascertain the scope and effectiveness of the grants scheme in the agency X”. “Are the subsidies being spent in accordance with the decisions and intentions of the Storting? Are the funds being spent efficiently?” <sup>24</sup>
<i>Escritório Nacional de Auditoria (Suécia) – auditoria operacional</i>
“Many people die from malaria”
“Many people contract malaria”
“Health education on malaria is ineffective”
“School books are delayed” <sup>25</sup>
<i>Conselho Federal de Contabilidade (Brasil) – auditoria contábil</i>
A auditoria independente das demonstrações contábeis constitui o conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo a emissão de parecer sobre a adequação com que estas [as demonstrações contábeis, FMRB] representam a posição patrimonial e financeira, o resultado das operações, as mutações do patrimônio líquido e as origens e aplicações de recursos da entidade auditada, consoante as Normas Brasileiras de Contabilidade e a legislação específica, no que for pertinente. <sup>26</sup>

### 2.1.2. Critérios de auditoria

Sabendo então o que examinar, o auditor pode buscar os critérios segundo os quais emitirá opinião<sup>27</sup>. A própria definição de auditoria já explica sua natureza: critérios são portanto padrões contra os quais se poderá contrastar a adequação do desempe-

nho do ente auditado<sup>28</sup> ou, o que é o mesmo, parâmetros em relação aos quais os achados são medidos para obtenção de uma opinião sobre o desempenho atingido<sup>29</sup>. Na prática, devem ser padrões razoáveis e alcançáveis de desempenho e controle em relação aos quais a conformidade com leis e regulamentos, a adequação dos sistemas e

procedimentos, a economia, a eficiência e a efetividade das operações podem ser abordadas e avaliadas<sup>30</sup>.

Os critérios adequados são portanto definidos segundo os objetivos específicos de cada auditoria e as características particulares da organização ou área auditada, devendo concentrar-se, sempre que possível, nos resultados esperados para a operação, sistema, controle ou outro objeto sendo auditado.

Podem ser selecionados de várias fontes, de acordo com o juízo profissional do auditor. Na área pública, pela sua própria natureza, sua fonte primária é o ordenamento legal e regulamentar<sup>31</sup>. Podem também ser buscados nos padrões técnicos da área profissional auditada, no desempenho histórico do ente auditado, no desempenho de entidades semelhantes, em práticas gerenciais ou operacionais aceitas pelo auditado como aplicáveis, nos objetivos fixados ao ente auditado por ele próprio ou pelo poder público correspondente e nos termos de contratos que vinculem o auditado<sup>32</sup>.

É importante identificar a dualidade que essa noção de critério de auditoria pode assumir, como “critério-princípio” e “critério-padrão”. A primeira natureza é a especificação de uma parte da realidade auditada, seus contornos lógicos. Nesse sentido, os critérios são especificações mais precisas e concretas dos aspectos da realidade abordados pelas questões de auditoria. A segunda natureza representa a definição de um

valor, que contém a posição normativa oriunda da equipe auditora, ou de outra fonte com autoridade para defini-la, acerca do que seria desejável ou esperado para os resultados da ação auditada<sup>33</sup>. É a verificação da conformidade ou não da situação observada que irá resultar nos achados de auditoria<sup>34</sup>.

Os critérios de auditoria são fixados então como parte indissociável do planejamento dos trabalhos auditoriais, ao final do qual devem estar suficientemente precisos e detalhados para que possam desempenhar os papéis de<sup>35</sup>:

a) arcabouço conceitual básico, facilitando a comunicação entre as equipes auditoras e o ente auditado e permitindo que a metodologia adotada seja conhecida de forma inequívoca pelo próprio auditado;

b) delimitação da extensão da auditoria, tornando palpáveis seus objetivos e facilitando que todos aqueles vinculados ao trabalho tenham uma visão clara da natureza estimada das conclusões;

c) orientação para a coleta de dados, indicando como obter evidências significativas e os métodos a serem empregados para coleta e análise de dados;

d) parâmetros balizadores das conclusões e recomendações da auditoria.

Também para facilidade de visualização, transcrevemos abaixo alguns exemplos de critérios de auditoria empregados nas metodologias de auditoria de diferentes organizações:

Tribunal de Contas da União (Brasil) – auditoria operacional
Exemplo de Critério Aplicável às Auditorias de Sistemas Internos de Avaliação de Desempenho Institucional
<i>Critério: As avaliações internas de desempenho institucional devem ser parte integrante do processo de tomada de decisões.</i>
<i>1º Índice: As avaliações de desempenho institucional devem ter um formato útil para os tomadores de decisões.</i>
Medidas: o nível de confiança dos dados sobre desempenho deve ser explicitado; os dados sobre desempenho devem ser analisados e sintetizados tendo em vista as necessidades dos usuários finais; os dados sobre desempenho devem ter um formato que facilite a identificação de mudanças em tendências, assim como em fatores internos e externos.
<i>2º Índice: A consistência e a periodicidade dos relatórios de avaliação de desempenho institucional devem atender às necessidades dos tomadores de decisões.</i>

<p><i>Tribunal de Contas da União (Brasil) – auditoria operacional</i></p> <p>Medidas: os usuários finais devem receber cópias dos relatórios em tempo hábil para a tomada de decisões; os planos de ação resultantes das decisões tomadas devem ser elaborados tempestivamente; os relatórios de avaliação de desempenho devem estar disponíveis sempre que as autoridades competentes se reunirem para tomar decisões acerca do objeto da auditoria.</p> <p>3<sup>o</sup> Índice: Cada unidade do objeto da auditoria deve, no que couber, manter as demais unidades informadas acerca do seu desempenho.</p> <p>Medidas: resumos das decisões tomadas e das ações programadas devem ser incorporados ao plano estratégico geral do objeto da auditoria; os dados sobre desempenho devem, no que couber, ser incorporados aos planos de ação; os dados sobre desempenho devem estar disponíveis aos sistemas de controle interno e externo?<sup>36</sup></p>
<p>GAO – <i>Government Accountability Office</i> (Estados Unidos) – auditoria operacional</p> <p>EXAMPLE: A soil conservation program has the objective of reducing soil loss by 2 tons per acre per year in selected counties. A panel survey could be designed in which actual soil loss on the land that is subject to the program could be compared to the criterion. That is, two measurements of soil depth 1 year apart could be recorded for a probability sample of locations in the targeted counties. Subject to the limitations of measurement and sampling error, the amount of soil loss in the counties could be estimated and then compared to the program objective.</p> <p>EXAMPLE: Federal policies require that commercial airlines observe certain safety procedures. A criteria-referenced design could produce information on the extent to which actual procedures conform to these criteria. A population of maintenance activities — engine overhauls, for example — could be sampled to see if required steps were followed. The infraction rate, projected to the population, could then be compared to the standard rate, which might be zero.<sup>37</sup></p>
<p>GAO – <i>Government Accountability Office</i> (Estados Unidos) – auditoria de conformidade</p> <p>EXAMPLE: Social workers must be able to rule out fraudulent claims under the Social Security Disability Insurance Program. To make sure of the uniform application of the law, program administrators have developed standard procedures for substantiating claims for benefits under the program. A case study could compare procedures actually used by social workers to those prescribed by the program’s administrators.</p> <p>The examination of a number of cases might expose violations of prescribed claims-verification procedures.<sup>38</sup></p>
<p><i>Tribunal de Contas – Algemene Rekenkamer (Holanda) – auditoria de gestão financeira</i></p> <p><i>In the Court of Audit’s opinion, financial management is orderly if it satisfies the following conditions:</i></p> <p>1 9 1 There should be clear rules laying down:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>.= the powers to carry out financial transactions;</li> <li>.= the responsibilities for the safekeeping of funds.</li> </ul> <p>The rules should ensure sufficient separation of duties: possession, execution, safekeeping, recording and checking.</p> <p>Actions should be based on these rules.</p> <p>2 It should be guaranteed that the money is spent solely for the purpose for which it was made available.<sup>39</sup></p>

### 2.1.3. Metodologias, técnicas e ferramentas

Com a definição dos critérios, já se tem os dados necessários para a escolha definitiva da metodologia a adotar<sup>40</sup>, que vem a ser “an underlying approach which gives the study characteristic strengths and weaknesses”, ou “general points about the design of a study,

as opposed to detailed points about correct implementation”<sup>41</sup>. Isso significa identificar as fontes básicas de informação, a forma pela qual a evidência será coletada e analisada (incluindo as técnicas ou ferramentas a que se vai recorrer), a lógica de formação das amostras e os recursos técnicos e de conhecimento necessários à auditoria<sup>42</sup>.

A metodologia é escolhida *em função* das questões e critérios, cabendo ao auditor “combinar” a metodologia às questões, o que não é tarefa fácil<sup>43</sup>. Não podemos, neste texto introdutório, estender considerações sobre as metodologias usuais para auditorias da mais variada natureza. É necessário, no entanto, estabelecer com clareza que é nesse ponto do planejamento que se faz obrigatória a definição e explicitação de uma estratégia metodológica para a auditoria em questão (remetendo o leitor à bibliografia específica de cada metodologia). Razoável número de estratégias tem-se provado útil nos ambientes de auditoria<sup>44</sup>, entre as quais podemos mencionar:

– os *surveys*, levantamentos quantitativos de dados segundo uma estratégia pre-determinada, geralmente a partir de amostragem e inferência estatística<sup>45</sup>;

– os *experimentos*, em que se compara um grupo sujeito a determinada ação ou condição com um grupo não submetido a ela<sup>46</sup>. Aqueles experimentos em que se verificam determinados requisitos fortes de aleatoriedade na seleção dos objetos (caso freqüente na pesquisa científica, mas bastante raro na auditoria) são considerados “delineamento experimental”<sup>47</sup> ou experimento em sentido estrito<sup>48</sup>; quando tais requisitos são relaxados em parte (basicamente, quando não há randomização mas existe alguma forma de grupo de controle), está-se diante de um “delineamento quase experimental”<sup>49</sup> ou quase-experimento<sup>50</sup>; por fim, quando nenhuma dessas condições é satisfeita e recorre-se ao “registro da ocorrência natural das características ou propriedades dos indivíduos”, tem-se um “delineamento não-experimental”<sup>51</sup> ou “estudo observacional”<sup>52</sup>.

– alguns autores falam também da “*revisão de sistemas e procedimentos*” como estratégia metodológica, como a simples comparação de rotinas e práticas com o conteúdo prescrito em normas e regulamentos<sup>53</sup>. Ainda que esta abordagem soe estranha aos métodos de pesquisa comuns no meio cien-

tífico, a habitualidade com que as auditorias perseguem a simples justaposição entre a realidade prescrita (legal, contratual, regulamentar) e a realidade observada (auditoria como uma simples verificação literal de *compliance*) faz com que esta visão algo simplificada seja, a nosso ver, válida como uma metodologia de auditoria *tout court*<sup>54</sup>.

– por fim<sup>55</sup>, a auditoria também faz uso do *estudo de caso*, ou uma análise em profundidade de uma situação específica (usualmente combinando dados quantitativos e qualitativos), considerando com igual atenção o conteúdo da atividade examinada e o seu contexto de vida real (especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão definidos)<sup>56</sup>.

As estratégias, como se vê, são muitas. A pequena experiência do autor em auditorias financeiras, de regularidade e operacionais conduz à convicção de que a esmagadora maioria das missões de auditoria, nos setores público e privado, terminará por utilizar estudos de caso ou revisões de sistemas e procedimentos.

Dentro das metodologias, encaixam-se em momentos e condições apropriadas as técnicas e ferramentas de coleta e análise de dados, das mais simples (inspeção física, exame de documentos) às mais complexas (observação participante, revisão analítica, inferência estatística). Essa coleção de instrumentos transcende os limites deste nosso estudo conceitual, sendo necessário que o leitor interessado pesquise dentro da literatura específica de cada área de auditoria (contábil, operacional, informática, etc.) os métodos e ferramentas que lhes são próprios, uma vez que os recursos técnicos são especificamente destinados a cada tipo de dado ou informação tratada.

#### 2.1.4. Planejamento metodológico: o “funil de auditoria”

Com a escolha da metodologia apropriada, o auditor completa, conceitualmente, o planejamento, identificando os assuntos sobre os quais deve opinar e os critérios que

utilizará, bem como a forma de associar uns e outros – é o chamado “planejamento metodológico”<sup>57</sup>. Esse planejamento essencialmente percorre uma trajetória de refinamentos sucessivos da especificação do trabalho a realizar. As demandas sociais pelo trabalho do auditor são múltiplas e freqüentemente imprecisas<sup>58</sup>. As questões de auditoria são uma tentativa inicial de precisar tais demandas em termos de resultados de informação, daí por que existirão diferentes graus de precisão com que essas questões de auditoria serão formuladas<sup>59</sup>. No desenvolvimento subsequente dos critérios, essa variabilidade de precisão será enfrentada da forma mais completa possível, permitindo uma abordagem objetiva por parte do auditor.

A Auditoria Geral da Suécia apresenta esse processo de refinamentos sucessivos por meio da interessante metáfora de um funil (vide Figura 1, em anexo): a larga coleção de problemas da realidade é inicialmente reduzida a termos mais simples na formulação das questões de auditoria. Estas então são refinadas e levadas a termos necessariamente limitados e objetivos quando se lhes associam os critérios de auditoria. A definição da metodologia especifica mais os termos e condições em que a auditoria vai ser levada a efeito (estreitando o funil até sua parte cilíndrica). A partir daí, a execução (coleta e análise dos dados) e a elaboração dos relatórios têm contorno e rumos absolutamente definidos, restando pouco espaço para imprecisões ou mudanças intempestivas.

#### 2.1.5. Planejamento metodológico: o programa de auditoria

É nesse momento que se pode então preparar um documento de trabalho que contenha o roteiro fundamental para todo o trabalho posterior da equipe de auditoria. Tradicionalmente conhecido como “programa de auditoria”<sup>60</sup>, esse roteiro escrito recolhe:

“a description of the methodology and suggested audit steps and procedures to be conducted to accomplish the audit objectives;

- b. a systematic basis for assigning work to supervisors and staff;
- c. the basis for a summary record of work.”<sup>61</sup>

Convém lembrar que o sentido convencional da expressão “programa de auditoria”, herdado da auditoria contábil, é o de um simples “plano flexível de procedimentos de exame”, indicando procedimentos a aplicar e os respectivos responsáveis<sup>62</sup>. Essa posição simplificadora traz altos riscos: o programa de auditoria é o meio material de estender todas as previsões do planejamento até o tempo real da execução (especialmente se a equipe de execução for maior ou distinta daquela que elaborou o planejamento). O GAO (1992a, p. 6) norte-americano adverte – com razão – que o sucesso na auditoria exige que o programa vá além de um *checklist* de procedimentos a conduzir, sendo um instrumento que permita às equipes compreenderem, na prática, os objetivos da auditoria e usarem sua própria iniciativa para avaliar e adaptar os passos a serem seguidos e os respectivos resultados.

#### 2.1.6. Planejamento administrativo

Naturalmente, o auditor não planeja apenas *o que vai fazer*, mas *como, quando e a que custo*. Definido o planejamento metodológico, é necessário planejar (num sentido comum) o tempo e os recursos a aplicar. É o que podemos chamar de “planejamento administrativo”<sup>63</sup>, que teoricamente deveria suceder ao metodológico, mas que na prática tem de ser feito em paralelo e pode vir a condicionar em grande medida os objetivos da auditoria (a insuficiência de tempo ou recursos pode descartar ou impor mudanças nas questões, critérios ou metodologias, para que sua aplicação não seja inviabilizada). Neste momento de preparação material, que deve ser registrado num documento de trabalho formal<sup>64</sup>, levantam-se itens como:

- cronograma de execução;
- número e qualificação dos componentes que devem integrar a equipe técnica;

- recursos materiais e financeiros necessários;
- procedimentos de monitoramento do andamento do trabalho.

O documento formal do planejamento administrativo é aqui indicado isoladamente, como trabalho distinto do programa de auditoria. Essa separação, porém, é para fins conceituais, dado que cada documento trata de um aspecto do planejamento e não se substituem. Nada impede, porém, que um mesmo documento formal acumule o conteúdo dessas duas peças de trabalho, segundo a conveniência da organização de auditoria – na realidade, alguns autores e metodologias contemplam sob o mesmo documento o resultado das duas vertentes do planejamento<sup>65</sup>.

## 2.2. Etapa de execução

*“La aridez y el frío del raciocinio han de compensarse con la palpación y el calor de la experiencia. Campos, uno de los heterónimos de Pessoa, escribe: ‘Deténte, corazón./ No pienses. Deja pensar a la cabeza’.”*<sup>66</sup>

Especificados então, no planejamento, o assunto determinado a examinar e os critérios pelos quais se lhes vai examinar, é a hora de olhar para a realidade a conferir se a situação concreta corresponde aos critérios previamente fixados. Na terminologia já clássica de Mautz (1976, p. 74), ao concluir o planejamento o auditor já realizou:

- “1. Identificação das afirmações a serem examinadas.
2. Avaliação da relativa importância das informações.”

Agora, é necessário *coletar informações e analisá-las*:

- “3. Recolhimento de informações ou provas necessárias sobre as afirmações, a fim de possibilitá-lo a dar um parecer bem fundamentado.
4. A avaliação das provas, quanto à sua validade ou não, se adequado ou não, se suficiente ou não.”<sup>67</sup>

Interessante notar que em alguma fonte se define a execução como uma etapa única,

de simples aplicação de procedimentos<sup>68</sup>. Essa nos parece uma simplificação indevida: o que se convencionou chamar, no jargão cotidiano dos auditores, de “execução” do trabalho é conceitualmente composto de duas etapas distintas: a *coleta de dados*<sup>69</sup> e a *análise dos dados* coletados<sup>70</sup>.

### 2.2.1. Coleta de dados

Na coleta, os auditores aplicam sistematicamente todo um vasto leque de técnicas e instrumentos (previamente definidos no programa de auditoria, nunca é demais lembrar) com a finalidade de formarem um quadro claro sobre os fatos que interessam à formação de sua opinião. A coleta de dados pode abranger todo o universo de situações de auditoria (exame populacional ou exaustivo) ou o exame de apenas alguns componentes de uma determinada coleção de eventos para formação de juízo sobre toda a população, o que implica a utilização de amostragem, que pode ser baseada em critérios de inferência estatística (“amostragem estatística”<sup>71</sup>) ou baseada apenas no julgamento pessoal do auditor (amostragem por julgamento<sup>72</sup>).

Sobre o universo populacional então (ou sobre a amostra), são aplicados procedimentos de várias naturezas, cada um deles previamente incluído no programa de auditoria e destinado à identificação, comprovação ou simples exploração de um determinado aspecto da realidade auditada. Não é possível, evidentemente, discriminá-los em detalhe neste breve ensaio conceitual. Ficam aqui listados, para referência de futuras consultas de leitores interessados, os principais procedimentos e técnicas, usualmente aplicados na coleta de dados para auditoria. Inicialmente, há os procedimentos mais tradicionais, com origem histórica na auditoria contábil:

- Entrevistas<sup>73</sup>
- Observação direta das operações auditadas<sup>74</sup>
- Inspeção física direta de bens e instalações (*inclui a contagem física de itens como numerário, estoques, etc.*)<sup>75</sup>

- Exame direto de documentos originais<sup>76</sup>

- Elaboração de fluxogramas e organogramas<sup>77</sup>

- Comparação dos demonstrativos contábeis com os registros e partidas contábeis originais<sup>78</sup>

- Revisão dos registros e partidas contábeis a partir dos documentos originais relativos às transações respectivas<sup>79</sup>

- Circularização (*obtenção de comunicação formal direta por terceiros, relativamente a determinada operação, transação ou fato ao qual também esteja vinculado*)<sup>80</sup>

Ao longo do tempo, foram sendo desenvolvidos novos procedimentos mais sofisticados, basicamente destinados às outras modalidades de auditoria (especialmente na vertente operacional ou de desempenho), que também têm por foco essencial a coleta de dados<sup>81</sup>:

- Questionários<sup>82</sup>

- Técnicas de análise dos postos de trabalho

- Segmentação de funções, funções padrão, análise quantitativa de funções e manual de responsabilidade funcional<sup>83</sup>

- Análise de substitutibilidade do pessoal<sup>84</sup>

- Técnicas de análise do ambiente organizacional externo

- “Diamante competitivo”<sup>85</sup>

- Mapeamento do entorno organizacional<sup>86</sup>

- Análise *SWOT*<sup>87</sup>

- Diagrama de verificação de risco<sup>88</sup>

- Análise *Stakeholder*<sup>89</sup>

- Técnicas de análise de processos

- Melhora de operações críticas/Análise de informatização de processos/Implantação de regras de priorização do fluxo de trabalho<sup>90</sup>

- Suporte de racionalização de procedimentos administrativos<sup>91</sup>

- Análise do processo de produção de serviços<sup>92</sup>

- Técnicas de análise da estrutura organizacional

- Avaliação de componentes e parâmetros estruturais<sup>93</sup>

- Análise RECI<sup>94</sup>

- Mapeamento da estrutura informal e de grupos internos em uma organização<sup>95</sup>

- Técnicas de análise do espaço de trabalho

- Análise de proporção de superfícies e análise normalizada de superfícies<sup>96</sup>

- Técnicas de análise de insumos e produtos

- Análise de fluxos (*de informações, de produtos físicos, etc.*)<sup>97</sup>

- Mapa de produtos<sup>98</sup>

- Técnicas de análise de ambiente organizacional interno

- Análise de clima organizacional<sup>99</sup>

- Análise de estilo de direção<sup>100</sup>

- Orientação de grupos em processo de mudança<sup>101</sup>

Em qualquer dos casos, é sempre aconselhável considerar o uso de dados já existentes (uma vez que a coleta é por vezes cara e demorada). Com cautelas semelhantes àquelas aplicadas aos dados gerados diretamente pela equipe de auditoria, o uso de dados secundários pode servir de insumo à aplicação das técnicas acima listadas ou fornecer a informação, já ordenada, diretamente para a etapa de análise<sup>102</sup>.

Ao coletar dados, em qualquer circunstância (tanto para os dados produzidos diretamente pela equipe quanto para os dados gerados por outras fontes e já existentes quando da realização da auditoria), deve o auditor certificar-se de sua qualidade, uma vez que apenas dados *confiáveis* e *válidos* podem compor evidências de auditoria – como será visto na seção 4 adiante. É preciso assim atentar, desde o desenho da coleta até a crítica dos seus resultados, para dois atributos dos dados gerados: a confiabilidade e a validade. Essas denominações encontram-se aqui fora do sentido dicionarizado, de senso comum, dos dois termos<sup>103</sup> e têm um conteúdo muito preciso.

Confiável, nesse contexto, significa que diferentes medições de uma mesma realidade

de fornecem as mesmas respostas. Ou seja, dois auditores coletando os mesmos dados independentemente devem chegar aos mesmos resultados produzidos (ou um mesmo entrevistado deve dar essencialmente a mesma resposta à mesma pergunta formulada em duas ocasiões diferentes) – levando em conta um certo grau de tolerância para resultados aproximadamente iguais.

A forma mais adequada de garantir a confiabilidade da coleta é planejar vários meios ou procedimentos de medição da mesma variável, quando esta revelar-se importante para as questões de auditoria<sup>104</sup>. Haverá circunstâncias em que isso é possível, como na verificação de procedimentos de atendimento de um determinado paciente, quando podem ser examinados (e contrastados entre si) registros clínicos, laudos de exames, entrevistas com os profissionais envolvidos, com o próprio paciente e sua família, etc. Em outros casos, porém, só há uma fonte de dados – como no exame da regularidade formal de um processo de licitação, cujas informações estão essencialmente contidas no próprio processo.

A validade do dado, por sua vez, significa a sua pertinência semântica e prática à questão de auditoria e ao critério de auditoria adotados, ou mais simplesmente se os dados tratam dos problemas examinados e das questões formuladas. Ao examinar, por exemplo, o perfil de custos de tratamento em um hospital de referência (especializado em procedimentos de alta complexidade), não seriam dados válidos as taxas de adoecimento, mortalidade ou outras variáveis epidemiológicas totais do conjunto do sistema de saúde municipal (já que se referem a um perfil de pacientes distinto daquele do hospital examinado).

Procedimentos para reforçar a validade dos dados são mais difíceis de projetar e têm natureza mais qualitativa. Também aqui se pode comparar os resultados de diferentes fontes e métodos de coleta (com eventuais discrepâncias significativas indicando um possível problema de validade), bem como

levar os dados à crítica dos entrevistados ou outros agentes envolvidos na auditoria, para que possam confirmar o seu sentido ou levantar possíveis diferenças de entendimento<sup>105</sup>.

### 2.2.2. Análise dos dados

O levantamento dos dados é então um gerador de insumos para a respectiva *análise*. A análise dos dados tem por objetivo usá-los para responder às questões de auditoria e consiste na organização dos dados coletados (permitindo a descrição da realidade na forma estruturada pelas questões e critérios de auditoria escolhidos) e no estabelecimento de relações entre as variáveis selecionadas para comparar a realidade com os critérios selecionados e assim responder às questões de auditoria<sup>106</sup>. Cada constatação de discrepância significativa entre a realidade e os critérios de auditoria representa um *achado de auditoria* (que pode inclusive ser positivo, estando a realidade em situação melhor que a especificada no critério, quando então pode-se estar diante de *boas práticas*).

Se a metodologia adotada enfatiza a análise quantitativa, existe amplo espaço para a adoção de toda a variedade de inferências estatísticas, assim como para o uso de métodos descritivos mais simples (como a simples análise mediante gráficos ou a geração de estatísticas descritivas)<sup>107</sup>. Qualquer que seja o ferramental adotado, no entanto, a análise quantitativa pretende em geral abranger, da forma mais representativa possível, as características gerais de um grande número de objetos ou entidades (geralmente concentrando-se em um número limitado de propriedades ou aspectos desses objetos ou entidades). Estudos quantitativos são particularmente adequados para indicar relações causais entre variáveis que passam a ser quantificadas e para inferir conclusões para um universo maior que o efetivamente examinado.

Certos tipos de questões, no entanto, não se prestam a respostas exclusivamente quantitativas, necessitando de uma abordagem

qualitativa. Isso se dá quando se pretende um entendimento detalhado acerca de algumas poucas questões específicas, ou quando se pretende levantar hipóteses ou teorias mais precisas<sup>108</sup>, ou ainda quando seja demandado aos auditores uma tentativa de entendimento em profundidade sobre um grande número de características do objeto auditado<sup>109</sup>.

Não se pode deixar de reafirmar, nesse ponto, que não existe uma oposição entre métodos quantitativos e qualitativos. “São sim alternativas metodológicas para a pesquisa, e a denominação qualitativa ou quantitativa não delimita para uma e outra *objetos qualitativos e quantitativos*, nem tampouco paradigmas científicos distintos”<sup>110</sup>. Trata-se de uma escolha entre métodos, para buscar os mais adequados em cada circunstância concreta. Os métodos quantitativos podem ser apropriados para o estudo de uma população de objetos de observação comparável entre si, quando a geração de informações agregadas seja materialmente possível. Os qualitativos, por sua vez, são indicados em fenômenos nos quais o aspecto subjetivo da ação social seja relativamente mais relevante que as estruturas societais ou em geral quando se quer enfatizar as especificidades de um fenômeno em termos de suas origens e razão de ser<sup>111</sup>.

Descendo a detalhes de implementação, alguns procedimentos e métodos vêm sendo adotados usualmente como meio de realizar a análise dos dados em auditoria. Além do ferramental estatístico, outros mecanismos têm sido utilizados em maior ou menor grau pelas diferentes modalidades de auditoria. Lembremos, antes de listar alguns exemplos, que as técnicas mencionadas como de análise de dados servem preferencialmente nessa etapa (em especial devido à sua sofisticação analítica), mas também pode ocorrer o caso de que tenham utilidade para organizar a coleta de dados, estando à disposição do auditor. Dentre esse outro conjunto de ferramentas, podemos exemplificar<sup>112</sup>:

- Revisão analítica<sup>113</sup>
- Análise de conteúdo (*procedimentos padronizados para categorização e inferência a partir de registros escritos originais*)<sup>114</sup>
- Grupos focais (*discussões planejadas e em profundidade, geralmente entre especialistas, sobre um assunto específico a ser examinado*)<sup>115</sup>
- Correlação entre informações independentes obtidas de várias fontes na auditoria<sup>116</sup>
- Benchmarking (*identificação e implementação de boas práticas de gestão*)<sup>117</sup>
- Indicadores de desempenho<sup>118</sup>

Algumas considerações finais ainda se devem fazer sobre a etapa de execução (coleta e análise de dados). Primeiro, a “execução” é associada no senso comum ao trabalho de campo, fora do escritório do auditor. Essa identidade não é correta. É verdade que o maior volume de trabalho em campo corresponde à coleta de dados, que compõe a execução. Porém, boa parte da análise dos dados é feita internamente pela equipe de auditoria, no próprio escritório (existem autores que chegam a propor uma etapa interna específica de “encerramento e conclusões” após a execução dos trabalhos de verificação<sup>119</sup>). Além disso, uma significativa parte da etapa de planejamento desenvolve-se junto ao cliente da auditoria, tanto nas auditorias tradicionais (contábeis ou de legalidade<sup>120</sup>) quanto nas auditorias de desempenho ou operacionais<sup>121</sup>. A desagregação do trabalho em etapas, portanto, vem do conteúdo de cada uma delas, e não de sua localização física.

Da mesma forma, a apresentação sequencial das etapas de execução não exclui a possibilidade de que ocorram interpolações ou paralelismos entre elas, nomeadamente entre coleta e análise de dados (ressaltado mais uma vez que um eventual paralelismo entre *planejamento e execução* não está incluído nessa afirmação, sendo sempre uma ocorrência absolutamente excepcional). Isso ocorre em particular quando se usam métodos qualitativos, pois

“As collection of data progresses, we continuously process the material

gathered with the aim of drawing valid conclusions. Answers supplied by the respondents in an interview may lead to the formulation of new questions that were not included in the original interview plan. A qualitative approach is thus an interactive process between the person carrying out the analysis and the respondents. *Data are processed both during collection and in the final interpretation*"<sup>122</sup>.

Por fim, lembramos que o conteúdo da etapa de análise pode incluir apenas uma opinião sobre o grau de coincidência entre a situação encontrada e os critérios especificados (o que corresponde estritamente à definição conceitual exposta no fim da seção 2 acima) ou estender-se à formulação de análises de causa e efeito e à geração de recomendações<sup>123</sup>. Na maioria dos casos, é pertinente inclusive oferecer ao destinatário da auditoria diferentes recomendações *alternativas* para cada constatação: a necessidade de escolhas é inerente ao processo gerencial; o próprio auditor terá de elaborar várias alternativas (e ordená-las segundo critérios de adequação à solução do problema) para ele próprio formular sua visão de solução; ainda, a maioria dos problemas identificados em auditorias tem diferentes atores envolvidos dentro das organizações, e a existência de múltiplas propostas favorece as negociações internas e a formação de consensos<sup>124</sup>. Como esclarecem de forma bastante eloquente Mas & Ramió (1997, p. 366),

"[...] en una auditoría en el sentido más clásico de la palabra no hay que ir más allá que decir qué problemas se detectan y qué se ha de hacer en un sentido general, pero sin incidir en el cómo hay que hacerlo, puesto que es tarea del gestor. Dependiendo del tipo de auditoría y, sobre todo, de las demandas del cliente, la auditoría ha de ir más allá e, incluso, proponer el cómo hay que hacer para resolver los problemas: es el plan de acción. No obstante, aun que el auditor tenga la

oportunidad de hacer el papel de asesor de gestión, ha de tener presente que sólo se trata de propuestas y así deberá plasmarse en el redactado del informe. Se trata de dar un enfoque eminentemente utilitarista al informe de auditoría, no limitándolo a un simple inventario de problemas sino también convirtiéndole en un pequeño manual de soluciones."

Essa extensão da atividade do auditor (sem dúvida, um considerável valor agregado pelo trabalho do auditor) não está *analiticamente* abrangida pela definição original de auditoria que utilizamos, mas – como já explicamos anteriormente<sup>125</sup> – essa não-inclusão é apenas um recurso teórico, não implicando de forma alguma que o profissional que detecta a não-conformidade não deva estender recomendações de melhora. Ao enveredar por esse caminho, esse profissional avança no campo que, para fins analíticos, se costuma denominar *consultoria*:

"Sua meta ou produto final em qualquer atividade de consultoria é alguma espécie de mudança. As mudanças acontecem de duas maneiras. Em um nível, consultamos para produzir mudança na organização de linha, de natureza estrutural, política ou de procedimentos – um novo plano de recompensas, um novo processo de relatórios, um novo programa de segurança. O segundo tipo de mudança tem como resultado final o fato de que uma ou muitas pessoas na organização de linha aprenderam algo de novo."<sup>126</sup>

É claro que esse valioso aporte gerado pelas constatações de auditoria depende de uma íntima vinculação do processo de produção das recomendações com o processo analítico de geração das constatações – em outros termos, dificilmente seria possível dissociar a análise dos dados necessária à emissão de uma opinião de auditoria (não-conformidade entre condição encontrada e critério especificado) da análise necessária

à identificação de causalidades e à apresentação de recomendações de solução. Dificilmente poder-se-ia partir de simples constatações registradas em relatório para gerar, *ex post*, recomendações e propostas relevantes<sup>127</sup>. Por conseguinte, a etapa de análise dos dados deve incorporar todo o trabalho concernente à emissão de opinião e à proposição de recomendações que advierem do trabalho de auditoria.

### 2.3. Etapa de relatório

*“O escritor, esse, tudo quanto escrever, desde a primeira palavra, desde a primeira linha, será em obediência a uma intenção, às vezes clara, às vezes obscura – porém, de certo modo, sempre discernível e mais ou menos óbvia, no sentido de que está obrigado, em todos os casos, a facultar ao leitor, passo a passo, dados cognitivos comuns a ambos, para que ele possa, sem excessivas dificuldades, entender o que, pretendendo parecer novo, diferente, talvez mesmo original, já é afinal conhecido porque, sucessivamente, vai sendo reconhecido.”*<sup>128</sup>

Como vimos na sua definição conceitual, a auditoria tem um destinatário específico das suas conclusões. De nada valeria todo o trabalho do auditor, por mais correto e profundo que fosse, caso não pudesse ser transmitido a quem se destina, na exata medida das demandas informacionais que esses destinatários formulem. De fato, o relatório é unanimemente considerado o produto principal de qualquer auditoria<sup>129</sup>.

A necessidade da apresentação em forma escrita, por sua vez, vem da posição do auditor na *accountability chain* como validador formal de alguma informação (ou seja, a sua opinião produz efeitos perante o destinatário e – no caso de ser publicada – perante terceiros). Isso implica que a opinião do auditor tenha uma natureza também formal, o que torna imprescindível a sua transmissão em um documento estruturado. Nada disso impede, de forma alguma, o uso de recursos adicionais para comunicação dos resultados de auditoria: reuniões de encerramento, apresentações verbais, edição

de resumos e *press releases*, sempre que não haja restrições legais ou contratuais (questões de propriedade intelectual, etc.) para a ampla divulgação da informação.

O fato de ser o veículo principal de transmissão da opinião do auditor ao destinatário conduz a que seja freqüente a regulação de formatos e pautas rígidas para os relatórios de auditoria. Cada instituição de auditoria pública tem seu próprio modelo de relatório normatizado, o mesmo ocorrendo com os contratantes mais sofisticados de serviços de auditoria.

Um integrante por excelência dessa categoria de relatórios preformatados é o parecer de auditoria elaborado pelos auditores independentes das demonstrações contábeis. Na normativa e na prática de outros países, como Espanha<sup>130</sup> e Argentina<sup>131</sup>, esse tipo de documento se denomina exatamente *relatório (informe)* em lugar de parecer (*dictamen*). Nesse documento habitualmente conciso, o auditor contábil transmite ao destinatário (formalmente, a empresa que o contratou; na prática, a coletividade de acionistas, investidores, credores, etc.) as conclusões de seu trabalho, comparando um aspecto da realidade (as demonstrações contábeis) com critérios preestabelecidos (no caso, por normas regulamentares, os princípios e convenções contábeis vigentes no país onde sejam publicadas), registrando a conformidade entre ambos ou discriminando eventuais discrepâncias nas suas diferentes formas<sup>132</sup>.

Dessa forma, não pretendemos aqui substituir qualquer desses modelos predefinidos: ao contrário, a primeira regra básica de construção de um relatório de auditoria é a aderência estrita às regras estabelecidas pelo cliente (ou pela legislação, conforme o caso) para esse tipo de comunicação. Existe no entanto, na maioria dos casos, algum grau maior ou menor de liberdade para a elaboração do texto dos relatórios, mesmo dentro de contextos regulados de comunicação<sup>133</sup>. Em algumas situações (que cremos serem mais raras), o cliente ou

a legislação não fixam uma pauta rígida para o conteúdo ou o formato do relatório. Para todos esses casos, lançamos aqui alguns critérios de orientação.

Em caráter geral, espera-se de um relatório algumas qualidades. Em primeiro lugar, que apresente uma conexão lógica entre os objetivos do trabalho (as questões de auditoria), os critérios de auditoria previamente estabelecidos, os fatos descritos, as opiniões ou conclusões do auditor e (quando existentes) as recomendações formuladas<sup>134</sup>. Desse requisito genérico já se infere que a qualidade do relatório depende, essencialmente, da qualidade do conjunto do trabalho de auditoria. Quando de sua redação, ficarão manifestas quaisquer inconsistências ou fragilidades metodológicas de que a auditoria tenha padecido:

“Writing is a process. This means that several drafts have to be written, commented upon and revised. At the same time, writing is such an analytical part of the work. Some of the analytical problems faced by the author may not be clarified until he or she starts to write the report.”<sup>135</sup>

Outro requisito importante, também imposto pela inserção do exame de auditoria em uma relação de prestação de contas acerca de uma realidade concreta, é a distinção clara e explícita no texto do relatório entre *fatos*, *critérios* de auditoria e *conclusões/opiniões* do auditor<sup>136</sup> (o que traduz de forma simples e direta, a nosso ver, a objetividade do trabalho). Quando afirmações dessas três naturezas chegam a confundir-se, é preciso primeiro questionar se a causa não seria a forma de apresentação ou redação por parte do auditor, que deve sempre ter em mente a estrita individualização do que é fato, do que é critério ou afirmação normativa e do que é a sua apreciação (*judgement*) sobre os fatos a partir da norma.

Em alguns casos, porém, é possível que haja divergências na caracterização de situações complexas, especialmente se houver discordância dos responsáveis pela re-

alidade auditada, discrepâncias essas que – por situarem-se legitimamente no domínio interpretativo – não podem ser creditadas apenas a insuficiências na redação do analista. Nesse caso, é necessário deixar claro no texto a condição polêmica dessas afirmações. A prevenção dessas situações pode ser alcançada mediante o diálogo aberto com os responsáveis pela atividade auditada e, se de todo impossível, a objetividade do auditor requer que as posições divergentes desses responsáveis sejam transparentemente descritas no relatório<sup>137</sup> (o GAO norte-americano tem por política, inclusive, anexar aos seus relatórios o fac-símile das respostas e comentários).

Isso levanta ainda a questão mais ampla da manifestação do agente que é auditado dentro do relatório de auditoria, sob a forma de comentários ou alegações. Essa abertura do relatório (apesar de despertar reações em algumas organizações públicas de fiscalização) é requisito básico na grande maioria das recomendações técnicas e normativas em todo o mundo (tanto na auditoria de desempenho ou operacional<sup>138</sup> quanto na auditoria de regularidade ou legalidade<sup>139</sup>) para que o auditado tenha acesso a uma versão preliminar do relatório e possa elaborar os seus comentários, podendo posteriormente a equipe de auditoria incorporar a suas conclusões as alegações formuladas ou delas divergir, transcrevendo o posicionamento discrepante do gestor. Pensamos que essa providência é indissociável da objetividade e transparência que se pretende conferir ao trabalho de auditoria e só deveria ser descartada em casos excepcionalíssimos quando houvesse razões extraordinárias que obrigassem à manutenção de sigilo sobre os trabalhos<sup>140</sup>.

Algumas outras orientações simples devem ser consideradas quando da redação de qualquer informe técnico e aplicam-se também aos relatórios de auditoria: não incluir informações ou discussões sem relação direta com os assuntos abordados; evitar o uso excessivo de vocabulário técnico

ou restrito a um determinado campo de conhecimento (incorporando como anexo um glossário dos termos técnicos indispensáveis); incluir um índice do conteúdo do relatório; usar cabeçalhos e títulos que tenham conteúdo informativo (em lugar de “Observação sobre a gestão de estoques”, utilizar algo como “A rotação dos estoques está baixa devido ao atraso na identificação das demandas de ressuprimento”); ilustrar pontos difíceis com tabelas ou diagramas.

Várias são as estruturas recomendadas para a elaboração de um relatório de auditoria<sup>141</sup>. A formatação precisa de um relatório (mesmo que apresentada em um nível teórico ou genérico) dependerá evidentemente da natureza da informação examinada e das demandas de informação do destinatário.

Tentaremos apresentar aqui um projeto simples de relatório de finalidade generalista, contendo a disposição dos elementos básicos abordados no processo de auditoria descrito neste trabalho, com o objetivo de permitir a sua adaptação por cada usuário para as necessidades de sua auditoria em especial. (ver quadro abaixo)

### 3. Memorial do convento – o ciclo organizacional completo do processo de auditoria

Uma missão de auditoria pode dar-se por completa quando da emissão do relatório. No entanto, o exercício permanente da função de auditoria por alguma organização (ou mesmo por um único profissional

Item da estrutura do relatório	Observações
Índice	Em textos brasileiros, esta seção é por vezes nomeada “Sumário” em razão da nomenclatura específica da Associação Brasileira de Normas Técnicas <sup>142</sup>
Sumário executivo, resumo ou <i>abstract</i>	Pequeno resumo de não mais que duas páginas contendo os resultados essenciais da auditoria. Tem especial relevância na divulgação do resultado, uma vez que a maior parte dos usuários vai, inicialmente, dirigir sua atenção ao resumo, e a elaboração de instrumentos de disseminação como comunicados e press releases vai ser feita com base neles (o que permite aos auditores influenciarem diretamente o conteúdo da divulgação massiva, ainda que não estejam diretamente envolvidos com a mesma)
Introdução <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Visão geral do objeto de auditoria e antecedentes</li> <li>➤ Objetivo da auditoria e questões de auditoria formuladas</li> <li>➤ Metodologia</li> <li>➤ Limitações encontradas</li> </ul>	O objetivo e as questões de auditoria já delimitam o alcance ou escopo do trabalho. Dentro do tópico “Metodologia”, pode-se incluir a estratégia metodológica escolhida, os procedimentos e técnicas aplicados, os tipos de amostragem adotados e as normas de auditoria obedecidas.
Achados de auditoria (ou boas práticas) <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Situação encontrada</li> <li>➤ Critério</li> <li>➤ Evidências</li> <li>➤ Causas prováveis do achado</li> <li>➤ Efeitos e riscos prováveis gerados pelo achado</li> <li>➤ Comentários do responsável pela ação auditada</li> <li>➤ Comentários e discussões adicionais do auditor</li> <li>➤ Recomendações</li> </ul>	Cada achado será apresentado de forma individualizada, precedido de um breve parágrafo inicial descritivo (com a mesma finalidade de um ‘lead’ jornalístico, contendo o essencial da condição encontrada, do critério adotado, da causa e dos efeitos estimados). “Achados” podem ser não-conformidades negativas ou constatações positivas que evidenciam práticas vantajosas e merecedoras de divulgação. Esses achados positivos podem ser denominados especificamente “Boas práticas”, ficando agrupados sequencialmente após os achados convencionais, para facilidade de visualização. A seção “Evidências” consiste na indicação sucinta dos elementos fáticos (documentos, verificações diretas) que permitiram aos auditores a afirmação sobre a situação encontrada.

Item da estrutura do relatório	Observações
	<p>A análise das causas e efeitos, bem como as recomendações, será apresentada se este tipo de análise estiver incluído no escopo da auditoria. As recomendações podem ser acompanhadas de estimativas dos prováveis ganhos ou benefícios de sua adoção, quando tais estimativas forem possíveis.</p> <p>A seção “Comentários e discussões adicionais” é o espaço destinado a toda e qualquer consideração que a equipe de auditoria desejar fazer para ampliar a informação apresentada, aprofundar os argumentos elaborados ou extrair quaisquer outras conseqüências do achado. É a forma encontrada de ter os benefícios de um relatório altamente estruturado sem tolher a liberdade de manifestação, aprofundamento e criatividade do auditor.</p>
Outros fatores relevantes	<p>Destina-se a apresentar fatos não previstos nas questões de auditoria mas que foram detectados ao longo dos trabalhos e mereceram a atenção da equipe (p. ex: eventuais atos contrários à lei ou aos regulamentos aplicáveis). Esses fatos poderão ser plenamente desenvolvidos na própria auditoria (sendo apresentados então no mesmo formato que nos achados) ou tratados de forma resumida (com a possível indicação da necessidade de outro trabalho específico).</p>
Conclusão	<p>O conteúdo da conclusão deve atender aos requisitos formais que o destinatário da auditoria estabelecer. De toda forma, o resultado da auditoria já estará registrado no corpo do relatório. Em qualquer circunstância, é aconselhável colocar na conclusão uma síntese dos principais achados (a partir dos respectivos parágrafos de ‘lead’, para facilidade de redação) e uma resposta explícita às questões de auditoria formuladas na Introdução.</p>

atuando de maneira independente dentro de uma organização qualquer, como o auditor interno de uma empresa) exige que algumas etapas de trabalho específicas sejam cumpridas, para assegurar que as missões de auditoria individuais atendam às necessidades dos destinatários e clientes. Em essência, não basta executar bem uma ou mais auditorias individuais – é preciso escolher quais auditorias se deve realizar e acompanhar os resultados das auditorias (nos termos da missão atribuída à organização auditora).

### 3.1. A seleção do objeto de auditoria

A escolha de quais auditorias realizar, ou a que clientes/produtos alocar os seus recursos, é um dos mais importantes passos do planejamento estratégico de qualquer organização, e em particular de uma organização de auditoria<sup>143</sup>. Quer se trate de uma grande controladoria nacional com milhares de programas e entidades a auditar, quer

seja um único profissional como auditor interno de uma pequena empresa, a escolha dos objetos de auditoria determinará em última análise o impacto final de sua atuação.

Quando se trata de empresas ou escritórios que vendem especificamente serviços de auditoria (especialmente contábil), há sempre a possibilidade de recorrer à orientação da própria demanda de mercado (ainda que os próprios perfis de demanda dos clientes devam ser também objeto de estudo e antecipação por parte do auditor). Para o caso freqüente de uma situação não-contratual (um órgão público de controle externo, ou uma unidade de auditoria interna perante sua própria organização), é necessário que o auditor desenvolva critérios e metodologias para seleção dos problemas a auditar, elaborando um plano periódico de auditorias (geralmente anual<sup>144</sup>).

Alguns critérios gerais podem ser considerados nessa empreitada como indicativos

da conveniência de se selecionar determinado assunto ou problema para auditar<sup>145</sup>; a percepção da existência de problemas por parte de interlocutores relevantes (no caso da auditoria governamental, o Parlamento é por excelência um *stakeholder* principal); a prioridade conferida a determinada área pela administração ou liderança da entidade a ser auditada (caso típico da auditoria interna em qualquer nível organizativo); o volume de recursos envolvidos e os reflexos do objeto a auditar em outras áreas, dentro e fora da organização; ou ainda, a existência de prioridades fixadas na lei ou em regulamentos aplicáveis.

Tais critérios são operacionalizados mediante uma seqüência ordenada de procedimentos de seleção de auditorias.<sup>146</sup>

A partir de um levantamento inicial de informações sobre o universo possível de auditorias (ex: todos os programas de trabalho de um determinado nível de governo; todos os prestadores de serviços a uma entidade de seguro médico numa dada jurisdição; todas as áreas do funcionamento da organização onde trabalha um auditor interno), bem como dos elementos mais importantes relativos à legislação, ao planeja-

mento estratégico e às principais demandas formuladas à organização auditada, a equipe de auditoria pode então iniciar a estruturação de sua seleção. Começará pelo agrupamento desses objetos (programas de governo; contratos e pagamentos; áreas funcionais de uma organização) segundo o critério que pareça mais adequado (ex: por unidades da estrutura organizacional formal, por tipos de instrumentos de políticas públicas empregados, por segmentos de mercado atendido, por funções gerenciais similares<sup>147</sup>).

Em seguida, procede à caracterização mais detalhada possível de cada uma dessas agrupações (objetivos, base legal, público-alvo, recursos envolvidos, mecanismos de controle). Sobre essas unidades assim classificadas, o auditor pode então aplicar os critérios de priorização que julgar aplicáveis, para ordenar os objetos segundo a importância que mereçam.

Para isso, é possível sintetizar em um modelo básico de três variáveis os critérios gerais que incidem na maioria dos casos sobre a atividade de auditoria. Cada objeto de auditoria (programa de governo; contribuinte; contrato; área funcional, etc.) pode ser descrito em três atributos<sup>148</sup>:

<b>RELEVÂNCIA</b>
Grau de importância avaliado subjetivamente, expresso nos possíveis impactos esperados dos resultados das ações auditadas, bem como nas manifestações dos interlocutores/ <i>stakeholders</i> relevantes (aí incluídas as prioridades estabelecidas diretamente pela legislação ou por normas internas ou externas de observância obrigatória, tais como os planos de ação de governo ou o planejamento estratégico da organização)
<b>RISCO</b>
Suscetibilidade do objeto de auditoria a eventos indesejáveis (prejuízos decorrentes de erros e fraudes, bem como a própria possibilidade de fracasso no atingimento dos resultados esperados). Este componente pode ser sofisticado com a utilização dos variados modelos de riscos de auditoria <sup>149</sup> , e depende principalmente da natureza da atividade desempenhada e do funcionamento dos mecanismos de controle disponíveis à entidade ou ação.
<b>MATERIALIDADE</b>
Importância relativa ou representatividade dos recursos envolvidos (habitualmente em termos monetários, mas em algumas situações podem ser ponderados valores como número de pessoas a serem atendidas por uma determinada ação pública, recursos naturais específicos mobilizados em determinado empreendimento, etc.). Sendo relativa, a materialidade de um objeto depende de suas dimensões próprias tomadas <i>em comparação com os valores dos demais candidatos à seleção</i> .

Tomando em conta os pesos que a missão institucional de sua organização ou unidade atribua às diferentes variáveis representativas de relevância, risco e materialidade, o auditor pondera então os dados de cada objeto de estudo, chegando a uma lista preliminar ordenada de candidatos à auditoria.

Sobre essa lista preliminar, é necessário então efetuar o *estudo de viabilidade*. Iniciando pelo topo da lista prévia, o estudo de viabilidade de um “candidato” à auditoria é um levantamento preliminar de informações<sup>150</sup> sobre a ação ou entidade, com vistas a identificar:

a) a disponibilidade de informações sobre o objeto e a possibilidade de produzi-las (incluindo a existência de eventuais limitações físicas, legais ou de outra natureza à realização do trabalho);

b) o volume estimado de recursos humanos, materiais e financeiros necessários à realização da auditoria;

c) quando possível, uma estimativa mais fina dos benefícios e impactos da auditoria sobre os resultados do ponto específico a ser examinado e da organização cliente.

As conclusões sobre ‘a’ e ‘b’ podem levar ao descarte ou despriorização de uma determinada auditoria que se revele impraticável ou excessivamente cara<sup>151</sup>, enquanto um valor significativo estimado para ‘c’ pode elevar os benefícios potenciais percebidos da realização da auditoria, melhorando a sua classificação na lista de candidatos<sup>152</sup>. Esses estudos de viabilidade podem ser realizados até a validação da escolha de auditorias suficientes para ocupar todos os recursos disponíveis à organização de auditoria durante o horizonte temporal para o qual se planeja.

Os procedimentos de seleção poderão ter diferentes graus de detalhamento e formalização de acordo com o porte e os recursos da unidade de auditoria. Não é razoável, porém, que um grupo de auditoria funcione sem elaborar um raciocínio de planejamento análogo ao que aqui apresentamos, uma

vez que a auditoria, como toda atividade pública ou privada, tem de alinhar suas ações às metas e objetivos da organização ou coletividade a que serve, e não será possível cumprir esse objetivo sem promover uma preparação sistemática dos seus planos de ação a partir de uma sólida base de informação e análise sobre os objetivos da organização e as realidades de seu entorno<sup>153</sup>.

### 3.2. A etapa de seguimento ou follow-up da auditoria

Encerrada cada auditoria individual com a emissão da respectiva opinião (e eventuais recomendações), a demanda pelos serviços do auditor pode estender-se, em muitos casos, ao acompanhamento posterior (com diferentes graus de envolvimento) da evolução da situação dos achados da auditoria e da aplicação das recomendações.

Alguns autores defendem para o auditor (em auditorias operacionais) um papel profundamente proativo na formulação de suas recomendações – não apenas deve recomendar mas também *negociar* a implementação de suas propostas para alcançar um compromisso de implementação das mesmas por parte do auditado (sob a forma prática de um plano de ação)<sup>154</sup>.

“El auditor organizativo no debe presentar simplemente una propuesta de organización, sino que debe implicar y vincular a todos los actores de la organización y también convencerles de las ventajas y de la viabilidad de la propuesta. [...] La negociación tiene como objetivo eliminar los problemas de incomprensión, desviación o bloqueo durante la fase de la implementación de la propuesta.”<sup>155</sup>

O grau em que cada auditor virá a engajar-se numa “negociação” de suas propostas e recomendações variará em função de sua inserção na relação de *accountability* entre a organização auditada e o destinatário da informação de auditoria. “Negociar propostas” vai nos limites mesmos da função não já de auditoria, mas de *consultoria*

(Se o gerente do cliente lê o seu relatório e decide não fazer nada, é direito dele)<sup>156</sup>, e não costuma ser uma obrigação da maioria dos auditores.

No entanto, é perfeitamente possível (e mesmo provável) que um bom número de missões de auditoria que resultem em recomendações seja acolhida voluntariamente pelo cliente (no caso típico, o auditor interno tem suas recomendações para uma determinada área da empresa acolhidas pela administração corporativa) e o auditor seja solicitado a apoiar e orientar a implementação de suas próprias recomendações. Por mais reservado e independente que seja, dificilmente o auditor poderá furtar-se a essa participação voluntariamente demandada, sob pena inclusive de comprometer a credibilidade de suas próprias propostas. Nesse ponto, sendo o mais independente que queria ser, o auditor ver-se-á a braços com uma interlocução muito similar a uma autêntica negociação, na qual terá de oferecer opiniões, propostas e argumentos, e para a qual deve estar disposto e preparado:

“A elaboração do plano de ação deverá ser realizada pelos gestores do órgão ou programa auditado. Contudo, é interessante que representantes da equipe de auditoria possam acompanhar o processo de construção do plano, de forma a incentivar que as metas sejam desafiadoras, que os prazos sejam realistas, que dificuldades e obstáculos sejam devidamente considerados.”<sup>157</sup>

Existe, porém, um procedimento mais freqüente e perfeitamente compatível com a função de auditoria (mesmo na estrita definição conceitual com que trabalhamos): é o que o TCU define em termos gerais como “monitoramento” – a verificação ao longo do tempo, após a conclusão da auditoria, da situação dos achados e da implantação de eventuais recomendações<sup>158</sup>. Aí trata-se de *observar* e *informar* (o que pode ser acrescido de orientação e interação voltadas a maximizar a probabilidade de acatamento

das recomendações).<sup>159</sup> O destinatário dessas observações de seguimento poderá fazer diferentes usos (o caso típico é o relato ao Parlamento, por parte de uma entidade pública de controladoria, do andamento das medidas para solucionar os problemas detectados em auditorias anteriores). E o próprio auditor precisa das informações de seguimento para retroalimentar seu trabalho, avaliando os resultados de sua ação e detectando ocasionais insuficiências no produto que oferta.

Vários são os instrumentos para a realização de um monitoramento competente. O primeiro é o incentivo a que o próprio responsável auditado elabore um plano de ação concreto, que servirá de roteiro para si próprio (na implementação das medidas) e para o auditor (na verificação de seu seguimento)<sup>160</sup>.

A coleta de informações sobre o andamento poderá utilizar-se ainda:

a) do recebimento (pactuado com o responsável) de relatórios do andamento da implementação do plano de ação<sup>161</sup>;

b) da realização de reuniões simples com os responsáveis para verificação das providências adotadas<sup>162</sup>;

c) da formação de um “grupo de contato”, uma equipe informal composta de representantes da equipe de auditoria e da organização auditada (bem como eventuais terceiros interessados), com reuniões regulares, mediante o qual se canalize e sistematize o fluxo de informações e orientações no processo de implementação de recomendações; e

d) finalmente, a realização de outras missões de auditoria posteriores para verificação *in loco* das situações destacadas na auditoria original<sup>163</sup>.

#### 4. *Ensaio sobre a cegueira: a evidência em auditoria*

*“Errar, disse-o quem sabia, é próprio do homem, o que significa, se não é erro tomar as palavras à letra, que não seria verdadeiro homem aquele que não errasse. Porém, esta suprema máxima não pode ser utilizada como*

*desculpa universal que a todos nos absolveria de juízos coxos e opiniões mancas.*"<sup>164</sup>

A auditoria é um processo de exame para obtenção de uma opinião acerca de algum aspecto da realidade, quando confrontado com critérios predeterminados. Essa opinião, embora tenha inevitavelmente um certo grau de subjetividade pessoal, não é nem pode ser arbitrária ou desvinculada de padrões de validade. Uma opinião de auditoria é *conceitualmente válida* quando<sup>165</sup>:

– é emitida por um profissional capacitado;

– mediante um processo de decisão lógico e que explicita os seus fundamentos e razões;

– esse processo parta de uma base adequada, que constitui a *evidência* de auditoria, obtida mediante a aplicação dos procedimentos de auditoria.

Quanto à qualificação do auditor, não podemos estender-nos neste texto de objetivos generalistas, destinado à primeira abordagem de qualquer auditoria. Já o processo de decisão lógico e fundamentado é exatamente o processo de auditoria que viemos a descrever na seção 2.

Resta saber agora qual a base adequada sobre a qual o auditor aplicará o seu raciocínio. Outra coisa não poderia ser que fatos, representados por aquilo que a teoria da auditoria nomeou *evidência*. Mais rigorosamente, evidência é tratada como o “conjunto de factores presentados al conocimiento de una persona con el propósito de permitirle decidir una cuestión discutida”<sup>166</sup>. Por mais objetiva que seja, a evidência é um conjunto de elementos apresentados a um juízo, uma “*disposición mental*”<sup>167</sup> do auditor-opinante, pelo que existirá um determinado grau de variação subjetiva entre um conjunto qualquer de evidências e a conclusão delas derivada por diferentes auditores.

No entanto, é absolutamente indispensável que o auditor – no mais profundo de seus deveres éticos – exclua da obtenção do que apresenta como evidência todo e qualquer traço de subjetivismo. O modelo de

auditoria proposto permite essa discriminação: por um lado, o que são os fatos encontrados (sobre os quais nenhum elemento subjetivo é válido); por outro, os critérios adotados – nesse ponto, a valoração subjetiva pode estar presente na sua escolha, porém isso fica explicitado quando da documentação dos critérios e sua exposição no relatório de auditoria. A opinião (ou comparação critério-condição), e demais consequências dela (análises causa-efeito, recomendações), terá, como vimos acima, um certo grau de manifestação da subjetividade, o que é inevitável. Porém, a apresentação idônea das evidências e dos critérios permite ao destinatário da auditoria (ou a qualquer outro interessado) contrastar, ele mesmo, as opiniões formuladas. Dessa forma, a maior irregularidade que pode cometer um auditor é apresentar evidências que não correspondam aos fatos examinados. É certo que a evidência que se pode alcançar não será absoluta, mas tem de ser *suficiente e adequada*. Especificando essa afirmação:

“[...] los elementos de juicio para poder opinar deben ser objetivos y ciertos, es decir, deben fundamentarse en la naturaleza de los hechos examinados, habiéndose llegado al conocimiento de los mismos con una seguridad razonable, por consiguiente *el juicio definitivo sobre el trabajo de auditoria consiste en decidir si el mismo ha suministrado al auditor material suficiente para fundamentar su opinión profesional.*”<sup>168</sup>

Nesse sentido, o que seria evidência *suficiente*? Descartada a possibilidade de certeza absoluta (por razões de custo e mesmo por limitações epistemológicas), evidência suficiente tem sido destacada na auditoria como aquela que permite que o avaliador delas derive um grau de segurança ou confiança de que não esteja realizando a partir delas uma declaração arriscada<sup>169</sup> segundo regras de prudência que se usam como guia na maior parte das atividades humanas. Em razão desse grau razoável de segurança, a evidência suficiente deve – idealmente –

permitir a terceiros chegarem às mesmas conclusões do auditor<sup>170</sup>.

Como parâmetro de definição dos aspectos quantitativos de suficiência (ou o quanto se deverá produzir de resultados de testes ou pesquisas), utiliza-se amplamente o modelo clássico de Risco de Auditoria da SAS (*Statement of Auditing Standards*) 47 do *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), inclusive como suporte conceitual em modelos estatísticos e computacionais<sup>171</sup>. Segundo esse modelo, o esforço quantitativo de obtenção de evidência é função do Risco de auditoria (“la probabilidad de que la opinión de auditoría no sea correcta por errores significativos no detectados o por valoraciones incorrectas realizadas por el auditor”)<sup>172</sup>. Não nos é possível estender aqui essa discussão dos modelos de risco, que nos afastaria do essencial dos objetivos do trabalho. Para estes efeitos, é suficiente mostrar que – com ou sem modelos sofisticados de mensuração – a suficiência dos fatos levantados diante das conclusões tem de ser arduamente buscada pelo auditor como critério essencial de validade do seu trabalho.

Quanto à evidência adequada, considere-se algumas das suas características qualitativas que reforçam o grau de segurança que a evidência pode proporcionar, derivadas em grande medida das circunstâncias em que é obtida<sup>173</sup>. Alguns critérios são oferecidos para se buscar evidências adequadas:

– A evidência obtida de fontes externas à ação ou entidade auditada proporciona mais confiança que aquela obtida dos próprios agentes responsáveis pelo objeto da auditoria.

– A existência de sistemas de controle e gerenciamento internos reconhecidos pelo auditor como válidos e adequados à área que está auditando permite conferir maior credibilidade e segurança à evidência do que naquelas circunstâncias em que é obtida em um ambiente de controles e gerenciamento frágeis ou inexistentes.

– A evidência obtida diretamente pelo auditor (mediante inspeções físicas, observações diretas, cálculos próprios) é mais confiável que aquela obtida indiretamente de terceiros.

– A evidência obtida através de testemunhas tem tanto maior segurança quanto menores forem as restrições à liberdade e independência da testemunha (ex: interesses próprios afetados; possível intimidação) e quanto maior for seu conhecimento sobre o assunto em pauta.

– A concordância das evidências provenientes de diversas fontes aumenta a segurança das mesmas.

– Os documentos originais são evidência mais adequada que as cópias.

– A evidência obtida através de testemunhas tem tanto maior segurança quanto menores forem as restrições à liberdade e independência da testemunha (ex.: interesses próprios afetados; possível intimidação) e quanto maior for seu conhecimento sobre o assunto em pauta.

Os diferentes tipos de evidência que podem ser produzidos pelos procedimentos de auditoria (já relacionados na seção 2.2 acima) são habitualmente distribuídos ou classificados em grandes grupos ou classes em função de sua natureza<sup>174</sup>:

– Evidência documental – registros escritos tais como cartas, contratos, registros, faturas, fichas, relatórios, etc. (compõe-se de documentos produzidos pelo auditado, documentos produzidos por terceiros em poder do auditado e documentos produzidos e mantidos por terceiros).

– Evidência física – registros *produzidos pelo auditor* de sua inspeção direta ou observação de pessoas, coisas ou atos (pode incluir diagramas, gráficos, fotografias, etc.).

– Evidência testemunhal ou verbal – registros da informação obtida pelo contato pessoal do auditor com terceiros e responsáveis auditados;

– Evidência informática – é aquela mantida em suportes eletrônicos ou telemáticos (incluindo os elementos lógicos, programas

e aplicações utilizados, e os relativos a texto, gráficos, sons, imagens ou qualquer outra informação contida em meios informáticos).

– Evidência analítica – são os resultados de cálculos, estimativas, comparações, *data mining*, estudos de índices e tendências, variações intertemporais e *cross section* e outras análises que o próprio auditor desenvolva.

– Evidência de controle interno – o controle interno (bem desenhado e funcionando efetivamente) constitui-se por si mesmo em evidência válida, já que em cada fato ou transação examinado pode-se constatar a presença (maior ou menor) do controle interno da organização auditada, e este grau maior ou menor de eficácia do controle interno irá impactar a maior ou menor segurança que se confere ao fato em exame.

Quando da descrição do processo de auditoria, tratamos da coleta e análise de dados. São então dados e evidência a mesma coisa? Não exatamente: dado é qualquer coisa (documento, declaração, verificação) recolhida ao longo da auditoria segundo os procedimentos aplicados. Sobre a massa total de dados já submetida aos procedimentos de validação e análise/tratamento descritos na seção 2.2, o auditor recolhe aqueles que considera relevantes, suficientes e adequados, aplicando os raciocínios aqui expostos, utilizando-os para a operação lógica de comparação com os critérios para formação da opinião. Nesse sentido, a seleção da evidência é uma etapa logicamente posterior à coleta, organização e análise dos dados.

É preciso encerrar este ponto reconhecendo que a teoria da evidência toca no ponto mais sensível de toda a prática da auditoria: o que é “evidência adequada e suficiente”? Que grau de segurança pode realmente oferecer o investimento em auditoria? O ceticismo de Michael Power (1999, p. 28, grifo nosso) é em grande medida justificado:

“At this point *the deep epistemological obscurity of auditing becomes evident*, despite the mass of technical procedures available to the auditor. What is the nature of the assurance given by

audits? Can it be observed? Can it be measured other than in broad qualitative terms or in terms of a consensus among auditors themselves? It may not be possible to know what audits really produce but can one at best ascertain whether auditors come to similar conclusions in similar circumstances?”

De fato, toda a discussão sobre a evidência é uma forma de minorar a ferida da “obscuridade epistemológica” na qual o olhar crítico de Power e outros observadores tem o dever de pôr o dedo. Afinal, mesmo os entusiastas do conhecimento auditorial reconhecem essa tensão permanente entre certeza e possibilidade de erro em que se equilibra o auditor: “Ao dar seu parecer, ele necessariamente corre um risco calculado. [...] Ele oferece então esse parecer como uma opinião pessoal de especialista bem informado e independente, mas que não passa de uma opinião”.<sup>175</sup> E todos os critérios e parâmetros desenvolvidos ao redor da evidência têm por finalidade reforçar a vinculação entre um determinado esforço de auditoria e a segurança que pode proporcionar ao destinatário da opinião auditorial<sup>176</sup>.

Mas por que esse esforço se o campo epistemológico é realmente obscuro, impreciso? Cada um há de ter uma posição pessoal a respeito. Subscrevemos neste ponto um posicionamento descrito por Power (1999, p. 143-145) como um possível (e não aceitável) contra-argumento ao seu ceticismo com todas as suas fragilidades, a prática da auditoria ainda é a melhor opção disponível para elevar (de forma incremental mas economicamente viável) a confiabilidade e o valor da informação em uma grande variedade de situações sociais. Se é certo que essa “modéstia pragmática” precisa prevalecer também na auto-imagem da auditoria e na imagem que ela projeta de si mesma<sup>177</sup>, buscando o papel de *um recurso mais* de prestação de contas numa sociedade democrática (lado a lado com a auto-organização social e com a reflexão crítica sobre os instrumentos de controle e *governance*, por exemplo),

também pensamos que os recursos da “auditoria como tecnologia” são necessários – ao menos como ponto de partida, a ser desenvolvido e superado no possível – à implantação de qualquer programa de transparência e de equilíbrio entre poderes sociais.

### 5. *Manual de pintura e caligrafia: papéis de trabalho na auditoria*

*“[...] foi só por desejar que o trabalho que vous espera seja executado com o espírito de que se sente a edificar algo e não com o alheamento burocrático de quem foi mandado juntar papéis a papéis.”<sup>178</sup>*

Sendo o processo de auditoria uma intervenção em uma relação de *accountability* entre terceiros, de vastos efeitos e responsabilidades graves, é razoável propor-lhe registros escritos para resguardo das partes envolvidas e especialmente do próprio auditor. Assim, a documentação e arquivo de todas as informações e trabalhos realizados, conhecidos em sentido lato como “papéis de trabalho”, é imprescindível para o cumprimento da missão do auditor.

Os papéis de trabalho compreendem a totalidade dos documentos preparados ou recebidos pelos auditores, contendo<sup>179</sup>:

- a informação utilizada na auditoria;
- os procedimentos efetuados pelo auditor;
- as decisões que teve de tomar para alcançar a opinião.

Para que esse esforço de documentar e formalizar? De um ponto de vista formal, garante-se o trabalho perante terceiros e garante-se uma prova evidente do trabalho realizado<sup>180</sup>. Mas também, num sentido prático, o recurso à sistematização escrita do trabalho evita ao auditor condutas subjetivas ou erráticas, ordenando os passos a seguir (desde a etapa de planejamento), dando suporte físico à coleta e organização de dados e oferecendo também a base concreta de evidências que será apreciada pelo raciocínio do auditor. Com efeito, os papéis de trabalho são o nexo concreto de união entre

o trabalho de campo e o relatório<sup>181</sup> (mais ainda, são o *único* meio de conexão entre as situações que se comprovam e o relatório de auditoria, já que as realidades físicas e documentais originais permanecem em poder da organização auditada)<sup>182</sup>. É nos papéis de trabalho que se manterá, para uso do auditor e de terceiros, a evidência de auditoria. Além disso, o registro nos papéis de trabalho facilita a revisão e o controle de qualidade do trabalho de qualquer profissional por um supervisor (de sua própria organização ou de um órgão de fiscalização profissional) e, ao conservar informações detalhadas sobre o objeto da auditoria, facilita também a realização de trabalhos posteriores pelo mesmo auditor ou, em situações especiais no setor público, por outra organização com mandato legal para utilização de papéis de trabalho nesses termos<sup>183</sup>.

Por todas essas potencialidades, os papéis de trabalho são propriedade do auditor, que deve conservar cuidadosamente sua custódia, entregando-os a terceiros apenas quando essa entrega for prevista em expressão determinação legal<sup>184</sup>. Quanto à sua confidencialidade, a posição tradicional é a de preservá-la nos mesmos termos que a custódia, sendo admissível (a critério do auditor) conceder à entidade auditada o acesso ou cópias da parcela dos papéis de trabalho que verse sobre auditoria nela realizada<sup>185</sup>. Nesse aspecto, avançamos uma discordância com essa postura tradicional: auditorias cujas conclusões devem ser de domínio público (ex: uma auditoria de natureza operacional numa repartição de atendimento à população ou num programa público de assistência social) poderiam, a nosso ver, ter os seus papéis de trabalho disponíveis para consulta por qualquer pessoa, ressalvados apenas aqueles em que conste informação que tenha natureza confidencial (como dados comerciais de empresas, dados individuais pessoais ou outras matérias cuja divulgação venha a prejudicar legítimos interesses de terceiros). Os papéis devem ser conservados pelo tempo necessário

para satisfazer as exigências legais e as necessidades de futuras auditorias<sup>186</sup>, sendo que a norma técnica brasileira determina um período de conservação mínimo de 5 anos após a emissão do parecer<sup>187</sup>.

Não existem regras universais para a forma dos papéis de trabalho, embora as organizações tendam a padronizar o mais possível aqueles de seu uso, o que aumenta a eficácia de sua preparação e revisão<sup>188</sup>. Entre os papéis, estão documentos de origem externa (contratos, relatórios, extratos, atas, regulamentos, etc.), geralmente não suscetíveis de modificação pelo auditor, e aqueles preparados por ele. A organização dos papéis externos a arquivar (e especialmente a definição dos papéis de trabalho que o próprio auditor vai produzir) depende da natureza e circunstâncias de cada auditoria individual<sup>189</sup>, sem prejuízo do desenvolvimento de modelos padronizados de papéis de trabalho a serem utilizados quando da aplicação de procedimentos e análises de mesma natureza por diferentes auditores em diferentes momentos. Existem diferentes propostas de modelos e de papéis de trabalho na literatura técnica, tanto nas auditorias contábeis tradicionais<sup>190</sup> quanto na auditoria operacional ou de desempenho<sup>191</sup>. Naturalmente, sendo os papéis de trabalho elaborados em função de cada circunstância individual, não cabe a um texto geral como este apresentar qualquer caso concreto, remetendo-se o leitor à bibliografia indicada segundo a finalidade específica de cada auditoria que empreender.

## 6. A modo de síntese

*“Porque la vida no me es dada hecha; no dimana de estructuras dadas, por ejemplo de un sistema de instintos; la vida nos es una reacción más o menos automática a un estímulo [...], es siempre elección, decisión, invención, anticipación imaginaria o proyecto de lo que voy a ver en el futuro.”<sup>192</sup>*

Nestas páginas tentamos apresentar ao leitor, “com a desenvoltura de quem reunis-

se ignorância e intrepidez”<sup>193</sup>, um conjunto ordenado de conceitos que, transcendendo cada modalidade ou norma particular de auditoria, represente características comuns a todos (a que, portanto, seja uma aproximação à estrutura lógica da atividade mesma de auditoria). Lembrando a orientação de Celso Furtado (1986, p. 67), “não se trata de fazer a teoria do particular e sim de captar o que neste desborda do quadro explicativo convencional”.

Essa estrutura conceitual é então uma seqüência ordenada de etapas de trabalho lógica e materialmente inter-relacionadas que se denomina o processo de auditoria, representado graficamente nas figuras 2 e 3 do Anexo.

Num sentido estrito, esse processo abrange uma auditoria individual, na qual a equipe de auditores planeja, inicialmente, a identificação das questões de auditoria a responder, em decorrência das quais deduz as estratégias metodológicas que vai empregar e os critérios de auditoria em relação aos quais vai contrastar os fatos que levantar (documentando todos esses passos em papéis de trabalho).

A estratégia metodológica enfeixa uma série de procedimentos de auditoria, que são atuações destinadas a coletar e analisar dados sobre a realidade auditada, também sistematizados e registrados em papéis de trabalho.

Os dados coletados, validados e analisados permitem ao auditor selecionar as evidências que embasarão seu parecer final, evidências essas que serão avaliadas em confronto com os critérios definidos no planejamento. Da criteriosa aplicação desse raciocínio lógico, o auditor forma a sua opinião quanto às questões de auditoria, opinião essa que virá a materializar-se num relatório adequado às necessidades informacionais dos destinatários da opinião do auditor, aos quais está enviado este que é o produto final da auditoria. Esse raciocínio também vai permitir ao auditor desenvolver os outros produtos (além da opinião) que

as suas condições institucionais ou contratuais imponham como decorrência da auditoria (a exemplo de análises de causa e efeito, recomendações, etc.), que também são concretizados no relatório.

Na organização de auditoria como um todo, são necessários ainda outros procedimentos de sistematização do uso dos recursos (ampliando o processo para um verdadeiro “processo organizacional de auditoria”). Primeiro, há que selecionar, entre o universo praticamente infinito de temas a auditar, aqueles que serão objeto da atenção dos auditores num determinado período. A esses temas aplica-se então o processo de auditoria individual. Posteriormente à conclusão das auditorias individuais, a organização deve promover também de forma ordenada o acompanhamento ou monitoramento dos resultados obtidos com sua ação em cada caso.

### Notas

- <sup>1</sup> Bittencourt, 2005, p. 6-9.
- <sup>2</sup> Power, 1999, p. 6.
- <sup>3</sup> Power, 1999, p. 6-7, grifo nosso.
- <sup>4</sup> Valderrama, 1997, p. 139.
- <sup>5</sup> General Accounting Office, 1992, p. 3-12
- <sup>6</sup> Yin, 2005, p. 41, grifos no original. No mesmo sentido, Pereira, 2001, p. 154.
- <sup>7</sup> Discussão extensa sobre o tema da responsabilidade do auditor: Franco; Marra, 1991, p. 86-92; Valderrama, 1997, p. 41-43; Jund, 2002, p. 49-50.
- <sup>8</sup> ICAC, 1991 apud Valderrama, 1997, p. 373.
- <sup>9</sup> Valderrama, 1997, p. 139.
- <sup>10</sup> Saramago, 2000, p. 76.
- <sup>11</sup> Lange, 1986, p. 97.
- <sup>12</sup> Bittencourt, 2005, p. 9-13.
- <sup>13</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 53.
- <sup>14</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 53.
- <sup>15</sup> Bittencourt, 2005, p. 9.
- <sup>16</sup> *Assurance services*, em inglês; *Encargos de confiabilidad*, em espanhol.
- <sup>17</sup> “Issues have been specified which are, *prima facie*, valuable, coherent and *intra vires*. And that they are sufficiently precise do permit analysis of their implication.” National Audit Office, 1993, p. 2.
- <sup>18</sup> National Audit Office, 1993, p. 2; Noruega, 2003.
- <sup>19</sup> Noruega, 2003; Brasil, 2000, p. 23-25, 91-99.
- <sup>20</sup> National Audit Office, 1993, p. 2; Brasil, 2000, p. 46-52; Noruega, 2003.

<sup>21</sup> Noruega, 2003.

<sup>22</sup> Suécia, 1999, p. 67; Noruega, 2003.

<sup>23</sup> Brasil, 2000, p. 52.

<sup>24</sup> Noruega, 2003.

<sup>25</sup> Suécia, 1999, p. 63.

<sup>26</sup> Brasil. Conselho Federal de Contabilidade. NBC-T-11 – Normas de Auditoria Independente das Demonstrações Contábeis, Resolução CFC 700/91, item 11.1.1.1. apud Franco; Marra, 1995, p. 53, grifo nosso. Atentar, portanto, para a aplicabilidade integral à tradicional auditoria contábil da estrutura conceitual aqui apresentada.

<sup>27</sup> O tema dos critérios de auditoria foi detalhadamente examinado em Bittencourt, 2000, ao qual remetemos os interessados em aprofundar esta análise. A presente seção contém em sua maior parte uma síntese e atualização do mencionado artigo.

<sup>28</sup> *Criteria are standards against which the adequacy of performance can be assessed* (GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 6-4).

<sup>29</sup> *Evaluative criteria are the benchmarks against which findings are measured to form a view on the performance achieved* (NATIONAL AUDIT OFFICE, 1993, p. 29).

<sup>30</sup> *4.41 Audit criteria are reasonable and attainable standards of performance and control against which compliance, the adequacy of systems and practices, and the economy, efficiency and cost effectiveness of operations can be evaluated and assessed.*

*4.42 Suitable criteria are criteria that are appropriate to the particular characteristics of the audited organization. They focus, wherever possible, on the results expected to be achieved by the operation, system, control, etc. The assessment of whether or not criteria are met results in audit observations* (OAG, 2000, p. 33).

<sup>31</sup> General Accounting Office, 1992, p. 6-9.

<sup>32</sup> National Audit Office, 1993, p. 30.

<sup>33</sup> National Audit Office, 1993, p. 29.

<sup>34</sup> OAG, 2000, p. 33.

<sup>35</sup> Brasil, 1998, p. 22; National Audit Office, 1993, p. 29.

<sup>36</sup> Brasil, 2000, p. 28.

<sup>37</sup> General Accounting Office, 1991, p. 42.

<sup>38</sup> General Accounting Office, 1991, p. 49.

<sup>39</sup> Holanda, 2001, p. 8-9.

<sup>40</sup> Ou “estratégias metodológicas” (BRASIL, 2000, p. 55).

<sup>41</sup> National Audit Office, 1993, p. 8.

<sup>42</sup> National Audit Office, 1993a, p. 26.

<sup>43</sup> National Audit Office, 1993, p. 12.

<sup>44</sup> Como também nos universos da pesquisa acadêmica e da consultoria empresarial.

<sup>45</sup> Brasil, 2000, p. 62-64, onde se traduz *survey* por “pesquisa”, o que nos parece uma literalidade inadequada ao contexto em que a palavra é usada.

<sup>46</sup> National Audit Office, 1993, p. 9; Silva, 2001, p. 13-21.

<sup>47</sup> Brasil, 2000, p. 65-67.

- <sup>48</sup> Silva, 2001, p. 13.
- <sup>49</sup> Brasil, 2000, p. 68-71.
- <sup>50</sup> Silva, 2001, p. 14.
- <sup>51</sup> Brasil, 2000, p. 71-73.
- <sup>52</sup> Silva, 2001, p. 14-15.
- <sup>53</sup> National Audit Office, 1993, p. 10; Sanchez, 1996, p. 103; Hernandez; Lopez, 1996, p. 114.
- <sup>54</sup> Na área governamental, em particular, a “compliance with applicable requirements of laws and regulations” é levada ao patamar de objeto central de praticamente qualquer auditoria, de qualquer modalidade (GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 4-2, 6-9).
- <sup>55</sup> O National Audit Office inglês apresenta ainda como metodologia o *secondary data analysis*, uso de estudos preexistentes para a realização de análises posteriores de natureza distinta (NATIONAL AUDIT OFFICE, 1993, p. 9-10). Não incluímos este tipo de trabalho como uma metodologia de per si, uma vez que o foco de todas as diferenças entre metodologias é bastante mais amplo que a simples origem dos dados (ou seja, com dados secundários pode-se fazer *surveys*, estudos de caso, revisão de sistemas, etc.).
- <sup>56</sup> National Audit Office, 1993, p. 8-9; Brasil, 2000, p. 58-62; Yin, 2005, p. 32-33.
- <sup>57</sup> Suécia, 1999, p. 63-65.
- <sup>58</sup> Bittencourt, 2005, p. 6-9; Power, 1999, p. 3.
- <sup>59</sup> Noruega, 2003.
- <sup>60</sup> No âmbito do TCU brasileiro, este roteiro tem sido substituído na prática por duas ferramentas complementares, a “Matriz de Planejamento” e a “Matriz de Procedimentos”, que se bem utilizadas contém todas as informações e funcionalidades descritas para um programa de auditoria (BRASIL, 2000, p. 105, para as auditorias operacionais; BRASIL, 2003, p. 21-23, para as auditorias de conformidade).
- <sup>61</sup> General Accounting Office, 1992, p. 6.
- <sup>62</sup> Holmes apud Lopes Sá, 1966, p. 125; no mesmo sentido, Fanco; Marra, 1995, p. 238-239; Perez Júnior, 1998, p. 57-58; Almeida, 1996, p. 68. Curiosamente, o próprio General Accounting Office trata desta maneira os programas de auditoria quando estabelece normas de auditoria financeira (“[...] *working papers should: a. contain a written audit program cross-referenced to the working papers*”, GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 4-6).
- <sup>63</sup> Suécia, 1997, p. 74.
- <sup>64</sup> “Projeto de auditoria” (BRASIL, 2000, p. 43); “Plano de Trabalho” (SUÉCIA, 1997, p. 78; Noruega, 2003); “Plano de auditoria” (Araújo, 2001, p. 74 et seq.).
- <sup>65</sup> Casos do “Projeto de auditoria” (BRASIL, 2000, p. 43) e do “Plano de auditoria” (Araújo, 2001, p. 74 et seq.).
- <sup>66</sup> Gala, 2001, p. 132; 2000, p. 76.
- <sup>67</sup> Mautz, 1976, p. 74.
- <sup>68</sup> Araújo 2001, p. 77.
- <sup>69</sup> Suécia, 1997, p. 79-92; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 237-255; Mas; Ramió, 1997, p. 344-348 (chamando a etapa de *captación de la información*).
- <sup>70</sup> Suécia, 1997, p. 93-102; Noruega, 2003; Mas; Ramió, 1997, p. 344-348 (chamando a etapa de *tratamiento de la información*).
- <sup>71</sup> Há extensa literatura técnica sobre amostragem em auditoria, tanto em capítulos sobre o tema em manuais específicos de auditoria (Jund, 2002, p. 267-275; Valderrama, 1997, p. 309-340; Ferreira, 2004, p. 156-159; Noruega, 2003) quanto em trabalhos específicos sobre a aplicação da estatística em auditoria (CIPFA, s.d.; BRASIL, 2002; Vallés; Martinez, 1998; GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992A).
- <sup>72</sup> Jund, 2002, p. 272.
- <sup>73</sup> Suécia, 1997, p. 82; Araújo, 2001, p. 79-88; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 252-253; Perez Júnior, 1998, p. 51; Franco; Marra, 1991, p. 238; Mas; Ramió, 1992, p. 114-115; Brasil, 2000, p. 74; BRASIL, 1998; Mautz, 1976, p. 110; Jund, 2002, p. 264.
- <sup>74</sup> Suécia, 1997, p. 83; Noruega, 2003; Valderrama, 1997, p. 250-252; Ferreira, 2004, p. 135; Franco; Marra, 1991, p. 238; Brasil, 2000, p. 74; Mautz, 1976, p. 110; Jund, 2002, p. 264.
- <sup>75</sup> Suécia, 1997, p. 83; Valderrama, 1997, p. 247; Ferreira, 2004, p. 135; Perez Júnior, 1998, p. 50; Mautz, 1976, p. 86-87, 99-101; Jund, 2002, p. 264; Franco; Marra, 1991, p. 233; Almeida, 1996, p. 45 (estes dois últimos autores mencionando especificamente a contagem física de numerário, estoques, etc.).
- <sup>76</sup> Suécia, 1997, p. 85; Noruega, 2003; Jund, 2002, p. 263; Almeida, 1996, p. 46; Valderrama, 1997, p. 242-244; Perez Júnior, 1998, p. 51; Franco; Marra, 1991, p. 235; Mas; Ramió, 1992, p. 116-114; Mautz, 1976, p. 87-89, 103-105.
- <sup>77</sup> Suécia, 1997, p. 84 e 88; Noruega, 2003 (lembrando a disponibilidade de técnicas mais sofisticadas desenvolvidas na análise de sistemas); Valderrama, 1997, p. 201-218 (sob a denominação de “auditoria analítica”); Brasil, 2000c (com pequenas variações, técnica denominada “Mapa de processo”).
- <sup>78</sup> Valderrama, 1997, p. 240-241; Perez Júnior, 1998, p. 49; Jund, 2002, p. 264.
- <sup>79</sup> Valderrama, 1997, p. 241-242; Perez Júnior, 1998, p. 49-50; Jund, 2002, p. 264; Ferreira, 2004, p. 135; Franco; Marra, 1991, p. 236; Mautz, 1976, p. 92, 106, 108.
- <sup>80</sup> Valderrama, 1997, p. 244-245; Perez Júnior, 1998, p. 50-51; Jund, 2002, p. 263; Ferreira, 2004, p. 135-136; Almeida, 1996, p. 46; Franco; Marra, 1991, p. 237; Mautz, 1976, p. 90-91 e 109-110.
- <sup>81</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 350 oferece uma tabela de indicações de técnicas apropriadas para coletar

dados relativos a cada variável organizacional que se estude.

<sup>82</sup> Suécia, 1997, p. 82; Araújo, 2001, p. 89-96; Noruega, 2003; Mas; Ramió, 1992, p. 111-113; Brasil, 2000, p. 74; General Accounting Office, 1986.

<sup>83</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 121-129.

<sup>84</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 137-142.

<sup>85</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 71-72.

<sup>86</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 198-201.

<sup>87</sup> Brasil, 2003a, p. 8-13.

<sup>88</sup> Brasil, 2003a, p. 14-19.

<sup>89</sup> Brasil, 2001.

<sup>90</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 156-166.

<sup>91</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 131-136.

<sup>92</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 189-195; 1997, p. 106-114.

<sup>93</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 187-189.

<sup>94</sup> Brasil, 2001a.

<sup>95</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 182-184; 1997, p. 189-191, 248-251.

<sup>96</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 296-300; 1992, p. 156-164.

<sup>97</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 165-167.

<sup>98</sup> Brasil, 2000b, p. 17-23.

<sup>99</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 171-177; 1997, p. 215-218.

<sup>100</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 178-181.

<sup>101</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 185-188; 1997, p. 261-267.

<sup>102</sup> Brasil, 2000, p. 75-76.

<sup>103</sup> Ainda que tenhamos utilizado a tradução literal comum dos termos originais, *reliability* e *validity*.

<sup>104</sup> Suécia, 1997, p. 86-89; Noruega, 2003.

<sup>105</sup> Suécia, 1997, p. 86-89; Noruega, 2003.

<sup>106</sup> Suécia, 1997, p. 93; Noruega, 2003; Brasil, 2000, p. 78.

<sup>107</sup> Para uma descrição dos métodos quantitativos aplicados à análise dos dados em auditoria, além das fontes já citadas ao tratarmos de amostragem, Cf. General Accounting Office, 1992b; Suécia, 1997, p. 94-98; Noruega, 2003; para uma abordagem simples, de caráter geral, dos métodos de análise estatística, Cf. Magalhães; Lima, 2002, p. 1-23, 93-115 (estatística descritiva), p. 125-341 (inferência estatística); Corrar; Theóphilo, 2004, p. 75-241 (inferência estatística).

<sup>108</sup> Que inclusive possam ser desenvolvidas adiante para futuros testes quantitativos.

<sup>109</sup> Suécia, 1997, p. 98-102; Noruega, 2003.

<sup>110</sup> Pereira, 2001, p. 22-41 (onde se desenvolve de forma magistral a refutação da pretensa oposição “quantitativo vs. qualitativo”).

<sup>111</sup> Haguette, 1999, p. 63.

<sup>112</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 351 oferece uma tabela de indicações de técnicas apropriadas para tratar e interpretar dados relativos a cada variável organizacional que se estude.

<sup>113</sup> Valderrama, 1997, p. 248-249; Perez Júnior, 1998, p. 52; Ferreira, 2004, p. 137; Jund, 2002, p. 239-240; National Audit Office, s.d.; Noruega, 2003 (chamando a técnica de *financial statement analysis*).

<sup>114</sup> Brasil, 2000a, p. 78-79; General Accounting Office, 1989.

<sup>115</sup> Noruega, 2003; Morgan, 1996.

<sup>116</sup> Valderrama, 1997, p. 249-250; Jund, 2002, p. 264; Brasil, 2000, p. 79-80 (sob o nome de triangulação); Franco; Marra, 1991, p. 237; Mautz, 1976, p. 92-93.

<sup>117</sup> Brasil, 2000a.

<sup>118</sup> Brasil, 2000b, p. 9-16, 24-31; Intervención General de la Administración del Estado, 1997, p. 93-182.

<sup>119</sup> *Fase de cierre y conclusiones*, Valderrama, 1997, p. 150-151.

<sup>120</sup> Valderrama, 1997, p. 146-149, 157-159.

<sup>121</sup> Brasil, 2000, p. 21-30.

<sup>122</sup> Noruega, 2003.

<sup>123</sup> Brasil, 2000, p. 56-57, 86-87.

<sup>124</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 366.

<sup>125</sup> Bittencourt, 2005, p. 13.

<sup>126</sup> Block, 2001, p. 3-4.

<sup>127</sup> Ao contrário de outros usos dessa informação final, tais como a abertura de processos de sanção disciplinar ou pecuniária decorrentes de constatações de auditoria, o que pode perfeitamente ser realizado por terceiros à vista do informe final do auditor (como é usual nas auditorias de natureza tributária).

<sup>128</sup> Saramago, 1999, p. 193.

<sup>129</sup> Suécia, 1997, p. 103; Araújo, 2001, p. 107; Mas; Ramió, 1997, p. 364-365.

<sup>130</sup> Valderrama, 1997, p. 285-307, 399-409; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 317-342.

<sup>131</sup> Newton, 2001, p. 288-323.

<sup>132</sup> Para o caso brasileiro, Perez Júnior, 1998, p. 96-134; Ferreira, 2004, p. 183-214; Jund, 2002, p. 176-182.

<sup>133</sup> O mencionado caso dos pareceres da auditoria independente é uma notável exceção a esta regra, tendo a maior parte do seu conteúdo rigidamente fixada (inclusive com as palavras a utilizar obrigatoriamente), o que nos parece ser causado pela necessidade de uniformização de um produto que tem inúmeros produtores (auditores independentes comerciais) e inúmeros usuários (empresas auditadas, investidores) e que, de não apresentar uma forte homogeneidade no seu conteúdo informativo, causaria uma enorme distorção de informação entre os agentes do mercado de capitais.

<sup>134</sup> Noruega, 2003.

<sup>135</sup> Suécia, 1997, p. 111.

<sup>136</sup> Noruega, 2003.

<sup>137</sup> Noruega, 2003.

<sup>138</sup> Brasil, 2000, p. 87; Suécia, 1997, p. 112; Mas; Ramió, 1997, p. 369.

<sup>139</sup> Ferreira, 2004, p. 285-286 (descrevendo o procedimento no Poder Executivo Federal brasileiro); General Accounting Office, 2001, p. 580.26, para as auditorias financeiras e de regularidade no setor público norte-americano; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 256, 264-265, para o setor público espanhol.

<sup>140</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 263; General Accounting Office, 1992, p. 5-6.

<sup>141</sup> Noruega, 2003; Suécia, 1997, p. 103-112; Brasil, 2004, p. 83-89; Araújo, 2001, p. 109-110; Ferreira, 2004, p. 266; Mas; Ramió, 1997, p. 369-379; Brasil, 2003, p. 8-12.

<sup>142</sup> ABNT, NR-85, apud Brasil, 2000, p. 84.

<sup>143</sup> National Audit Office, 1993a, p. 2; Suécia, 1997, p. 61.

<sup>144</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 381.

<sup>145</sup> National Audit Office, 1993a, p. 21-22.

<sup>146</sup> Que podem ser chamados de “*selecting the audit problem*” (SUÉCIA, 1997, p. 61), “*study selection*” (National Audit Office, 1993a, p. 1; “*planificación a largo y a medio plazo*”, Mas; Ramió, 1997, p. 381). É preciso deixar registrado que a metodologia de seleção de auditorias aqui apresentada é fortemente influenciada pela prática observada pelo autor no Tribunal de Contas da União. No entanto, por não dispor de material publicado sobre a metodologia dessa instituição, as referências são mais esparsas, resultando de observações diretas e treinamentos na matéria específica. Fique no entanto constância de que, salvo quando especificamente mencionada outra fonte, toda esta seção é baseada nos métodos e procedimentos aplicados pelo TCU.

<sup>147</sup> National Audit Office, 1993a, p. 23; Mas; Ramió, 1997, p. 382-383.

<sup>148</sup> Suécia, 1997, p. 61. O desenvolvimento mais amplo deste modelo é trazido porém da prática do TCU, conforme descrito acima.

<sup>149</sup> O modelo clássico do American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) é descrito conceitualmente em Pérez, 1996, p. 98-108.

<sup>150</sup> Apesar de preliminar, pode exigir um respeitável volume de trabalho, no caso de objetos de grande porte como grandes programas de governo ou em áreas novas sobre as quais se tem pouco conhecimento acumulado.

<sup>151</sup> O critério de “*possibility of carrying out an audit*”, Suécia, 1997, p. 61.

<sup>152</sup> O critério de “*potential for change*”, Suécia, 1997, p. 61.

<sup>153</sup> Para os trabalhos privados de auditoria dirigidos por relações contratuais, o raciocínio aqui apresentado pode ser a base de uma estratégia proativa de oferta, para tentar identificar as deman-

das potenciais dos clientes e estruturar os produtos da empresa em antecipação a estas demandas.

<sup>154</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 26, 205-208; 1997, p. 42-44; de forma menos diretiva mas igualmente mencionando um “plano de ação”, BRASIL, 2002a, p. 11.

<sup>155</sup> Mas; Ramió, 1997, p. 42.

<sup>156</sup> Block, 2001, p. 36.

<sup>157</sup> Brasil, 2002a, p. 11.

<sup>158</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 27, 209-210; 1997, p. 44-46; Brasil, 2002a, p. 8-22; Ferreira, 2004, p. 286; Suécia, 1997, p. 113-114.

<sup>159</sup> Brasil, 2002a, p. 8.

<sup>160</sup> Mas; Ramió, 1992, p. 209; Brasil, 2002a, p. 11.

<sup>161</sup> Brasil, 2002a, p. 12, sugerindo o encaminhamento de relatórios em seis, doze e 2 meses do recebimento das recomendações pelo auditado.

<sup>162</sup> Suécia, 1997, p. 113.

<sup>163</sup> Ferreira, 2004, p. 286; Brasil, 2002a, p. 15-17, sugerindo esta nova verificação simplificada 24 meses após a emissão de relatório de auditoria; Suécia, 1997, p. 113-114, relatando uma auditoria única para acompanhamento das recomendações formuladas nos três anos anteriores.

<sup>164</sup> Saramago, 2003 p. 39.

<sup>165</sup> Pérez, 1996, p. 88.

<sup>166</sup> Mautz, apud Pérez, 1996, p. 88.

<sup>167</sup> Valderrama, 1997, p. 19.

<sup>168</sup> Pérez, 1996, p. 91, grifo nosso.

<sup>169</sup> O American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) chama este grau de segurança de “*certeza moral*”. Pérez, 1996, p. 91; Valderrama, 1997, p. 220.

<sup>170</sup> Intervención General de la administración del Estado, 2001, p. 243.

<sup>171</sup> Pérez, 1996, p. 106-108; Valderrama, 1997, p. 233-235; em profundidade, García, 1996, p. 77-100. Existem outros modelos de risco mais sofisticados, de origem acadêmica, que também foram propostos, mas sem tanta receptividade na comunidade de praticantes quanto o SAS46 (García, 1996, p. 100-115).

<sup>172</sup> Pérez, 1996, p. 102.

<sup>173</sup> Pérez, 1996, p. 92; Valderrama, 1997, p. 220, 231; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 245-246. Sob este título de “adequação”, incluímos também o que nessas fontes se denomina “*confiabilidad*” (Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 245-246) e “*competencia*” (Valderrama, 1997, p. 220”).

<sup>174</sup> Valderrama, 1997, p. 226-229; Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 242-243.

<sup>175</sup> Mautz, 1976, p. 86.

<sup>176</sup> Ou de conhecer o formato da “*cost-assurance function for auditing*” de que se serve Power (1999).

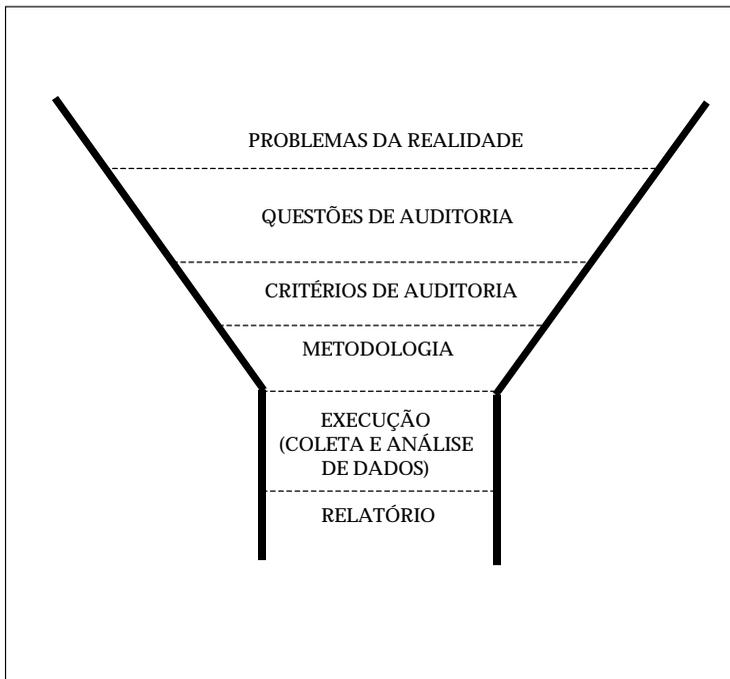
<sup>177</sup> Concordamos com Power (1999): “*the selling of audit has not taken place so modestly*”.

- <sup>178</sup> Saramago, 1997, p. 210.
- <sup>179</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 247.
- <sup>180</sup> Valderrama, 1997, p. 257; Jund, 2002, p. 243.
- <sup>181</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 247.
- <sup>182</sup> Pérez, 1996, p. 111.
- <sup>183</sup> Jund, 2002, p. 243, Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251 (com a normatização da utilização de papéis de trabalho de auditorias interna e independente por parte do órgão estatal de controle e fiscalização na Espanha).
- <sup>184</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251; Ferreira, 2004, p. 53; Valderrama, 1997, p. 258.
- <sup>185</sup> Ferreira, 2004, p. 53; Valderrama, 1997, p. 257-258.
- <sup>186</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251.
- <sup>187</sup> Resolução CFC 828/98, apud Ferreira, 2004, p. 53; Jund, 2002, p. 347. Convém lembrar que esse prazo pode ser bastante mais elástico, como no que se refere à documentação trabalhista e previdenciária, que praticamente não tem prazo para descarte.
- <sup>188</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 251; Jund, 2002, p. 346.
- <sup>189</sup> Intervención General de la Administración del Estado, 2001, p. 248; Ferreira, 2004, p. 52; Jund, 2002, p. 344.
- <sup>190</sup> Jund, 2002, p. 348-351; Valderrama, 1997, p. 259-265, 271-284; ademais, praticamente todo livro de auditoria contábil traz seus próprios modelos de papéis de trabalho, descendo a detalhes tais como os sistemas de referência cruzada entre papéis, o significado das marcas ou 'tics' empregados no preenchimento, etc.
- <sup>191</sup> Araújo, 2001, p. 98-105.
- <sup>192</sup> Mariás, 1991, p. 129.
- <sup>193</sup> Furtado, 1986, p. 67.
- \_\_\_\_\_. Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, jul./set. 2000.
- BRASIL. Exposição de motivos do projeto de lei do executivo convertido na lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994a. Seção 1, p. 4803.
- \_\_\_\_\_. Lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994b. Seção 1, p. 4802.
- BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. *Beyond the Washington consensus: institutions matter*. Washington: The World Bank, 1998.
- CHRISPINIANO, José. Faepa controla HC de Ribeirão Preto e verbas do SUS. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo: M. Limonad, 1999.
- CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, jul./dez. 2002.
- CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social*. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- DE CAPITANI, Alberto; NORTH, Douglass C. *Institutional development in third world countries: the role of the World Bank*. Washington: The World Bank, 1994.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Gustavo Saad. Regras de direito fundacional do código civil de 2002. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FURTADO, Celso. *A fantasia organizada*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- HODGSON, Geoffrey M. The hidden persuaders: institutions and individuals in economic theory. *Cambridge Journal of Economics*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 159-175, mar. 2003.
- HUNTINGTON, Samuel. *Political order in changing societies*. London: Yale university Press, 1968 .
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.
- LIMA, Iran. Fundações de apoio a USP: pelo diálogo e pelo consenso. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- LOBO FILHO, Roberto. Pelo controle, não pela extinção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- NÓBREGA, Ailton Rocha. Contratação direta com arribo no art. 24, XIII, da lei no 8.666/93: entidade incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.
- NORTH, Douglass C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.
- PAES, José Eduardo Souza. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- POMAR, Pedro Estevam da Rocha. Gota d'água no oceano. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 23, set. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].
- REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 24, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].
- REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 31, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].
- SADER, Emir. Público ou mercantil. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 2004.
- SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge, v. 19, 1995.
- SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. São Paulo: Cortez, 1991.
- SCHWARTZMANN, Jacques. A controvérsia sobre as fundações. *Boletim Informativo*, Belo Horizonte, a. 28, n. 1331, 13 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br>>. Acesso em: 4 jan. 2002.
- SEMINÁRIO A SITUAÇÃO ATUAL DA MICRO-ECONOMIA: uma perspectiva metodológica, 2000, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.
- SOUZA, José Maria. Fundações: e organizações assemelhadas. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- SZNEWAR, Laerte; ZILBOVICIUS, Mauro. USP e fundações: há saída para o impasse?. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- TEIXEIRA, Almir. Medicina e HC revelem-se “berçários” de fundações e centros. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.
- TREIN, Raquel Maria; SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A compreensão proposta para a expressão “desenvolvimento institucional” contida no art. 24, inc. XIII da lei no 8.666/93. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.

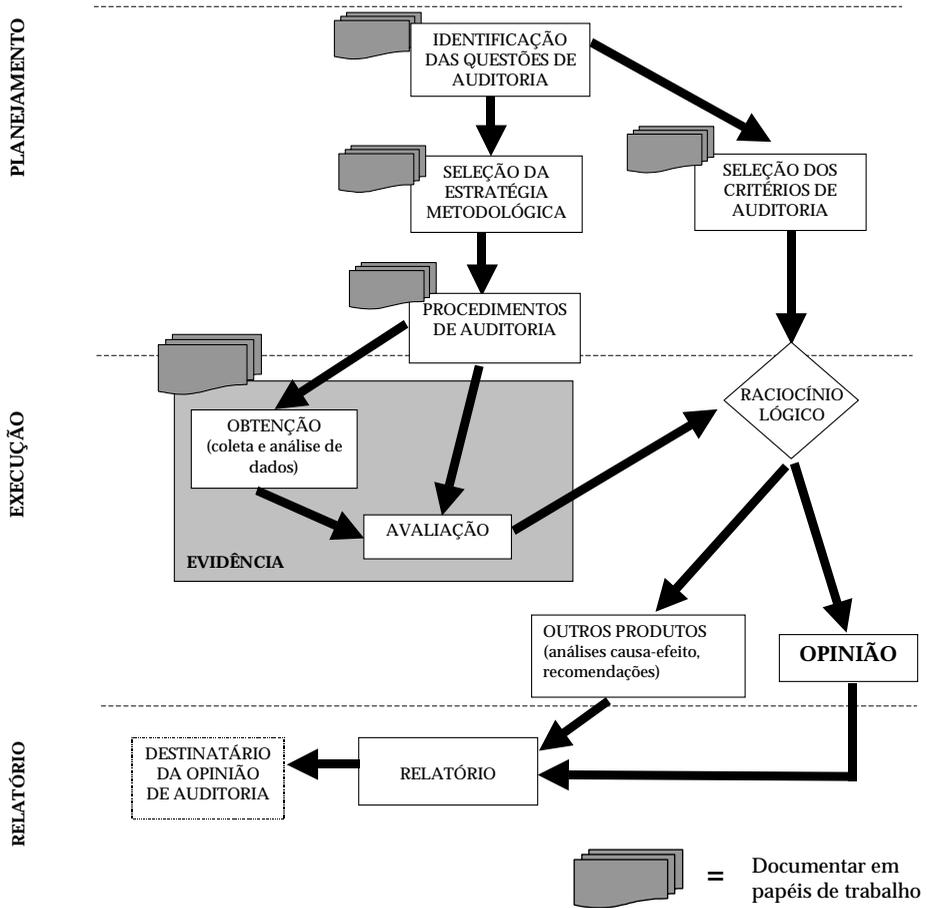
**ANEXO–DIAGRAMA E FIGURAS**

*FIGURA 1*  
*O “FUNIL DE AUDITORIA”*



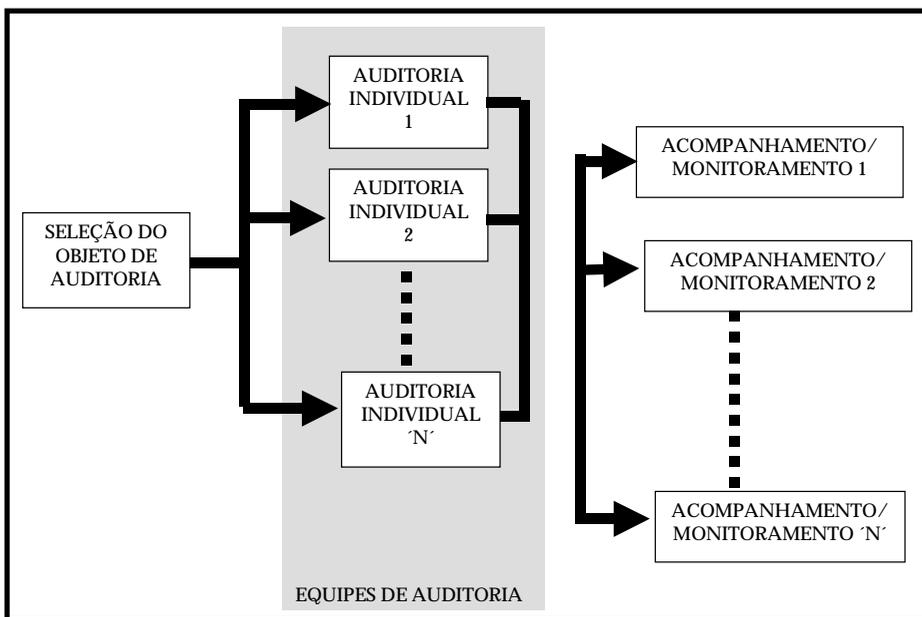
*Fonte: Elaboração própria, baseado em RVV, p. 66.*

**FIGURA 2**  
**O PROCESSO DA AUDITORIA INDIVIDUAL**



Fonte: elaboração própria, a partir de Pérez, 1996, p. 87 e 148-149.

FIGURA 3  
O “PROCESSO ORGANIZACIONAL DA AUDITORIA”



### ORGANIZAÇÃO DE AUDITORIA

## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor com carta anexa de autorização para publicação e visualização na Internet, bem como declaração de que o artigo é inédito, com um exemplar impresso (preferencialmente em papel A4, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5) e um disquete gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela) no disquete, com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

*Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

*Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não-publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.