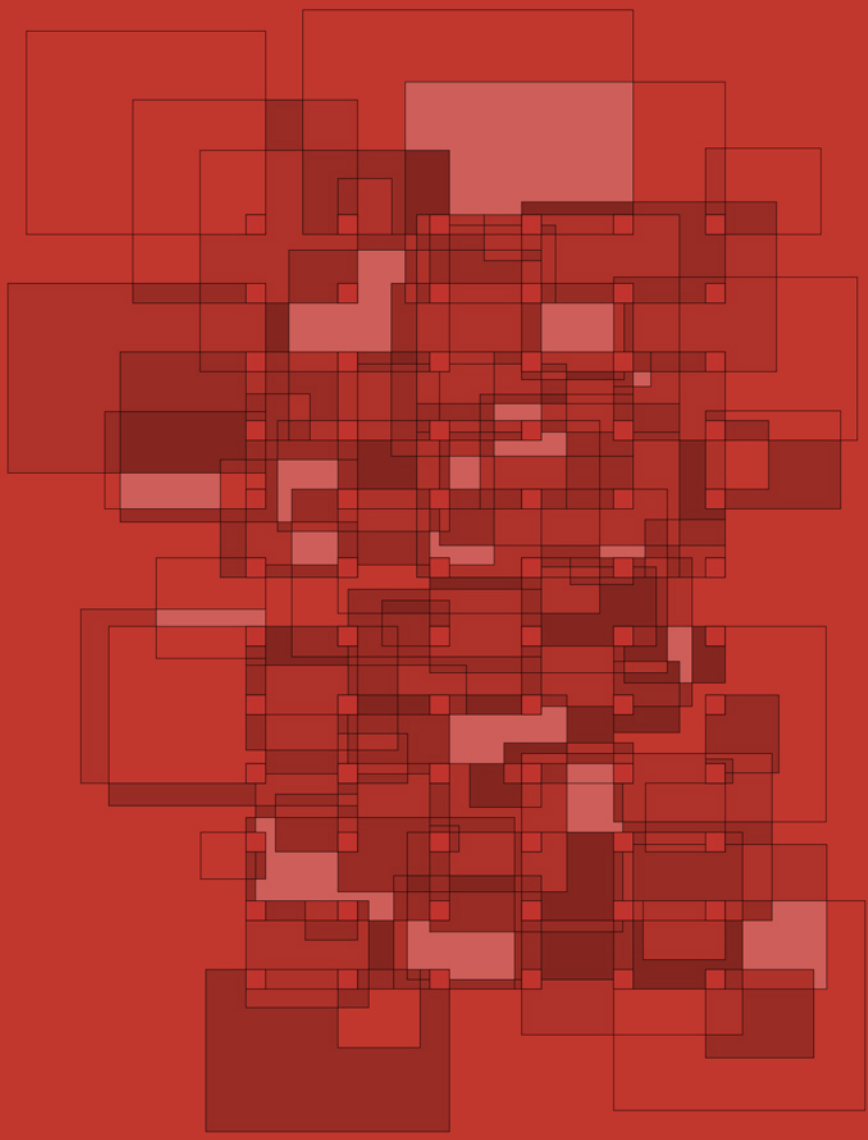


Revista DIREITO GV 9

v. 5 n. 1 JAN-JUN 2009
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL-EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

EDITORES ASSOCIADOS
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

COMISSÃO EXECUTIVA
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:

ALAGOAS: ANDREAS JOACHIM KRELL *(UFAL)*; **BAHIA:** ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO *(UFBA)*; DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES *(UCSAL)*; MARIA AUXILIADORA MINAHIM *(UFBA)*; **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU *(UNB)*; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNB)*; VALCIR GASSEN *(UNB)*; **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE *(UNIFOR; UFC)*; UINIE CAMINHA *(UNIFOR)*; **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO *(PUC/PR)*; JOÃO BOSCO LEE *(UNICURITIBA)*; MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO *(PUC/PR)*; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR)*; **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA *(UFPE)*; **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES *(FGV/DIREITO RIO)*; JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(FGV/DIREITO RIO; UERJ)*; RONALDO LEMOS *(FGV/DIREITO RIO)*; SÉRGIO BRANCO *(FGV/DIREITO RIO)*; **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS)*; DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNISINOS)*; MARCOS DE CAMPOS LUDWIG *(UFRGS)*; RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS *(UFSM)*; SHEILA STOLZ *(UFRGS)*; **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. *(USP)*; ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP)*; BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO *(DIREITO GV)*; CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA *(CEBRAP)*; GILBERTO BERCOVICI *(USP)*; JAIRO SAMPAIO SADDI *(IBEMEC)*; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS)*; LAURINDO DIAS MINHOTO *(DIREITO GV)*; LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO *(UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU)*; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP)*; OTÁVIO YASBEK *(BM&F/BOVESPA)*; ROGÉRIO BASTOS ARANTES *(USP)*; SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(USP)*; TIAGO MACHADO CORTEZ *(DIREITO GV)*; **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER *(UFSC)*; CLAUDIA ROSANE ROESLER *(UNIVALI)*; **FRANÇA:** KATHIA MARTIN-CHENUT *(COLLÉGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

REDAÇÃO
FÁBIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO (ASSISTENTE EDITORIAL)
ELVIRA CESÁRIO CASTANON (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 5 n. 1 JAN-JUN 2009

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

JUNHO 2009
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 1.300 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

EDITORES
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 900 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 400 EXEMPLARES

ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: JULHO 2009
TIRAGEM: 1.300 EXEMPLARES

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3281-3310
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

Revista DIREITO GV

A jurisprudência do STF em debate

STF jurisprudence in debate

ESCREVENDO UM ROMANCE, PRIMEIRO CAPÍTULO: PRECEDENTES E PROCESSO DECISÓRIO NO STF
ADRIANA DE MORAES VOJVODIC, ANA MARA FRANÇA MACHADO, EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO: **021**

WRITING A NOVEL, CHAPTER ONE: PRECEDENTS AND DECISION PROCESS IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

COMO LEVAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A SÉRIO: SOBRE A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 91
VERA KARAM DE CHUEIRI JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO : **045**

HOW TO TAKE THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT) SERIOUSLY: ON THE SUSPENSION OF ADVANCE CLAIM RIGHTS' CONCESSION N. 91

O STF E A CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AUTORIDADES REGULADORAS DO SISTEMA FINANCEIRO: UM ESTUDO DE CASO DAS ADINS
CAMILA DURAN-FERREIRA: **067**

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE INSTITUTIONAL DESIGN OF THE PUBLIC AUTHORITIES OF THE NATIONAL FINANCIAL SYSTEM: AN ADINS' EMPIRICAL STUDY

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
LEONEL CESARINO PESSOA: **095**

THE ABILITY TO PAY PRINCIPLE IN THE DECISIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

O PROBLEMA DA IGUALDADE REAL: COMENTÁRIO DE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG: **107**

REAL EQUALITY IN BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS

O SUPREMO TRIBUNAL E A COMPENSAÇÃO SNUC. A ADI 3.378-DF.
JOSÉ MARCOS DOMINGUES: **125**

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE COMPENSATION NATIONAL SYSTEM OF UNITS OF NATURAL ENVIRONMENT CONSERVATION (SNUC): THE ADIN 3.378-DF

ARTIGOS

ARTICLES

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: FUNDAMENTAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE
VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO: **147**

THE HERMENEUTICS PHILOSOPHY FOR DEMOCRATIC JURISDICTION. VALIDATING/APPLYING THE LEGAL RULE IN PRESENT DAYS

A PREVISIBILIDADE NAS CONDENAÇÕES POR DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO STJ SOBRE RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS
JÚLIA CAIUBY DE AZEVEDO ANTUNES: **169**

THE PREDICABILITY OF MORAL DAMAGES LAWSUITS' RESULTS: A REFLECTION BASED UPON STJ' DECISIONS IN BANK-CONSUMER RELATIONS

DOSSIÊ DIREITO E DESENVOLVIMENTO

DOSSIER LAW AND DEVELOPMENT

BALANÇO E PERSPECTIVAS
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ: **185**

REVIEW AND PROSPECTS

AS LIÇÕES DOS ESTUDOS SOBRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO
BRIAN Z. TAMANAHA: **187**

THE LESSONS OF LAW AND DEVELOPMENT STUDIES

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OTIMISTAS VERSUS CÉTICOS
KEVIN E. DAVIS MICHAEL J. TREBILCOCK: **217**

THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND DEVELOPMENT: OPTIMISTS VERSUS SKEPTICS

RESENHA

BOOK REVIEW

PUBLICAR É PERECER?
LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO: **269**

IS PUBLISHING THE SAME AS PERISHING?

SOBRE OS AUTORES

Adriana de Moraes Vojvodic

Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp)

Pesquisadora da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar
Paraíso – 04003-010
São Paulo – SP – Brasil

adri.morais@gmail.com

Ana Mara França Machado

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Pesquisadora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

Rua Rocha, 220, cj. 23
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil

ana.machado@fgv.br

Brian Z. Tamanaha

Professor da St. John's University School of Law

8000 Utopia Parkway
Jamaica, Nova Iorque
11439

tamanaha@stjohns.edu

Camila Duran-Ferreira

Mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Coordenadora de Prática Jurídica e Atividades Complementadas da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

Rua Silvia, 23, cj. 5
Bela Vista – 01331-010
São Paulo – SP – Brasil

camila.ferreira@fgv.br

Evorah Lusci Costa Cardoso

Mestre e doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)

Membro do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento (Cebrap)

Coordenadora da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar
Paraíso – 04003-010
São Paulo – SP – Brasil

evorahl2@gmail.com

Joanna Maria de Araújo Sampaio

bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Rua Vereador Constante Pinto, nº 195, apto. 62
Bacacheri – 82.510-240
Curitiba – PR – Brasil

joannasampaio@yahoo.com.br

José Marcos Domingues

Livre docente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Professor titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Rua Senador Vergueiro, 159, apto. 901
Flamengo – 22230-000
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

jm.domingues@globo.com

Júlia Caiuby de Azevedo Antunes

Especialista em Responsabilidade Civil pelo GV*law*

Advogada em São Paulo

Rua Isabel de Castela, 450, apto. 11
Vila Madalena – 05445-010
São Paulo – SP – Brasil

juliaantunes@gmail.com

Kevin E. Davis

Professor da New York University School of Law

40 Washington Square South, 335
Nova Iorque, NY 10012
davisk@juris.law.nyu.edu

Leonardo Arquimimo de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

Rua Rocha, 233, 9º andar
Bela Vista - 01330-000
São Paulo - SP - Brasil
leonardo.carvalho@fgv.br

Leonel Cesarino Pessôa

Doutor em direito pela USP.

Professor do programa de pós-graduação em administração de empresas (PPGA) da Universidade Nove de Julho (Uninove)

Rua Minas Gerais, 186
Higienópolis – 01244-010
São Paulo – SP – Brasil
ces.pessoa@uol.com.br

Michael J. Trebilcock

Professor da University of Toronto Faculty of Law

84 Queen's Park
Toronto, Ontario, Canada, M5S 2C5
michael.trebilcock@toronto.ca

Valéria Ribas do Nascimento

Mestre em direito público pela Universidade de Santa Cruz do Sul

Doutoranda em direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Professora de direito constitucional da Faculdade de Direito de Santa Maria e Unisinos

Advogada

Rua Duque de Caxias, 1900/203
Centro – 97015-190
Santa Maria – RS – Brasil

valribas@terra.com.br

Vera Karam de Chueiri

Doutora em filosofia pela New School for Social Research

Professora de direito constitucional do programa de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Rua Conselheiro Araújo 192, apto. 01
Centro – 80060-230
Curitiba – PR – Brasil

vkchueiri@uol.com.br

Walter Claudius Rothenburg

Mestre e doutor em direito pela UFPR

Pós-graduado em direito constitucional pela Universidade de Paris II

Professor de doutorado e mestrado em direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE)

Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec)

Procurador Regional da República

R. Euclydes da Cunha, 233
Nova América –13417-660
Piracicaba – SP – Brasil

walter.claudius@terra.com.br

PUBLICAÇÕES DIREITO GV

: COLEÇÃO DIREITO, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA

AUTO-REGULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2008.
Flora Pinotti Sano; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Roberto Codorniz Leite Pereira; Dalton Tria Cusciano. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO: CONSTRUÇÃO DE PROGRAMAS, EXPERIÊNCIAS DIDÁTICAS.
José Garcez Ghiradi; Rafael Domingos Faiardo Vanzella (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

FUGA DO DIREITO: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE FRANZ NEUMANN.
José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO: CONCEITOS PARA UM DEBATE.
José Garcez Ghiradi (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO: PRESENTE, PASSADO E FUTURO.
TEXTOS SELECIONADOS DE DAVID M. TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE: O TRATAMENTO JURÍDICO DOS EFEITOS
DA CRIMINALIDADE VIOLENTA NO TRANSPORTE PÚBLICO DE PESSOAS NO BRASIL.
André Rodrigues Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
TEXTOS DE KLAUS GÜNTHER KLAUS GÜNTHER.
Flavia Portella Püschel; Marta Rodrigues de Assis Machado (org.). Trad. Flavia Portella Püschel. São Paulo: Saraiva, 2009.

CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS:
DO FATO À NORMA, DA REALIDADE AO CONCEITO JURÍDICO.
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL. VOL. 1, TOMOS 1 E 2.
Basileu Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIO BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2007.
Andréa Di Sarno Neto; Felipe Daud; Rafael Andrade; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Mariana M. Alegre de Paiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

: OUTROS LIVROS

CURSO DE FILOSOFIA POLÍTICA.
Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS:
UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO PRIVADO COM MÉTODOS DE ENSINO PARTICIPATIVOS.
Flavia Portella Püschel (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
SURSIS, LIVRAMENTO CONDICIONAL E OUTRAS REFORMAS DO SISTEMA
DE PENAS CLÁSSICO NO BRASIL, 1924-1940.
Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO NO CDC:
ACIDENTES DE CONSUMO.
Flavia Portella Püschel. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CONFLITO DE INTERESSES NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.
Viviane Muller Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CURSO DE HISTÓRIA DO DIREITO.
José Reinaldo de Lima Lopes Lopes; Thiago dos Santos Acca; Rafael Mafei Rabelo Queiroz.
São Paulo: Método, 2006.

LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS:
BRASIL, NIGÉRIA, REINO UNIDO E SUÍÇA.
Maíra Rocha Machado; D. F. Refinetti (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO. DO SÉCULO XVI A 1850.
Carlos Guilherme Mota (org.). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

DIREITOS HUMANOS, ESTADO DE DIREITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ.
Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.

FONTES E NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL:
UM ESTUDO SOBRE A SOFT LAW.
Salem Hikmat Nasser. São Paulo: Atlas, 2005.

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES OBRIGATÓRIA NAS S.A. - TAG ALONG.
Roberta Nioac Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL:
A GESTÃO DE PROBLEMAS INTERNACIONAIS POR MEIO DO CRIME E DA PENA.
Maíra Rocha Machado. São Paulo: Editora 34, 2004.

: CADERNOS DIREITO GV

1 APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL.
Marcos Nobre. São Paulo: DIREITO GV, set. 2004.

2 IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS
OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES.
Guido Fernando S. Soares; Maria Lúcia Pádua Lima; Maria Carolina M. de Barros; Michelle Ratton Sanchez; Sérgio Goldbaum, Elaini C. Silva. São Paulo: DIREITO GV, abril 2005.

3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.
Direito GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2004.

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO.
Luciana Gross Cunha.,Alexandre Cunha; Flávia Scabin;, Mariana Macário; Marcelo Issa. São Paulo: DIREITO GV, março 2005.

5 **REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO**.
Flávia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: DIREITO GV, maio 2005.

6 **I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL**.
DIREITO GV e OAB-SP. jul. 2005.

7 **PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO PARA O CURSO DE DIREITO: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS**.
Maurício Portugal Ribeiro. São Paulo: DIREITO GV, set. 2005.

8 **MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/MODELS OF ADJUDICATION**.
Owen Fiss. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2005.

9 **RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**.
Viviane Muller Prado e Vinícius Correa Bruanelli. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2006.

10 **PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO**.
Conrado Hübner Mendes e Diogo R. Coutinho (coord.). São Paulo: DIREITO GV, mar. 2006.

11 **CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO**.
Luciana Gross Cunha (org.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2006.

12 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL -** EDIÇÕES I, II E III.
Michelle Ratton Sanchez, Cassio Luiz de França, Elaini C. G. da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2006.

13 **PROGRAMA DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS**.
Ana Mara França Machado e Rafael Francisco Alves. São Paulo: DIREITO GV, set. 2006.

14 **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL - EDIÇÃO IV - NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS AGRÍCOLAS E DESENVOLVIMENTO NA OMC**.
Cássio Luiz de França e Michelle Ratton Sanchez. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2006.

15 **A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL**.
Maíra Rocha Machado e Marco Aurélio Cezarino Braga. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2007.

16 **O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL**.
Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2007.

17 **PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL:** COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC – COMUNIDADES EUROPÉIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS.
Juana Kweitel e Michelle Ratton Sanchez (orgs.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2007.

18 **EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO -** APRENDIZADO DA DIREITO GV.
Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2007.

19 **O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:** ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK.
José Rodrigo Rodriguez (Coord.), Ana Mara Machado, Luisa Ferreira, Gisela Mation, Rafael Andrade, Bruno Pereira. São Paulo: DIREITO GV, set. 2007.

20 **A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO –** CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO NO IMPÉRIO.
José Reinaldo Lima Lopes. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2007.

21 **TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO:**
DIREITO À TRANSPARÊNCIA – ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS.
Eurico Diniz de Santi (coord.), Tathiane dos Santos Piscitelli e Andréa Mascitto. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2008.

22 **O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?**.
Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2008.

23 **LIMITES DO DIREITO PENAL:**
PRÍNCIPIOS E DESAFIOS.
Ulrich Sieber. São Paulo: DIREITO GV, maio 2008.

24 **UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE A MOROSIDADE PROCESSUAL:**
ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO
- LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO.
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2008.

25 **PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
DIREITO GV. set. 2008.

26 **MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
José Eduardo Campos de Oliveira Faria, Ronaldo Porto Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2008.

27 **DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL**.
Marta Rodriguez de Assis Machado (Coord.). São Paulo: DIREITO GV, jan. 2009.

28 **UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT**.
Viviane Muller Prado (Coord.), Rafael de Almeida Rosa Andrade, Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2009.

29 **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**.
Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). Luciana Reis e Marcelo Shima Luize (colaboração especial). São Paulo: DIREITO GV, maio 2009.

: REVISTA DIREITO GV

REVISTA DIREITO GV, ED. ESPECIAL
ECONOMIC AND SOCIAL REGULATION. Diversos. DIREITO GV, nov/2005

REVISTA DIREITO GV 01
REVISTA, VOL. 1, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2005

REVISTA DIREITO GV 02
REVISTA, VOL. 1, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jun-dez/2005

REVISTA DIREITO GV 03
REVISTA, VOL. 2, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2006

REVISTA DIREITO GV 04
REVISTA, VOL. 2, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jun-dez/2006

REVISTA DIREITO GV 05
REVISTA, VOL. 3, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2007

REVISTA DIREITO GV 06
REVISTA, VOL. 3, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2007

REVISTA DIREITO GV 07
REVISTA, VOL. 4, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2008

REVISTA DIREITO GV 08
REVISTA, VOL. 4, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUN-DEZ/2008

CARTA DO EDITOR

A consolidação da democracia brasileira trouxe o poder judiciário para o centro do debate público. Sentenças singulares e acórdãos colegiados têm sido cada vez mais discutidos pela sociedade, preocupada com a fundamentação e a justificação das decisões judiciais. Controlar e questionar as escolhas interpretativas feitas pelos juízes está se tornando o cotidiano dos pesquisadores em direito e dos demais participantes da esfera pública.

Esta edição da Revista DIREITO GV reúne textos que se preocupam com esta questão, em especial com a *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (STF). Há dois artigos que não tratam do STF, mas de teoria da interpretação e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou seja, que também se preocupam com a questão da justificação das decisões judiciais.

Além desses textos, a Revista DIREITO GV apresenta um dossiê intitulado *Direito e Desenvolvimento: balanço e perspectivas*. Os dois artigos aqui reunidos, escritos por **Brian Z. Tamanaha** e pelos co-autores **Kevin E. Davis** e **Michael J. Trebilcock**, fazem um balanço compreensivo da literatura sobre o tema. A leitura de ambos é uma boa introdução a grande parte dos resultados empíricos obtidos pelas pesquisas em direito e desenvolvimento e aos paradigmas teóricos utilizados no campo. Além disso, os textos discutem as perspectivas para os estudos neste campo tendo em vista os as características dos conhecimentos já acumulados.

Além disso, a Revista traz uma resenha de **Leonardo Arquimino de Carvalho** que trata da pressão para publicar sofrida pelos acadêmicos contemporâneos.

* * *

Os primeiros seis artigos desta edição tratam da jurisprudência do STF. Os quatro primeiros são baseados em pesquisas empíricas e os dois últimos são comentários críticos de decisões selecionadas.

O primeiro texto, "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF", de **Adriana de Moraes Vojvodic**, **Ana Mara França Machado** e **Evorah Lusci Costa Cardoso**, procura mostrar que um dos motivos para a falta de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal (STF) é a dificuldade de formação de uma *ratio decidendi* comum entre os ministros nos julgamentos da corte, em virtude, por exemplo, do próprio processo decisório do Tribunal. A falta de padrões de decisão implica que cada caso seja decidido sem referência a casos previamente relacionados. Esse contexto pode colaborar para a falta de transparência decisória e para o que pode ser considerado um *deficit* democrático do STF.

"Como levar o supremo tribunal federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91", de **Vera Karam de Chueiri** e **Joanna Maria de Araújo Sampaio**, analisa a suspensão da tutela antecipada n. 91 pelo Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, relativamente à compreensão da necessária adoção de uma postura crítico-construtiva pelo Poder Judiciário, especialmente pela jurisdição constitucional. O texto defende que toda decisão proferida pela Corte em favor de um direito fundamental deve prevalecer, desde que fundamentada em argumentos de princípio e que seja coerente com o sistema constitucional. O artigo coloca a

questão sobre a legitimidade da Corte, leia-se, do Supremo Tribunal Federal para ter a última palavra sobre as decisões (políticas) do executivo e do legislativo, especialmente em relação às políticas públicas de governo por eles promovidas.

"O STF e a construção institucional das autoridades reguladoras do sistema financeiro: um estudo de caso das ADIns", de **Camila Duran-Ferreira**, avalia a atuação da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, como ator no desenho institucional das autoridades reguladoras do sistema financeiro nacional, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BCB). Sua interação com os poderes políticos, por meio do julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), ao longo dos últimos vinte anos, forneceu balizas jurídicas para a construção dessas autoridades. Esta pesquisa, que parte de uma análise qualitativa das decisões do tribunal como estudo de caso, mapeou os temas e atores interessados na regulação do sistema financeiro e na estrutura dessas entidades e procurou demonstrar como a atuação da corte reforçou a competência normativa desses órgãos. Ao final, este artigo delineia parâmetros para eventual edição de futura legislação que vise regular o sistema financeiro, revogando a Lei 4594 de 1964 e conceder eventual autonomia ao Banco Central do Brasil.

"O princípio da capacidade contributiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", de **Leonel Cesarino Pessoa**, analisa a aplicação do princípio da capacidade contributiva pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de uma pesquisa realizada no *site* do tribunal, foram verificadas setenta ocorrências das palavras-chave "capacidade contributiva" nos acordãos da suprema corte brasileira até novembro de 2008. Para analisar as decisões, partiu-se dos trabalhos de alguns juristas italianos, em especial de Pietro Boria, que procuraram mostrar como, na Itália, o princípio da capacidade contributiva foi aplicado tanto na proteção do interesse do contribuinte, como na proteção do interesse do fisco. Os acórdãos foram divididos em cinco grupos, de acordo com o interesse protegido e a matéria envolvida. Concluiu-se que, no Brasil, ainda que, algumas vezes, o princípio tenha sido utilizado na proteção do interesse do contribuinte, ele foi quase sempre aplicado para a proteção do interesse do fisco.

"O problema da igualdade real: comentário de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal", de **Walter Claudius Rothenburg**, comenta criticamente algumas decisões do STF sobre o princípio da igualdade para destacar sua análise consequencialista. Ao invés de uma abordagem conceitual, optou-se por uma mais casuísta, a partir de duas decisões selecionadas em razão do conteúdo (benefícios e sua repercussão em relação às pessoas pobres) e do enfoque (avaliação das consequências econômicas). Os julgamentos foram submetidos a uma avaliação em que se verificou como o princípio da igualdade é efetivamente aplicado pela jurisprudência e como as consequências socioeconômicas das possíveis respostas foram consideradas. O STF, ao interpretar a igualdade e preocupar-se com as consequências das decisões, realiza a justiça social apenas quando contempla uma distribuição de direitos mais ampla e voltada aos mais carentes.

"O Supremo Tribunal e a Compensação SNUC. a ADI 3.378-DF", de **José Marcos Domingues**, examina e critica recente julgamento do STF, ainda não definitivo, que julga legítima a chamada compensação financeira Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), embora

dando parcial procedência à ação direta ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, para "declarar a inconstitucionalidade das expressões indicadas no voto reajustado do Relator". O texto discute as possibilidades de interpretação das cláusulas gerais relativas ao caso, abordando os limites da atuação do poder jurisdicional e sugerindo o que julga ser a melhor solução para o caso concreto.

* * *

Os dois últimos artigos publicados nesta edição discutem, respectivamente, teoria da interpretação judicial e decisões judiciais do STJ sobre danos morais.

"A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade", de **Valéria Ribas do Nascimento**, analisa a filosofia heideggeriana-gadameriana, bem como a influência desses autores para o direito na contemporaneidade, de forma a evitar decisionismos e arbitrariedades. O texto sublinha a transformação operada na jurisdição com o surgimento do neoconstitucionalismo.

"A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias", de **Júlia Caiuby de Azevedo Antunes**, mostra como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça arbitra os valores indenizatórios relativos a danos morais relativos a relações de consumo bancárias, cujos valores indenizatórios foram revistos pela corte especial, em sede de recurso especial, no período de outubro de 2000 e abril de 2007. O artigo mostra que, em geral, a intervenção do Superior Tribunal de Justiça se faz sentir pela redução substancial dos valores fixados nas instâncias anteriores. Assim, este trabalho também põe em relevo a possibilidade de, na prática, haver um limite monetário ou tarifação dos valores indenizatórios, no âmbito da corte especial e de indagar se o suposto tabelamento pode funcionar, futuramente, como inibidor do ajuizamento de processos judiciais pelos consumidores lesados.

O Editor

EDITOR'S LETTER

The consolidation of Brazilian democracy brought the Brazilian Judiciary to the center of the public debate. Its decisions have being currently discussed by the public sphere, preoccupied with the quality of their justification. To control and to question the choices made by judges is becoming a common thing for law researchers and citizens in general.

This edition of Revista DIREITO GV publishes articles on this subject, especially on the Brazilian Federal Supreme Court decisions. There are two additional articles on the theory of statute interpretation and on the decisions of the Brazilian Supreme Court of Justice.

This issue also publishes two articles on Law & Development by ***Brian Z. Tamanaha*** *and by* ***Kevin E. Davis*** *e* ***Michael J. Trebilcock****. Both of them review the literature on L&D and are a good introduction to the results of the empirical research in this area and to its theoretical paradigms. The authors also review the perspectives on the issue taking into account the characteristics of the accumulated knowledge on the theme.*

Furthermore, Revista DIREITO GV publishes a book review by ***Leonardo Arquimino de Carvalho*** *on the "publish or perish" question.*

* * *

The first six articles of this issue are on the Brazilian Federal Supreme Court decisions. The first four are based on empirical research and

the last two are critical commentaries of selected cases.

The first article, "Writing a Novel, Chapter One: Precedents and Decision Process in the Brazilian Supreme Court", by ***Adriana de Moraes Vojvodic****,* ***Ana Mara França Machado*** *and* ***Evorah Lusci Costa Cardoso,*** *argues that one reason for the tendency by the Brazilian Supreme Court (STF) to disregard judicial precedents is the difficulty to create a common* ratio decidendi *in Court decisions. This is due, in part, to the court's own decision process. The lack of a decision pattern entails that each case is decided without reference to previous cases. This context might foster an atmosphere in which decisions are not transparent, something which risks creating a democratic* deficit *on the STF.*

"How to take the Brazilian Federal Supreme Court seriously: on the suspension of advance claim rights' concession n. 91*", by* ***Vera Karam de Chueiri*** *and* ***Joanna Maria de Araújo Sampaio****, aims at analyzing the suspension by Brazilian Federal Supreme Court of the suspension of advance claim rights' concession n. 91 under the perspective of Ronald Dworkin's theory, concerning the understanding that it is necessary for judiciary power to have a critical and constructive attitude in order to decide, especially for constitutional courts. In this sense, every decision rendered by the court in favor of a fundamental right must prevail, once it is founded on arguments of principle and it is coherent with the constitutional system. It also follows the question about the legitimacy of the court, that is, does the Brazilian Federal Supreme Court should have the last word on decisions of the executive and legislative powers, especially concerning their public policies?*

"The Brazilian Supreme Court and the institutional design of the public authorities of the national financial system: an ADIns' empirical study", by ***Camila Duran-Ferreira****, analyses how the Brazilian Federal Supreme Court's decisions have influenced the institutional design of the national monetary council and the Brazilian Central Bank. During the last 20 years, STF provided limits to the power of these public authorities, by judging Direct Actions of Unconstitutionality (ADIns). This research is based on empirical study that intends to identify the actors and the issues submitted to the court and how its decision enforced their power of regulating the financial system. As a result, it is possible to perceive directions to enact the law that intends to regulate the financial system and eventually to attribute the independence to the Brazilian Central Bank.*

"The ability to pay principle in the decisions of the Brazilian Supreme Court", by ***Leonel Cesarino Pessoa****, analyzes the application of the 'ability to pay' principle to decisions of the Brazilian Supreme Court. In research carried out on the court website, the term 'ability to pay' appeared 70 times in court decisions, until November, 2008. In order to analyze the decisions, I began with texts from Italian jurists, especially Pietro Boria, who sought to demonstrate that the ability to pay principle in Italy is applied both in the protection of taxpayer interests as well as the protection of the state. Decisions were divided into five groups, according to the interest protected and the subject involved. I concluded that, although some times the principle has been applied in the protection of the taxpayer interests, it was almost always applied in the protection of the state interests.*

"Real equality in brazilian Supreme Court decisions", by ***Walter Claudius Rothenburg****, discusses critically some Brazilian federal Supreme Court decisions on equality to highlight the consequential analysis undertaken. A more particular approach was chosen instead of a conceptual one, and two decisions were selected on the basis of content (benefits and its impact on poor people) and focus (evaluation of economic consequences). Both decisions were submitted to a critical evaluation. We verified how the principle of equality is*

effectively applied by the court and how the socioeconomic consequences of the possible answers were considered.While interpreting equality and worrying about the consequences of decisions, the Brazilian Supreme Court makes social justice only when it holds a wider distribution of rights and turns to the most needy.

"The Brazilian Supreme Court and the Compensation National System of Units of Natural Environment Conservation (SNUC): the ADIN 3.378-DF", by ***José Marcos Domingues****, examines and criticizes recent Brazilian Federal Supreme Court verdict, not in definite yet, which judges legal the financial compensation National System of Units of Natural Environment Conservation (SNUC) although giving partial origin to the direct action brought by the National Industry Confederation in order to "declare the unconstitutionality of expressions indicated in the relater's readjusted vote". The text discusses some possibilities of interpretation of legal standards and discusses the limits of the judicial power, suggesting the best solution for the concrete case.*

* * *

The last two articles published here discuss theory of legal interpretation and decisions by the Brazilian Supreme Court of Justice on moral damages.

"The hermeneutics philosophy for democratic jurisdiction. Validating / applying the legal rule in present days", by ***Valéria Ribas do Nascimento****, analyses the importance of the heidegerian-gadamerian philosophy, as well as the influence of these authors to contemporary law, as a way to avoid early decisions and arbitrariness. In sequence, the transformation suffered by jurisdiction with the advent of neo constitutionalism is highlighted.*

"The predicability of moral damages lawsuits' results: a reflection based upon STJ' decisions in bank-consumer relations", by ***Júlia Caiuby de Azevedo Antunes****, shows how the Brazilian Supreme Court of Justice quantifies the value of moral damages regarding bank consumers relations, whose amounts were revised by this high court from October 2000 to April 2007. The article shows that the high court tends to reduce the amounts quantified by the inferior courts. Therefore, this work highlights the possibility that the court might establish a monetary limit or a "price control" to the moral damages and inquires if the supposed "price control" may work as an obstacle to future consumers' demands.*

The Editor-in-Chef

ESCREVENDO UM ROMANCE, PRIMEIRO CAPÍTULO: PRECEDENTES E PROCESSO DECISÓRIO NO STF [1]

Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado, Evorah Lusci Costa Cardoso

WRITING A NOVEL, CHAPTER ONE: PRECEDENTS AND DECISION PROCESS IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

RESUMO

O artigo, por meio do estudo de casos exemplificativos, procura mostrar que um dos motivos para a falta de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal (STF), ou para a falta de um romance em cadeia (Dworkin), é a dificuldade de formação de uma *ratio decidendi* comum entre os ministros nos julgamentos da corte, em virtude, por exemplo, do próprio processo decisório do Tribunal. A falta de padrões de decisão implica que cada caso seja decidido sem referência a casos previamente relacionados. Esse contexto pode colaborar para a falta de transparência decisória e para o que pode ser considerado um *deficit* democrático do STF.

PALAVRAS-CHAVE

STF; precedentes; processo decisório; interpretação; romance em cadeia.

ABSTRACT

Through the analyses of landmark cases, this article argues that one reason for the tendency by the Brazilian Supreme Court (STF) to disregard judicial precedents is the difficulty to create a common ratio decidendi *in Court decisions and prevent the emergence of Dworkin's chain of law. This is due, in part, to the court's own decision process. The lack of a decision pattern entails that each case is decided without reference to previous cases. This context might foster an atmosphere in which decisions are not transparent, something which risks creating a democratic deficit on the STF.*

KEYWORDS

STF; precedents; decision process; interpretation; chain of law.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem passado por profundas transformações nos últimos anos, por iniciativa, principalmente, de seus próprios ministros. Talvez o principal ponto de mudança esteja na busca pela redução da competência do Tribunal – ou seja, busca pela redução de casos de admissibilidade ou cabimento de recursos). Súmula vinculante e cláusula de repercussão geral, aprovadas pela Emenda Constitucional 45 de 2004, tentam eliminar do horizonte de trabalho dos ministros uma série de casos. Mesmo na própria jurisprudência do Tribunal é possível identificar iniciativas destes ministros para a extensão de efeitos de suas decisões para outros casos.

É o que aconteceu com um *habeas corpus* em que o STF decidiu pela inconstitucionalidade de um trecho da lei sobre crimes hediondos. Por ser uma ação de controle difuso de constitucionalidade, a decisão deveria gerar efeitos apenas entre as partes. A Defensoria Pública da União, no entanto, defendeu na Rcl n. 4335 que a decisão proferida pelo STF era vinculante e que deveria valer também para outros casos. O ministro relator, Gilmar Mendes, adotou esse entendimento, conferindo efeito *erga omnes* à interpretação de inconstitucionalidade, ainda que não tenha sido feita em uma ação direta de inconstitucionalidade. O caso ainda não teve o pronunciamento de todos os ministros, mas, se a decisão do Tribunal atribuir o efeito *erga omnes,* alterará substancialmente a história do controle de constitucionalidade do Tribunal.

A preocupação dos ministros, no entanto, não parece ser meramente quantitativa – visando reduzir o número de casos decididos a cada ano –, mas também qualitativa. Em alguns deles, os ministros parecem buscar maiores efeitos às suas decisões, transformando-as em casos paradigmáticos, em precedentes. Certamente, essa não é uma iniciativa apenas dos ministros. Um caso paradigmático depende de uma conjunção de fatores, como mobilização social em torno do tema, cobertura da mídia, manifestações de parlamentares ou membros do Executivo, contrária ou favoravelmente. Tudo isso nos dá a impressão de que o STF tem se deparado cada vez mais com "casos difíceis" – interrupção da gestação de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, demarcação de terras indígenas, união homoafetiva, proibição de nepotismo – e conquistou um espaço diário e aparentemente definitivo nos jornais, tornando-se um ator político relevante.

Nesse cenário, verificamos a existência de dois usos das decisões do STF. Em casos repetitivos ou recorrentes, cuja matéria é menos complexa, como forma de controlar o volume de casos que chegam à sua alçada, as decisões proferidas pelo STF estariam funcionando como um mecanismo de filtro de decisões. Uma vez que cada um dos ministros tem de dar conta de um volume de distribuições individuais no ano que supera a casa dos dez mil feitos,[2] essa parece ser a solução encontrada pela corte para dar vazão aos conflitos de sua pauta. É importante notar que, apesar do imenso volume de distribuições anuais, essa corte tem baixa taxa de congestão e consegue dar vazão, ano a ano, a quase totalidade de processos recebidos (VERÍSSIMO, 2008).

O outro uso que o STF está dando para suas decisões é visível em julgamentos relevantes de casos emblemáticos. Mais sensíveis devido à resolução mais complexa e ao acompanhamento da mídia, eles exigem, por parte dos ministros, maior carga de argumentação. Nesses casos, verificamos a preocupação, por parte dos ministros, em formar um entendimento sobre o litígio que sirva como precedente para casos posteriores. Esse posicionamento nos leva a crer que as duas funções dadas por suas decisões seguem o caminho de aproximação do STF ao papel de um tribunal constitucional, um modelo distinto de outras cortes constitucionais, mas que se apega a

algumas das características comumente atribuídas a essas cortes. Esse modelo diferenciado já foi denominado corte constitucional "à brasileira" (VERÍSSIMO, 2008).

Este artigo tem por objetivo analisar a formação de precedentes desse segundo tipo de decisão.

Os casos recentes supracitados ilustram um "ativismo" maior do Tribunal, tanto no que se refere à maior interferência da decisão do STF no texto da lei interpretada, quanto à repercussão que essas decisões têm na mídia e nas instâncias judiciais inferiores.

Três casos recentes decididos pelo STF podem ser encarados de modo a compreender melhor essa nova postura do Tribunal quanto a suas decisões e formação de precedentes. O primeiro caso que pode ser aqui mencionado é a recente decisão do STF na ação que questionava a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança (trata-se da ADI n. 3510). A inquestionável atenção dada ao caso, tanto pelas comunidades jurídica e médica, quanto pela própria mídia e sociedade civil organizada, foram responsáveis por uma grande mobilização do Tribunal para a solução final do caso. Os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, tendo alguns deles apresentado condições à sua constitucionalidade, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco e a criação de órgãos responsáveis pela fiscalização dessas pesquisas. A despeito de essas condições não comporem a decisão final da corte – que, por maioria, considerou integralmente constitucional o dispositivo –, pode-se entender que, ao incluírem essas condições, os ministros do STF teriam agido como "legisladores", pois essas inclusões demonstram um papel mais "ativo" que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sem impor qualquer condição.[3]

Além dessa "interferência" no conteúdo da lei, a solução – que teve de se voltar à conceituação jurídica da vida e determinar alguns elementos de proteção a esse direito –, citada pelos próprios ministros do STF, já é uma etapa capacitadora do Tribunal para análise da constitucionalidade da interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo.

De fato, pouco tempo após a decisão da ação sobre pesquisa com células-tronco, em maio de 2008, o Tribunal voltou a colocar em pauta a discussão referente aos anencéfalos, possibilitando a manifestação da sociedade civil e de especialistas no assunto em audiências públicas. Percebe-se que um caso abre espaço político para a discussão de outro. A decisão sobre células-tronco possibilitou a retomada do tema de interrupção de gravidez de anencéfalo e, possivelmente, no futuro, para a discussão sobre aborto em geral.

Outro caso recente e muito debatido entra como exemplo do uso que o STF tem dado às suas próprias decisões. Trata-se da decisão no caso Raposa Serra do Sol, que discutiu o tema da demarcação de terra indígena e que atraiu muita atenção justamente pela possibilidade de o STF posicionar-se sobre o tema, gerando um *precedente*.

Ele possibilitou ao STF definir o que entende por propriedade indígena, à luz da Constituição Federal de 1988.

Assim como no caso de pesquisa com células-tronco, os ministros colocaram condições ou ressalvas à "implementação" da interpretação constitucional sobre os elementos constitutivos da propriedade de comunidades tradicionais sobre a terra, sobre demarcação, no caso de terras indígenas. Um amplo debate sobre se o modo da demarcação deveria ser contínuo ou em "ilhas" ocupou os jornais, sendo que alguns ministros "anteciparam" seu posicionamento à imprensa, ao mesmo tempo em que testavam a aceitação de seus argumentos, tudo durante um julgamento diferido no tempo, com pedidos de vista e votos proferidos em períodos espaçados.

A polêmica que envolve a demarcação de terras indígenas não é recente, sequer para o STF – somente a disputa da Raposa Serra do Sol já dura mais de dez anos no Tribunal. Especificamente nesse caso, uma conjunção de fatores pode ter colaborado para a percepção de que a decisão poderia ser paradigmática. Impressiona particularmente a mobilização de vários atores em diferentes fóruns, com o objetivo de influenciar direta ou indiretamente a decisão do STF.

O terceiro caso para o qual chamamos atenção é relativo ao tema da união homoafetiva, que também traz importantes considerações sobre a formação de precedentes. Em fevereiro de 2008, o governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, apresentou uma ação pedindo ao STF para interpretar o Estatuto dos Servidores Públicos do Rio de Janeiro, na parte referente à concessão de pensões e licenças. Atualmente, esses benefícios são concedidos a cônjuges (casamento) e companheiros (união estável), mas o judiciário do Rio de Janeiro tem se pronunciado de maneira não homogênea quanto à extensão desses benefícios a casais homossexuais. O mero reconhecimento da "sociedade de fato", para fins patrimoniais – artifício jurídico já utilizado pelos tribunais em casos de união estável entre companheiros heterossexuais, quando não havia dispositivo protetor desse regime do Código Civil – e cuja aplicação a casais homossexuais está sendo feita por analogia em algumas sentenças – não é suficiente, pois o que está em jogo nesta demanda é o reconhecimento da relação de "afeto". O pedido é específico (interpretação do Estatuto e uniformização da jurisprudência do Rio de Janeiro) e tem público-alvo delimitado (servidores públicos do Rio de Janeiro), mas qual seria o impacto do reconhecimento da constitucionalidade da equiparação entre união estável e união homoafetiva pelo STF? Ele tem potencial para atingir os demais estados da federação, bem como casais homossexuais não servidores públicos, pois a decisão do STF teria efeitos *erga omnes*. Além disso, o caso não requer apenas a interpretação do Estatuto dos Servidores Públicos do Rio de Janeiro, mas também a do Código Civil (art. 1.723) e da própria Constituição, que estabelece que a união estável se dá entre homem e mulher (art. 226, § 3º). Além disso, ao equiparar a união homoafetiva à união estável e reconhecer a existência de relação de afeto, a decisão do STF possibilitaria a aplicação, no

futuro, de outras regras do direito de família a casais homossexuais, como adoção ou mesmo casamento, pois a união estável estaria a um passo da unidade familiar. Essa é uma decisão difícil, ainda não tomada pelo Tribunal, e que movimenta diversos grupos em torno de sua argumentação.

Há quem veja esse fenômeno, presente nos casos supracitados, como manifestação de um ativismo judicial ou de judicialização da política. Não vamos abordar esse ponto, mas nos parece que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal, embora de fato incomode, especialmente aqueles que se atêm a leituras tradicionais e conceitos abstratos sobre separação dos poderes. O processo de legitimação da criação e aplicação do direito é bem mais complexo que o dos artifícios de argumentação. Compartilhamos, no entanto, o mesmo problema: a atuação do STF é legítima? O caminho de resposta é distinto e, no caso deste artigo, bastante pontual.

A fim de demonstrar e garantir um grau maior de legitimidade em sua atuação, percebe-se uma preocupação especial por parte dos ministros ao argumentarem nesses casos difíceis. Eles recorrem a pedidos de vista, proferem votos extensos, solicitam audiências públicas, aceitam a apresentação de *amici curiae*, realizam audiências informais com grupos interessados, concedem entrevistas antecipando seus posicionamentos etc. Há também uma grande cobertura da mídia sobre a atuação do STF – notícias de julgamentos são divulgadas em tempo real, os *links* para a íntegra dos votos são divulgados antes da publicação dos acórdãos, são realizadas matérias especiais sobre casos complexos, entrevistas com diferentes atores concernidos etc.

No entanto, falta algo – tanto em relação aos ministros como à "cobertura" do STF –, ou seja, falta uma observação mais detalhada sobre o seu processo decisório e as incongruências que pode acarretar neste papel mais "ativo" do Tribunal. Estudar o processo decisório do STF não é uma questão meramente formal. Compreender melhor como os ministros votam é fundamental para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões. A leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função.[4]

Um bom exemplo para introduzir esse campo de trabalho espinhoso é a já mencionada ação direta de inconstitucionalidade sobre pesquisas com células-tronco (ADI 3510). Após intensos debates promovidos pelos atores interessados, a ação foi considerada integralmente improcedente pelo Tribunal. A decisão final, que manteve, por seis votos a cinco, a permissão para realização desse tipo de pesquisa, contou com inúmeras divergências na argumentação dos ministros do STF. Um elemento que chama a atenção nos votos individuais desses cinco ministros que decidiram pela inconstitucionalidade das pesquisas é a inclusão de condições à interpretação de constitucionalidade da lei, o que eles denominaram "decisão aditiva", uma nova possibilidade de atuação do STF como legislador positivo.

Preocupados com que a efetivação das pesquisas fosse baseada em parâmetros éticos, os ministros condicionaram sua liberação à instituição de um órgão central de controle do uso de células-tronco, à adequação de alguns termos técnicos presentes no texto da lei, à inclusão de uma cláusula de subsidiariedade para o exercício das pesquisas, entre outras medidas. Cada ministro previu uma condição diferente, os votos não se comunicavam. Cada voto de caráter "aditivo" era computado pelo placar binário de votação como sendo pela inconstitucionalidade das pesquisas.

Essa forma de contabilização gerou polêmica. O ministro Cezar Peluso discordou da contabilização de seu voto como sendo pela inconstitucionalidade da lei, pois entendeu que a essência de seu voto (sua *ratio decidendi*) era favorável à realização das pesquisas. No placar, a maioria pendeu pela constitucionalidade da lei, pela permissão incondicionada das pesquisas. Mas e se fosse o contrário? E se os votos que estabelecem condições díspares entre si formassem um placar majoritário? A Lei de Biossegurança seria completamente inconstitucional? Se, ainda assim, essa lei pudesse ser considerada constitucional, qual a condição e de qual ministro teria de ser cumprida? De todos? Os ministros teriam de deliberar novamente sobre os termos das condições apresentadas? E, mais importante, no cenário de análise que propomos: como dotar a uma decisão do STF os amplos efeitos que o próprio Tribunal tem procurado dar às suas decisões se não for possível, em alguns casos, determinar qual é a decisão final? Como influenciar cortes inferiores se não é possível reconhecer qual é a decisão do STF? O STF tem dado uma resposta clara à sociedade quando decide sobre casos difíceis? Essas são questões que parecem não estar no horizonte de preocupações dos ministros do STF, embora representem obstáculos à legitimidade das decisões do Tribunal, especialmente se ele se impõe um papel mais "ativo".

Ocupar um papel político importante e dialogar com as demais instituições (Legislativo e Executivo) não é um equívoco em si. Disso não decorre uma ilegitimidade da atuação do STF. Contudo, esse novo cenário exige maior atenção sobre o processo decisório do Tribunal. Poderíamos traduzir essa polêmica para os termos empregados neste artigo. Os ministros estão diante de casos difíceis, em que há necessidade de decidir formando um precedente que sirva de parâmetro para a decisão de futuros casos. A argumentação é alvo de maior atenção, seja por parte dos próprios ministros, seja por parte da sociedade. Ainda assim, alguns aspectos importantes relacionados à coerência da decisão não são observados. Por exemplo, o que é *ratio decidendi* (linha argumentativa principal, que pode ser utilizada como precedente em casos futuros) e o que é *obter dictum* (opinião dos ministros expressa nos votos, a qual não produz efeitos na solução de casos futuros)? A *ratio decidendi* é do ministro ou do Tribunal? Em que medida o atual processo decisório do STF oferece entraves à legitimidade das decisões do Tribunal nesse novo contexto?

A orientação dos ministros para a formação de precedentes, nas decisões de casos difíceis, parece ser uma tendência recente, que contrasta com o (não/mau) uso que os ministros tradicionalmente fazem de suas "decisões anteriores", citando-as de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) –, ou de maneira estratégica –, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do ministro. Percebe-se que, em casos difíceis, é cobrado do STF um diálogo com as decisões anteriores, afinal os ministros são convocados a fixar um "novo" entendimento para a decidibilidade de casos futuros. No entanto, às vezes, fica-se com a impressão de que há interesse apenas em fixar o "novo", sem necessariamente remontar a jurisprudência do Tribunal de maneira adequada. Some-se a isso o fato de a jurisprudência constitucional não ser objeto de estudo sistemático por parte da academia. Não há, portanto, demanda por maior coerência do Tribunal.

Mais que atentar para o (não/mau) uso dos precedentes, parece necessário remontar as dificuldades da própria extração da linha argumentativa das decisões do Tribunal. Partindo da ideia de Dworkin de romance em cadeia, comparação feita pelo autor entre o processo de interpretação do direito e a literatura, fica-se com a impressão de que o segundo capítulo de um romance em cadeia, em que o autor interpreta o capítulo que recebeu para então escrever o seu, é sempre interrompido. O que pretendemos com isso é alertar para a necessidade de uma continuidade, no tempo, no processo decisório. A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte. Esse processo não visa engessar o processo criativo do juiz, atentando para a necessidade de sempre recorrer a casos antigos para formar seu convencimento. Pelo contrário, ele aponta para o fato de que uma corte que dialoga com suas próprias decisões pode obter melhor qualidade nestas, o que pode implicar em um processo interpretativo mais consolidado no tempo.

Essa dificuldade decorre, em parte, do próprio processo decisório do STF. Neste artigo, pretendemos ilustrar essas dificuldades a partir de alguns casos. Os casos não foram selecionados pela sua relevância temática ou repercussão social; eles servem a fins metodológicos de demonstração de algumas possíveis interferências do processo decisório na coerência argumentativa do Tribunal. Esses aspectos são muito pouco estudados e discutidos.

Para além da discussão do STF como um ator político, é preciso atentar para seu funcionamento institucional, até mesmo para colocá-lo, também, sob crivo público. Caso contrário, o STF, no sentido oposto que parece indicar seu recente "ativismo" e flerte em ser um Tribunal constitucional, permanecerá um palco de disputas de solução de casos pontuais e de maneira *ad hoc*, com um possível controle social apenas sobre a dimensão material e fática do caso.

1 O drama da página em branco. Desafios de processo decisório na formação de *ratio decidendi* no Supremo Tribunal Federal

1.1 Votação unânime = única *ratio decidendi*?

O primeiro caso,[5] a despeito de ter tido votação final unânime, com a presença de nove dos onze ministros do STF,[6] não chega a formar uma única *ratio decidendi* do Tribunal. Por essa razão, ele foi escolhido para ilustrar o processo decisório do STF.

O caso envolve a interpretação do direito à reunião e seus limites. Um decreto do governador do Distrito Federal, Brasília,[7] proibiu a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes, local onde se encontram os prédios-sede dos três poderes do Estado brasileiro: o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o próprio STF. A proibição, fundamentada no direito daqueles que exercem atividade laboral na praça e em seus arredores, terminaria por impedir o exercício do direito de reunião, previsto constitucionalmente. Por sua vez, o exercício do direito de reunião, tal como está disposto no texto constitucional, configura-se condicionado ao preenchimento de alguns requisitos, ou seja, seu exercício já encontra algumas limitações no próprio texto constitucional.[8]

O problema enfrentado pelo Tribunal se resumiria às seguintes questões: pode o direito de reunião ser restringido por elementos diversos daqueles presentes no dispositivo constitucional? Se sim, quais os limites de tal regulamentação?

Podemos dizer que todos os ministros identificam o mesmo problema a ser decidido, a possibilidade e os meios da restrição a um direito fundamental, como é o direito de reunião. Contudo, o reconhecimento de um mesmo problema não significa que todos seguirão a mesma linha de raciocínio e fundamentação das decisões individuais. Apesar de tratar-se de uma decisão final unânime, decretando a inconstitucionalidade do decreto, não se pode dizer que se trate de uma *ratio decidendi* única.

O voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, contém os principais fundamentos apresentados na decisão para a determinação da inconstitucionalidade do decreto analisado. Afirma desde o início de seu voto que o direito de reunião se relaciona com outros dois direitos: liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

A presença do direito de reunião nas constituições brasileiras prévias à Constituição de 1988 seria um demonstrativo da garantia de uma liberdade pública de caráter fundamental no capítulo dos direitos e garantias individuais. Ao fazer tal constatação, o ministro toma o cuidado de demonstrar como e em que medida o direito de reunião é e já foi previsto como garantia constitucional. Nesse sentido, afirma também que os limites e as condições para seu exercício estão previstos no texto constitucional, não fazendo parte das atribuições de um legislador infraconstitucional a inclusão de novas possibilidades de restrição. Em resumo, "reunir-se pacificamente", "sem armas", sob a condição de que "não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local" e dependendo do "prévio aviso à autoridade competente"

seriam as únicas limitações possíveis a esse direito fundamental. Pode-se dizer que esse é um dos principais fundamentos de sua decisão.

Ao mesmo tempo em que apresenta essa fundamentação, mantém um posicionamento claro no sentido de afirmar que a liberdade de expressão não configura um direito absoluto. Além de generalizar o argumento, dizendo que nenhum direito é absoluto, uma vez que até mesmo os direitos havidos como fundamentais encontram limites implícitos e explícitos no texto das constituições. A possibilidade de limitação de direitos fundamentais, que aparece como premissa para o desenvolvimento do raciocínio do juiz em sua fundamentação, pode ser aqui identificada como um segundo fundamento essencial.

Ao apresentar um exemplo de caso semelhante, que serviria para a contraposição dos argumentos até então expostos, o ministro aventa a possibilidade de se fazer uma reunião na frente de um hospital, situação na qual se apresentaria uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, em que o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião. Em uma situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável, tratando-se, assim, de uma exceção à regra da impossibilidade de novas limitações por parte de um legislador infraconstitucional, indicada por ele no início de seu voto.

A analogia feita pelo ministro mostra-se essencial para a configuração da *ratio decidendi* de sua decisão, uma vez que afirma que a situação do hospital não guarda nenhuma semelhança com o caso em julgamento. Proibir a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros, nesse e em outros espaços públicos, os quais o decreto discrimina, inviabilizaria por completo a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem nenhuma eficácia para os propósitos pretendidos.

A potencialidade de se causar um prejuízo irreparável àqueles que estão nas imediações da manifestação próxima a um hospital é o que justificaria a proibição dessa manifestação. O prejuízo irreparável, portanto, seria a condição para a possibilidade de novas restrições ao texto constitucional. A inexistência de um prejuízo irreparável, no caso do Decreto do governador do DF, impede que as duas situações sejam tratadas da mesma maneira.

A *ratio* de seu voto poderia ser entendida da seguinte maneira: a Constituição Federal já prevê possibilidades de restrição ao direito de reunião, que só poderiam ser aumentadas caso a reunião ferisse irreparavelmente direitos alheios. O decreto é inconstitucional em virtude da finalidade a que se volta, que não justifica a criação de mais uma limitação além daquelas já existentes na constituição.

Após a manifestação do relator, tem-se a votação dos demais ministros, a qual não se limita à aceitação ou rejeição da decisão tomada pelo primeiro, mas, sim, à inclusão de novos argumentos à decisão tomada. Cada um dos ministros dá sua decisão,

contrária ou de acordo, fundamentada com a decisão tomada pelo relator. A narração dos votos em sequência seguirá a ordem em que se deu no momento da votação, agrupando-se as manifestações em um mesmo sentido.

Um segundo grupo de argumentos encontra-se presente no voto do ministro Eros Grau, que também defere o pedido de inconstitucionalidade. Sua fundamentação é completamente diversa da apresentada pelo ministro relator. Esse ministro afirma que a inconstitucionalidade deve-se a uma questão formal, já que a regulamentação de um direito fundamental, ainda que possível, não poderia ter sido feita por meio de decreto, mas tão-somente por meio de lei. A inconstitucionalidade por questões formais faz com que a matéria a ser julgada torne-se prejudicada. O ministro não faz nenhuma afirmação com relação aos fundamentos apresentados pelo ministro relator.

O terceiro grupo de argumentos presentes na decisão do caso privilegia a proteção da liberdade de expressão em detrimento de eventuais prejuízos que reuniões em locais públicos poderiam causar. A relação existente entre o direito de reunião e as liberdades de expressão e livre manifestação das ideias deixaria clara a preponderância destes sobre eventuais prejuízos decorrentes do exercício desses direitos. O argumento, presente unicamente no voto do ministro Celso de Mello, não deixa expressa a possibilidade ou impossibilidade de uma restrição legislativa do direito de reunião. Apesar de identificar o mesmo problema dos demais ministros, a *ratio decidendi* desse voto não inclui as mesmas razões pelas quais o decreto foi julgado inconstitucional pelo relator.

Diversamente do que sustentou o voto do ministro relator, podemos identificar, no voto do ministro Gilmar Mendes, a afirmação de que a Constituição Federal não prevê, expressamente, nenhuma reserva legal ao direito de reunião. Ao questionar a eventualidade de esse fato significar a impossibilidade de novas restrições a esse direito, o ministro vai em direção contrária à da afirmação do ministro relator. Assim, a própria formulação do inciso XVI, quando diz "desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local", já sugere o problema de eventual colisão, típica entre direitos idênticos – dois grupos que querem se manifestar no mesmo lugar e na mesma hora – dada a possibilidade de conflito e necessidade de intervenção de polícia, "sendo apenas exigido aviso prévio à autoridade competente", tema que também pode demandar algum tipo de disciplina.[9] Em resumo, novas regulamentações, que, no caso do ministro relator decorreriam somente de casos excepcionais, são, na visão do ministro Gilmar Mendes, inerentes à possibilidade de exercício do direito de reunião. Haveria, portanto, a presença de uma reserva legal implícita, autorizadora de novas restrições ao direito de reunião, independentemente de ser essa restrição um meio de se garantir a efetivação de outro direito fundamental (tal como afirmado pelo ministro relator).

Por fim, pode-se reconhecer a existência de um último grupo de argumentos, que configuraria uma quarta *ratio decidendi* do caso julgado. O Ministro Sepúlveda

Pertence julga procedente o caso concreto, mas afirma que isso não significa uma manifestação a respeito da possibilidade de regulação de direitos fundamentais.

Note-se, dessa maneira, a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo. Ainda que se entenda que o voto do ministro relator, que guia a tomada de decisão dos demais ministros, tem um peso maior na fundamentação do caso, podendo-se entender que a partir dele seria possível extrair a *ratio decidendi*, não há como deixar de considerar o fato de que fundamentações conflitantes com o voto do ministro relator relativizam a adequação dessa *ratio decidendi* ao que foi efetivamente decidido pelo Tribunal. A unanimidade se dá tão-somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal.

Uma consequência dessa peculiaridade da decisão do STF, que decorre do modo como se dá a tomada de decisão, é o alto grau de personalismo dotado aos seus julgamentos. Poder-se-ia falar em *ratio* do ministro, em uma linha de pensamento desenvolvida por ele e, inclusive, em aplicação de precedentes individuais. Não há, especialmente nos casos que envolvem aplicação de princípios – como ficou explícito no caso analisado –, a possibilidade de extração de uma *ratio* coletiva, institucional.

1.2 Afinal, qual é o problema que estamos decidindo?

O segundo caso envolve a aplicação da pena de racismo a Siegfried Ellwanger, um editor-autor de livros que nega a existência do holocausto contra judeus, ocorrido na 2ª Guerra Mundial. O caso Ellwanger, como ficou conhecido na literatura jurídica do País, chamou a atenção de acadêmicos e juristas e teve grande impacto na mídia durante seu longo julgamento – de dezembro de 2002 a setembro de 2003.

A tese sustentada pelo autor, na impetração de um recurso ao STF (HC 82.424), era composta por um simples argumento: o crime de racismo não havia se configurado, pois judeus não compõem uma raça. Com argumentação, o autor pretendia ver afastada a acusação de racismo, crime constitucionalmente imprescritível, e configurar sua conduta como discriminação – crime prescritível que, por decurso de prazo, já não seria mais aplicável.

Diante de tese tão controvertida, a atenção dada pelo Tribunal a esse julgamento foi grande. Em uma decisão de quase quinhentas páginas, os ministros se dividiram em grupos de argumentos e teses diferentes acerca da conceituação de racismo, da condição dos judeus no Brasil, na Europa, hoje e desde tempos passados, o papel da liberdade de expressão e manifestação do pensamento em sociedades democráticas, possíveis limitações a esse direito e formas de se avaliar a legitimidade das limitações, a efetividade de incitações e manifestações que se dão por meio de livros, entre outros temas, acrescentados à medida que cada ministro anunciava sua decisão individual.

O que se nota também nesse caso é o reconhecimento da característica reativa da decisão individual de cada ministro, ou seja, os votos são proferidos a partir da interpretação do voto relator. A cada decisão proferida, percebe-se que o ministro está preocupado não só em dar uma resposta para o caso em julgamento, mas em rebater ou corroborar um ponto específico de uma das decisões proferidas anteriormente. Acontece que o que poderia ser entendido como diálogo entre os ministros acaba por tornar-se uma profusão de argumentos que em alguns momentos se ligam e em outros se chocam, pois cada ministro elege para si um problema diverso a ser respondido pelo Tribunal, apoiando-se em argumentações anteriores para expressar a sobreposição de uma questão à outra, coisa que não necessariamente se relaciona com a realidade do julgamento.

Assim, é possível dizer que, no caso Ellwanger, os ministros não chegam a um acordo sobre qual é o problema principal do caso que estão decidindo. Cada ministro desenvolve a sua própria linha argumentativa e de fundamentação para o problema que consideram como principal no caso concreto. Isso significa que, em um julgamento no qual os onze ministros proferiram decisões fundamentadas individualmente, não é possível dizer que uma única questão foi decidida, o que não é em si um problema. No entanto, se as decisões não tratam das mesmas questões, identificamos um problema na decisão dos ministros.

De maneira simplificada e esquemática, foi possível identificar três ordens de problemas decididos pelos ministros: (a) raça é conceito jurídico ou biológico? Pode ser aplicada a judeus?; (b) quais são as condutas que configuram o crime de racismo? Publicar um livro? Ter uma editora? Caso a conduta incriminadora seja a publicação de um livro, de que tipo – como um manifesto, incitação ao racismo, científico ou revisionista?; (c) a liberdade de expressão excepciona ou não a aplicação da lei de racismo? A partir de cada problema enfrentado pelos ministros, é possível identificar o desenvolvimento de linhas de argumentação diferentes, que serão apresentadas a seguir.

Os ministros podem ser agrupados em quatro tipos diferentes de argumentos, que combinam esses problemas de formas diferentes, conforme foram apresentados pelos próprios ministros, como as questões centrais a serem respondidas pelo Tribunal:

> (a.1) A primeira questão se resume à identificação ou construção de um conceito de racismo, problema central na visão dos ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.
> (a.2) Um segundo grupo de ministros questiona a possibilidade de haver crime de racismo contra judeus. Esse grupo é formado pelos votos dos ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ellen Gracie.
> (b) Em terceiro lugar, quais seriam os meios pelos quais o crime de racismo pode ser cometido. É a questão essencial presente nos votos dos ministros Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Carlos Velloso.[10]

(c) Por fim, qual seria o resultado do choque entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana no caso da criminalização de manifestações do pensamento, é o centro do questionamento feito pelos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio.[11]

Ao comparar essa divisão de "grupos de problemas" com a resposta construída por cada um dos ministros, percebe-se que não necessariamente todos os ministros se manifestam a respeito de todos os problemas existentes. Reconhecemos que casos difíceis são fonte de inúmeras questões jurídicas que, por vezes, ensejam leituras diferentes com relação aos problemas envolvidos pelo caso.[12] O que se identifica no julgamento do caso Ellwanger, porém, é a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo. No limite, ao escolherem problemas diferentes, ao invés de terem perspectivas de interpretação diferentes de um mesmo problema, cada ministro decide um caso completamente diferente.

Inicialmente, pode-se dizer que há um consenso em relação a uma questão central do caso julgado. Todos os ministros, com exceção do relator – ministro Moreira Alves –, concordam com a premissa de que a discriminação contra judeus configura crime de racismo, já que esse conceito não se limita a um conceito biológico de raça. A conceituação jurídica de racismo, portanto, é elemento comum das decisões dos ministros, inclusive daqueles que decidem o caso em sentido contrário ao que se deu na decisão da maioria. Esse poderia ser identificado como um dos elementos constitutivos da *ratio decidendi*, que congregaria o entendimento de todos os onze ministros. No entanto, tal consenso é insuficiente para o que consideramos como *ratio decidendi* e sua relação com a potencialidade de normatização de um precedente. Entender que somente as premissas mais abstratas de um raciocínio formam a *ratio decidendi* de um caso é torná-lo quase inútil para a resolução de casos futuros.[13]

Com isso, queremos apontar que da aceitação unânime da premissa de que o conceito de raça se deve a fatores culturais, e não biológicos, não decorre a conclusão de que todos enxergam uma mesma questão jurídica a ser decidida pelo STF. O processo decisório, como é estruturado, permite tal escolha dos ministros, sobre qual problema querem resolver com sua argumentação, sem que haja um pronunciamento de todos os ministros sobre ele. Ao mesmo tempo, necessariamente, não há deliberação entre os ministros, para que cheguem a um acordo pelo menos com relação a qual é o principal problema trazido pelo caso.

1.3 O que foi decidido mesmo?

O terceiro caso selecionado aborda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações contratuais bancárias.[14] Após o acórdão ser proferido pelo Tribunal, houve embargo de declaração ao conteúdo da ementa (resumo do julgamento), pois

não estava claro se o seu conteúdo refletia realmente o que havia sido decidido pelos ministros e pelo Tribunal no acórdão.[15] Durante a discussão do embargo, os ministros discordaram do conteúdo da ementa, pois ela correspondia apenas à linha argumentativa do voto do ministro relator, e não ao que havia sido deliberado por todos. Uma boa ementa deveria se aproximar, portanto, do conteúdo da *ratio decidendi* do Tribunal, e não da *ratio decidendi* de apenas um dos ministros, no caso o relator, responsável pela redação da ementa. O que se percebe, a partir da leitura da transcrição dos debates dessa audiência sobre o embargo, é que os ministros aproveitaram a ocasião para re-decidir o caso, apresentando argumentos diversos dos que haviam sido apresentados anteriormente (muitas vezes desconsiderando a *ratio decidendi* de seus votos na decisão anterior) e buscando uma nova *ratio decidendi* do Tribunal, fruto de um debate consensual sobre os termos que deveriam constar na ementa final do caso.

A discussão gira em torno da revisão da correção monetária e dos juros estipulados em contratos entre pessoas físicas ou pequenas empresas e instituições financeiras, em face da alegação de práticas abusivas por parte das últimas no estabelecimento das taxas de juros aplicáveis sobre as obrigações contratuais. As instituições financeiras questionavam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor[16] a relações dessa ordem, pois o Sistema Financeiro teria peculiaridades e disciplina própria que afastariam o regramento do CDC. Assim sendo, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) propôs ação direta de inconstitucionalidade pretendendo a declaração da inconstitucionalidade da expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária", constante do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90.

A principal questão trazida pelo caso, e implícita na argumentação da Consif, diz respeito à definição sobre quem é competente para regular o Sistema Financeiro, essencialmente no que concerne à questão dos juros.[17] Se a aplicação do CDC afetasse relações próprias ao Sistema Financeiro Nacional (art. 192 da Constituição Federal), estaria invadindo o âmbito reservado à disciplina por lei complementar.

O primeiro problema durante o julgamento foi a dificuldade das diferentes partes em concordarem quanto a qual seria a questão principal em debate. O ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, explicita esse fato ao mostrar qual acha ser a questão de fundo: "A corte discutiu, desde o início do julgamento, se seria necessário utilizar da técnica de interpretação conforme a Constituição, julgando a ação parcialmente procedente, para estabelecer que o Código de Defesa do Consumidor não poderia ser aplicado em questões que discutissem juros".

A segunda questão decorre dos embargos à ata do julgamento. A ata é redigida pelo ministro relator Eros Grau e é embargada sob a alegação de não refletir a decisão do julgamento. A embargante alega contradição entre a certidão de julgamento (que afirma a improcedência total do pedido) e a ementa (que afirma a procedência parcial da ação).

Durante as discussões do julgamento dos embargos ocorrem novas contradições. O ministro relator Eros Grau diz entender que todos concordaram quanto a um ponto, porem é contestado por colegas[18]. O ministro relator entende que a *ratio decidendi* explicitada em seu voto é unânime entre os ministros. No entanto, durante os debates, o entendimento do ministro é questionado e as *rationes* dos demais são consideradas. Os ministros, então, rediscutem o caso e uma nova ementa é elaborada, dessa vez reflexo do (novo) julgamento.[19]

Consideremos alguns problemas no julgamento. Primeiro, a dificuldade dos próprios ministros em identificar qual é a questão em discussão. Cada ministro decide sobre um ponto e não há a formação de *rationes* acerca do mesmo problema. Segundo, o ministro relator não consegue identificar quais foram as *rationes* de seus colegas e, portanto, não consegue identificar qual foi a *ratio decidendi* do julgamento, considerando somente a sua como prevalecente. Desse modo, não é possível a formação de uma *ratio decidendi* do Tribunal.

Como vimos, o grau de discricionariedade do relator, no momento de redigir a ementa do caso, é muito grande. Nesse caso, se não fossem opostos embargos de declaração à ementa, ela permaneceria não refletindo o julgamento.

Para se atingir um consenso, os ministros realizam um debate durante o julgamento da ementa em que se busca um denominador comum dos votos. Verifica-se, nesse momento, que eles fazem um novo julgamento, desconsiderando seus votos anteriores e, portanto, mudando sua *ratio decidendi*.[20] No momento em que os ministros reveem suas decisões e as discutem, pode-se dizer que há uma busca por uma *ratio decidendi* do Tribunal. A decisão unânime pela improcedência da ação demonstra que há um entendimento coletivo da corte.

O desfecho do julgamento deixou claro que não há, no STF, um consenso sobre qual entidade deve regular os juros no Brasil e que há limites para a aplicação do CDC a instituições financeiras. A decisão é incapaz de sinalizar como se dá a incidência do CDC sobre relações financeiras, o que resultará em novos conflitos no momento da consideração dessa decisão em casos futuros. Segundo o ministro Marco Aurélio, esses limites não estão claros, sendo deixados à definição por meio de processos subjetivos que sejam iniciados no Poder Judiciário. O julgamento da questão é, portanto, jogado para o futuro e o Tribunal ganha tempo para formar seu entendimento ou, no caso em questão, talvez fique clara a intenção deste de evitar se pronunciar sobre tema polêmico e formar um precedente.[21]

A partir dos casos analisados, pode-se notar que há diversas relações entre a estrutura da argumentação dos ministros e do Tribunal e o processo decisório do STF: uma votação unânime não possui, necessariamente, uma *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso, pois ela pode versar apenas sobre a parte dispositiva; cada ministro pode, no limite, estabelecer uma *ratio decidendi* própria em seu voto independente; por vezes, os ministros diferem não apenas na linha argumentativa em torno de um mesmo problema

que o caso trás, mas, também, com relação ao próprio problema a ser solucionado no caso. Não há um espaço determinado no processo decisório para que os ministros decidam de maneira consensual sobre o problema envolvido pelo caso ou sobre qual linha de argumentação deve prevalecer no Tribunal; o processo de argumentação é eminentemente individual; o voto do relator é importante na determinação dos votos seguintes, mas, em casos difíceis ou de grande repercussão, os ministros procuram desenvolver uma argumentação própria. Os próprios ministros têm dificuldade em extrair a *ratio decidendi* do Tribunal ou mesmo de cada voto em um determinado acórdão; a ementa de um caso não necessariamente representa a *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso, ela pode ser uma leitura do ministro relator sobre o que foi decidido.

2 Esboçando o segundo capítulo do romance. Quando algo já foi dito antes

O último caso ilustra o esforço dos ministros do STF em remontar os precedentes do Tribunal para fixarem um novo entendimento. O diálogo com as decisões anteriores do Tribunal parece ter sido crucial no caso, pois havia um entendimento anterior consolidado na sua jurisprudência. Inovar implicava justificar muito bem o que estava mudando e por quê. A ruptura com um precedente claro exige maior argumentação, obriga o Tribunal a dialogar com a sua história. Mas será que os ministros estão fixando um novo entendimento quando constroem diferentes *rationes*? Em outras palavras, eles concordam com o passado, mas divergem com relação à regulamentação futura. Isso é ruim?

O problema comum identificado pelos ministros é a constitucionalidade da prisão do depositário infiel, uma vez que a Constituição Federal de 1988 permite e a Convenção Americana de Direitos Humanos proíbe tal prisão. Várias ações que tramitam atualmente no STF abordam essa questão. Em três delas, os ministros fixaram o entendimento da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel.[22] Os argumentos dos ministros, no entanto, diferem com relação à interpretação de por que tal prisão é inconstitucional.[23]

Há um entendimento claramente consolidado na jurisprudência do STF de que tratados internacionais são equiparados hierarquicamente à legislação infraconstitucional. Tratados de direitos humanos, no entanto, ocupariam uma posição hierárquica diferenciada? O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal abria margem à interpretação sobre a recepção como normas constitucionais dos tratados de direitos humanos: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A análise da íntegra dos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes permite estudar como cada ministro retomou o histórico da jurisprudência do Tribunal e, no caso de Celso de Mello, o seu próprio entendimento anterior sobre o

tema. Os ministros dialogaram com os precedentes contrários da corte ou com a *ratio decidendi* de seus votos anteriores, formando um novo entendimento.[24]

Os ministros não buscam apenas a solução do caso concreto, mas também estabelecer parâmetros para a decidibilidade de conflitos futuros, que envolvam a interpretação da hierarquia jurídica de todos os tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil. O ministro Gilmar Mendes adota a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, pois estariam entre Constituição e a legislação ordinária,[25] e identifica que essa tese já havia sido aventada em caso anterior pelo ministro Sepúlveda Pertence.[26]

O ministro Celso de Mello, por sua vez, adota a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e revê seu entendimento anterior, de que tinham nível hierárquico de legislação ordinária. Para ele, a principal motivação para a formação de uma nova *ratio decidendi* é a emenda constitucional que estabeleceu a regra para que os tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser assinados pelo País tenham *status* constitucional condicionado à aprovação por três quintos do Congresso Nacional.[27] A dúvida permanece para os tratados internacionais de direitos humanos que foram internalizados antes da emenda constitucional que estabelece essa regra. Este é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para Celso de Mello, nestes casos, os tratados já haviam sido incorporados pela Constituição Federal.[28] Já para Gilmar Mendes, nestes casos, os tratados dependem de votação pelo Congresso Nacional para que alcem a condição de constitucionais.[29]

A partir do material levantado, podemos identificar, portanto, duas linhas argumentativas acerca da constitucionalidade da prisão do depositário infiel: (a) a prisão é inconstitucional em decorrência da supralegalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos; (b) a prisão é inconstitucional em decorrência da constitucionalidade da Convenção Americana. Com o julgamento conjunto das três ações, foi possível contrastar o posicionamento dos ministros do STF acerca de qual tese eram adeptos. Formou-se um placar de cinco contra quatro no Tribunal pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.[30]

Cabem, no entanto, algumas considerações sobre o interregno em que a maioria do Tribunal já havia se pronunciado pela proibição da prisão do depositário infiel, mas que ainda pairava a dúvida sobre qual seria o posicionamento do Tribunal sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos. Ou seja, o período em que os votos majoritários pela proibição já geravam efeitos para algumas decisões do próprio Tribunal, mas que a posição hierárquica dos tratados internacionais só gerava polêmicas.

Entendemos que a particularidade do processo decisório do STF permite que os ministros apresentem diferentes *rationes* em seus votos, sem que necessariamente elas componham uma configuração majoritária que possa ser compreendida como uma *ratio decidendi* do Tribunal sobre o caso. Isso implica, em nossa opinião, uma decisão

diferida no tempo. Os atuais ministros jogam a decisão sobre qual é a *ratio decidendi* que prevalecerá para o futuro, para outros tribunais e juízes. As diferentes *rationes* produzidas são elementos persuasivos para a argumentação de futuras decisões. Essa forma de votação possibilita um entendimento a ser formado ao longo do tempo.

A falta de clareza de uma decisão (quando não se consegue extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal ou do voto), por vezes, constitui uma maneira de decidir de maneira informal, evitando formar um precedente do Tribunal que provoque consequências indesejáveis em casos de grande repercussão; a pluralidade de *rationes*, por vezes, joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha argumentativa deve prevalecer.

Em cortes supremas de outros países, também está presente a questão da coerência no tempo, embora haja uma diferença clara. Nessas cortes, o que possibilita na decisão uma mudança de entendimento futura ou a formação de uma nova *ratio decidendi* é o voto dissidente ou concorrente, em contraposição à *ratio decidendi* do Tribunal, que se encontra no acórdão único. Tais votos têm o potencial de se tornarem *rationes* de decisões futuras. Funcionam como orientações da própria corte de outras possíveis formas de decidir o mesmo caso e fundamentá-lo. No caso do STF, por não haver um texto único de seus acórdãos e, sim, uma sucessão de votos, é possível que a decisão de um caso produza múltiplas *rationes*, que poderão influenciar a decisão de casos futuros. O desenho institucional do STF favorece, em nossa opinião, a formação de *ratio decidendi* de cada ministro, e não da corte, mas isso não necessariamente é algo ruim.

3 Potencial democrático do processo decisório do Supremo Tribunal Federal e de uma cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro

A particularidade do processo decisório do STF não implica necessariamente em um *deficit* de legitimidade. Podemos especular um potencial democrático do mesmo em determinados casos. Quando a decisão é composta por múltiplas *rationes,* isso pode indicar que diferentes argumentos foram representados por ela. Argumentos que talvez tenham sido levantados na esfera pública, por meio do debate promovido pelo trâmite do caso no STF.[31]

Há potencial democrático também quando a decisão sobre a *ratio* prevalecente é jogada para uma construção futura, pois isso possibilita a inclusão de novos atores no processo decisório.[32] Não apenas os próprios ministros, mas outros juízes, advogados e a própria sociedade, podem influenciar na escolha da *ratio decidendi* prevalecente. Isso pode ser particularmente relevante em casos de alto impacto social ou com bastante repercussão na mídia, possibilitando ampla participação na construção da argumentação e interpretação dos ministros e do STF.

Essa potencialidade só seria factível na medida em que houvesse uma cultura de respeito aos precedentes no sistema jurídico brasileiro. De nada serve identificar que

há um ponto de interpretação em disputa – em que falta uma *ratio decidendi* prevalecente –, buscar participar e influenciar a formação desta *ratio*, se não houver depois um reconhecimento pelos demais tribunais de que aquela decisão serve como precedente.

Com isso, não queremos dizer que esta decisão será estritamente vinculante, mas, sim, que seria um elemento persuasivo importante na argumentação dos demais juízes, com o qual teriam de dialogar, interpretar criativamente e, eventualmente, se afastar de maneira justificada, formando um novo entendimento.

Segundo Dworkin, o autor envolvido na elaboração de um romance em cadeia deve considerar a continuidade do romance, e não um novo começo a cada capítulo. Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo.[33] Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo(s) autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance.

Em um sistema jurídico em que há respeito aos precedentes, pode-se identificar um processo contínuo de julgamento, um romance em cadeia. As decisões a partir de um contexto histórico não são dadas de maneira pontual apenas para se resolver um único caso concreto. São consideradas no tempo. Também por isso é que buscamos uma definição mais ampla de precedentes, como sendo o diálogo fundamentado com decisões anteriores.

A própria participação reiterada nesse processo de disputa entre interpretações possíveis pode acarretar uma cultura de respeito aos precedentes. À medida que diferentes atores enxergarem o STF como um fórum de disputa de interpretações, em que direitos são potencialmente criados ou reconhecidos, e utilizarem as decisões obtidas em outros fóruns, pode-se criar uma cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Quando esses outros atores identificarem um ponto positivo na *ratio decidendi* formada, poderão constituir um elemento de controle social sobre a interpretação e aplicação desta *ratio* em casos futuros. Identificamos, portanto, um potencial democrático, que é o controle social sobre o processo de interpretação e aplicação do STF, na medida em que haja uma cultura de respeito aos precedentes.

Em resumo, com decisões claras, nas quais se pode extrair a *ratio decidendi,* seja do voto, seja do Tribunal, há maior transparência, *accountability*, e melhor diálogo com a sociedade.[34] O ganho com uma cultura de respeito aos precedentes em que está presente a noção de romance em cadeia, por sua vez, é a possibilidade de um controle social, uma incidência estratégica de longo prazo, sobre os precedentes formados pelo Tribunal.

Este artigo, não conclui que, necessariamente, o processo decisório do STF implica a falta de uma cultura de precedentes. Tampouco a reforma do regulamento do Tribunal, transformando o processo decisório em uma esfera de deliberação e consenso entre os ministros seria a única solução para a instauração dessa cultura de precedentes.

Sem dúvida, publicizar o processo pelo qual os ministros decidem pode provocar uma discussão pública sobre o procedimento, sobre a instituição, e não apenas sobre os casos concretos. Abrir essa margem de deliberação pública sobre o desenho do Tribunal é importante, até mesmo para que todas essas transformações institucionais pelas quais o STF tem passado recentemente – que tendem a uma concentração de poderes e a um "ativismo político" – não sejam fruto apenas de onze ministros, e não passem em brancas nuvens, sem controle social.

Podemos, inclusive, especular potencialidades democráticas na forma atual em que o Tribunal está estruturado, mas isso depende de uma mudança na cultura jurídica, rumo a um respeito maior aos precedentes do STF e maior controle social sobre como o STF decide.

: ARTIGO APROVADO (15/06/2009) : *RECEBIDO EM 03/04/2009*

NOTAS

1 Agradecemos os comentários e críticas apresentados a uma versão preliminar deste artigo pelos professores Diogo R. Coutinho e Virgílio Afonso da Silva, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e ao Grupo Extramuros da Sociedade Brasileira de Direito Público, no qual foram gestadas inúmeras reflexões aqui presentes e pudemos discutir uma versão preliminar deste texto. Agradecemos, ainda, aos integrantes do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento (Cebrap) e do grupo de trabalho "Controles democráticos e instituições políticas" do 32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs), em especial a Rogério Bastos Arantes e Adrián Gurza Lavalle. Agradecemos a Ben-Hur Belmonte Neto pela revisão e pelas sugestões. As eventuais incorreções são de inteira responsabilidade das autoras.

2 Número que toma por base os dados divulgados pelo próprio STF em seu *site*. Por ano, em média, o STF tem decidido em torno de cem mil casos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>.

3 O mesmo tipo de inclusão se deu na decisão envolvendo a reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388). Dessa vez as condições impostas pelos ministros (dezenove ao todo) fazem parte da decisão final majoritária.

4 Utilizaremos ao longo deste artigo um conceito amplo de *ratio decidendi*, definição dada por MacCormick: "*[Ratio decidendi] is a ruling expressly or implicitly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' argument in a case, being a point in which a ruling was necessary to his justification (or one of the alternative justifications) of the decision of the case*". MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Eds. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

5 ADI n. 1.969.

6 Apesar de nove ministros terem votado na ADI n. 1.969, apenas sete apresentaram fundamentações próprias. A análise dos argumentos a seguir faz-se com referência a esses sete votos. Consideramos que a fundamentação dos votos das ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia segue integralmente o voto do relator.

7 Decreto n. 20.098 de 15/03/1999.

8 Artigo 5º, XVI, da Constituição Federal: "XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

9 Ao que parece, ele admite a possibilidade de regulamentação dos elementos já presentes no inciso. A questão é saber se o legislador pode criar novas limitações. Isso não fica claro, pois ele acaba fundamentando seu voto pelo voto do relator, que admite restrições desde que não desproporcionais.

10 Os ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso encontram-se nos dois grupos. Isso porque a interpretação acerca de qual seria o problema central identificado em cada voto depende do modo como esses problemas são apresentados pelos próprios ministros. Nos dois casos comentados neste artigo, os ministros afirmam, em momentos diferentes, que essas são as duas questões centrais a serem enfrentadas pelo STF.

11 Como se pode observar, o agrupamento dos ministros não reflete uma uniformidade no tipo de resposta dada ao caso em julgamento. Aqueles que identificam o mesmo problema não votam, necessariamente, em um mesmo sentido, assim como os que têm a mesma decisão final não identificaram, necessariamente, problemas semelhantes.

12 Essa pluralidade de leituras pode até ser considerada reflexo do influxo de diferentes demandas de interpretação e construção de conceitos por parte da esfera pública no processo decisório do STF, o que seria algo positivo em termos de legitimidade democrática das decisões do Tribunal. Sobre o caso Ellwanger: "O que se presenciou, naquelas longas sessões de julgamento, foi, diante da abertura de um campo de indeterminação no Direito, a disputa pela fixação do sentido e do alcance de uma norma, a concorrência de diversos argumentos dogmaticamente aceitáveis e as diversas possibilidades de interpretação de um mesmo dispositivo legal que, muito provavelmente, expressavam opiniões que circulavam na esfera pública. Evidentemente, para traçar o caminho desses argumentos da sociedade até o Poder Judiciário, seria preciso realizar pesquisas empíricas". Rodriguez, Püschel e Machado, mimeo, 2006.

13 Aqui, podemos identificar dois tipos de influências que um precedente pode gerar em decisões futuras. *Rationes* muito abstratas, que se resumem, por exemplo, a afirmar a preponderância de um princípio jurídico em relação a outro, em um determinado tipo de situação, pode ser considerada uma *ratio* abrangente, pois terá a capacidade de influenciar um grande número de casos futuros. *Rationes* mais específicas, que se referem mais precisamente a determinados tipos de situações, e acabam por exigir diversas condicionantes para que possa ser aplicada em casos futuros. No entanto, o grau de persuasão, ou de força normativa, que cada uma dessas *rationes* terá será inverso ao seu grau de amplitude. Ou seja, uma *ratio* genérica, ampla, tem a capacidade de servir de parâmetro de julgamento de um número maior de casos, mas, ao mesmo tempo, seu poder de persuasão com relação a esses casos será mais fraco, e mais facilmente se justifica a sua não aplicação.

14 A ação direta de inconstitucionalidade 2591-ED/DF foi julgada improcedente pelos ministros pela maioria de nove votos a dois.

15 Os embargos servem para esclarecer algum ponto da decisão considerado obscuro, contraditório, omisso ou duvidoso. No caso em questão, se pretendia somente que o acórdão do julgamento ficasse mais claro, não que o julgamento fosse modificado. No entanto, a decisão dos embargos de declaração foi unânime pela improcedência total da ação direta de inconstitucionalidade, em contraposição à ementa redigida pelo ministro relator Eros Grau, pela procedência parcial da ação.

16 O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) visa reequilibrar interesses nas relações contratuais, de modo a evitar que a posição menos favorecida do consumidor, em comparação aos fornecedores ou prestadores de serviços que com ele contratam, resultasse em abuso por parte destes em detrimento dos consumidores. A Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça de 12/05/2004 reconheceu aplicação do CDC a instituições financeiras.

17 Transparece essa preocupação na petição inicial, notadamente no instante em que ataca a inadequação do CDC às relações que ocorrem no Sistema Financeiro, pois o CDC, em seu art. 51, permite a revisão judicial de um contrato quando este se torne excessivamente oneroso ao devedor, entretanto, sem garantir, conforme faz o Código Civil, o equilíbrio das prestações entre as partes. A caracterização desse tópico, como o cerne do debate, também pode ser encontrada no Parecer do Procurador-Geral da República, que opinou pelo provimento parcial da ação.

18 Eros Grau considera que todos os ministros concordam com a exceção à aplicação do CDC por ele preconizada, ao passo que nenhum dos ministros evidenciou efetivamente essa posição: "Evoluo no sentido de acolher, *porque chegamos ao mesmo resultado*, mas, talvez, de modo mais efetivo"; "Julgo improcedente. *Chegamos com isso a um consenso*; mais uma vez o colegiado manifesta sua sabedoria e prudência"; "Nem mesmo a circunstância de meu voto original ter sido redesenhado no correr da sessão de julgamento ensejaria qualquer dúvida" (grifos no original). No entanto, o ministro é confrontado pelo colega Sepúlveda Pertence: "A unanimidade vai do inciso III da ementa até a declaração expletiva de que o preceito vinculado no art. 3, § 2, do CDC deve ser interpretado em coerência com a constituição. A partir daí há uma dispersão de fundamentos entre os votos proferidos".

19 "A nova ementa será aquela consubstanciadora da síntese do julgamento de hoje", ministro Celso de Mello.

20 O ministro Eros Grau, por exemplo, que havia votado pela procedência parcial da ação, vota pela total improcedência da mesma. O julgamento da Adin teve o placar de nove votos a dois, ao passo que os embargos foram julgados em decisão unânime pela total improcedência da ação sem interpretação conforme a constituição.

21 Trata-se de uma estratégia informal de decisão do STF, para os casos em que uma decisão final de mérito, especialmente sobre controle concentrado de constitucionalidade, que geraria efeitos *erga omnes*, e poderia provocar amplas consequências políticas ou econômicas negativas. Isso viabiliza decisões finais de mérito sem que essa decisão acarretasse graves inconvenientes. Outra estratégia informal de decisão seria o adiamento de decisões finais de mérito, até que se consume ou se acomode uma situação de fato, que faça a ação perder seu objeto. Como essa estratégia informal leva, via de regra, ao arquivamento da ação, ela permite ao STF resolver casos difíceis sem criar precedentes que comprometeriam a coerência da ordem jurídica e da jurisprudência do Tribunal (ROCHA, 2004).

22 As decisões ocorridas em uma mesma sessão plenária (03/12/2008) ainda não foram publicadas integralmente no *site* do STF (RE 349703, RE 466343 e HC 87585). Mesmo antes da decisão final, o posicionamento apresentado pela maioria dos ministros nesses casos já era utilizado como precedente da corte. Essa maioria justificou a concessão de liberdade em sede de *habeas corpus* pelo STF em vários casos. Nesse período, a maioria representou uma *ratio decidendi* em formação do Tribunal e produziu efeitos, mesmo sem a ação ter sido finalizada, servindo como um "precedente" para outras decisões do tribunal.

23 A análise será feita com base na íntegra de dois votos, já publicados, dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Não tivemos acesso a todos os votos proferidos, mas decidimos manter a análise dos casos, pois esses votos são ilustrativos da formação de *rationes* diversas entre os ministros, e da possibilidade de jogar para o tempo futuro qual delas prevalecerá. Informações adicionais serão fornecidas com base em notícias disponíveis no próprio STF e em *sites* especializados em informação jurídica.

24 O ministro Celso de Mello, em casos anteriores, considerava que: "A prisão civil não transgride a Constituição, nem ofende o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969)". "A convenção ou tratado internacional que se oponha ou restrinja o conteúdo de aplicação da lei ou altere lei fundamental é considerado inválido" (*Habeas corpus* 81319). (Notícia STF. "Pleno reitera entendimento de que depositário infiel será preso quando não pagar dívida", 07/02/2002).

25 "Entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação" (voto ministro Gilmar Mendes - RE n. 466.343/SP).

26 Gilmar Mendes reconheceu uma *ratio decidendi* vencida do ministro Sepúlveda Pertence, "essa tese foi aventada, em sessão de 29/03/2000, no julgamento do RHC n. 79.785-RJ, pelo voto do Eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais" (voto ministro Gilmar Mendes - RE n. 466.343/SP).

27 "É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC n. 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil. Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC n.. 45/2004 – que introduziu um novo paradigma no cenário nacional – estimula novas reflexões, por parte do STF, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos" (voto ministro Celso de Mello – *Habeas corpus* 87.585-8 TO).

28 "É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade" (voto ministro Celso de Mello – *Habeas corpus* 87.585-8 TO).

29 "De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC n. 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional" (voto ministro Gilmar Mendes - RE n. 466.343/SP).

30 De acordo com notícia publicada pelo STF, à tese da supralegalidade, defendida pelo ministro Gilmar Mendes, aderiram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, e à tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos do ministro Celso de Mello, os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Notícia STF. "STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia, 03/12/2008. O placar da do STF, especificamente com relação a este tema, portanto, foi de cinco contra quatro.

31 Os argumentos plurais presentes na decisão do STF podem ser decorrentes inclusive da participação direta de diferentes atores no próprio processo decisório. Alguns mecanismos de participação estão previstos em ações de controle concentrado de constitucionalidade, como os *amici curiae* e as audiências públicas. Os atores que se valem desses mecanismos procuram influenciar a *ratio decidendi* prevalecente do tribunal naquele caso. O objetivo dessa participação é a formação de precedentes para casos futuros, como em casos de grande impacto social ou repercussão na mídia, como os que atualmente tramitam no STF sobre o uso de células-tronco para pesquisas científicas e sobre as cotas para negros, indígenas e pobres nas universidades.

32 Não podemos ignorar, no entanto, que em muitos casos, a decisão é jogada para o futuro como uma maneira do tribunal não participar da decisão do conflito, justamente para não formar um precedente (ROCHA, 2004).

33 Dworkin, 2003, p. 277-278.

34 "*Todo depende de la concepción de sentencia que escojamos como la más interesante y convincente. Una concepción de sentencia que denomino formalista propendería por la expedición de sentencias aptas para la solución exclusiva de los litigios, para hacer 'justicia en el caso concreto'. Una sentencia formalista entonces no consideraría significativos valores como la coherencia, la claridad y la buena citación. Por el contrario, una sentencia que se rija por una concepción axiológica superará la egoísta función de resolución de litigios particulares. Una sentencia antiformalista o axiológica, también se preocupa porque su escritura conduzca a una comprensión clara de todos os argumentos, tendrá un hilo conductor al mejor estilo de los dramas modernos, provocará la sensación de que se lee algo más que el derecho esotérico de los especialistas y estructura responderá a criterios de coherencia, claridad y eficacia del lenguaje. Así el final de la sentencia, es decir la solución del caso, será una consecuencia lógica del nudo y el clímax expuestos en las motivaciones de los jueces. La jurisprudencia así, quizá se convierta en un invaluable repositorio de experiencia normativa*"(Lopez Medina e Gordillo, 2002, p. 45-46).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Texas Law Review*, v. 60, p. 527-550, 1982.
_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo; GORDILLO, Roberto. (2002) Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia. *Revista de Derecho Público*, n. 15, p. 3-47.
ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. A capacidade normativa de conjuntura no Direito Econômico: o déficit democrático da regulação financeira. São Paulo, USP, 2004. Tese de doutoramento à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. Texto apresentado no 3º Congresso Latino Americano de Ciência Política promovido pela Associação Latino-Americana de Ciência Política (Alacip), Campinas, Brasil, 2006.
STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, v. 22, n.6, p. 597-620, 1959.
VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

Adriana de Moraes Vojvodic

Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar
Paraíso – 04003-010
São Paulo – SP – Brasil
adri.morais@gmail.com

Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)
Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp)
Pesquisadora da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

Ana Mara França Machado

Rua Rocha, 220, cj. 23
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
ana.machado@fgv.br

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)
Pesquisadora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

Evorah Lusci Costa Cardoso

Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar
Paraíso – 04003-010
São Paulo – SP – Brasil
evorahl2@gmail.com

Mestre e doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)
Membro do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento (Cebrap)
Coordenadora da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

COMO LEVAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A SÉRIO: SOBRE A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 91

Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio

HOW TO TAKE THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT) SERIOUSLY: ON THE SUSPENSION OF ADVANCE CLAIM RIGHTS' CONCESSION N. 91

RESUMO

O presente artigo analisa a suspensão da tutela antecipada n. 91 pelo Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, relativamente à compreensão da necessária adoção de uma postura crítico-construtiva (política) pelo Poder Judiciário, especialmente pela jurisdição constitucional. Neste sentido, toda decisão proferida pela Corte em favor de um direito fundamental deve prevalecer, desde que fundamentada em argumentos de princípio e que seja coerente com o sistema constitucional. Daí a idéia de que existem respostas certas no direito e que estas são melhores do que as que oferece tanto o convencionalismo jurídico, quanto o pragmatismo jurídico. A questão que se coloca é acerca da legitimidade da Corte, leia-se do Supremo Tribunal Federal, para ter a última palavra sobre as decisões (políticas) do executivo e do legislativo, especialmente em relação às políticas públicas de governo por eles promovidas.

PALAVRAS-CHAVE

Dworkin; direito; constituição; democracia; legitimidade.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the suspension by Brazilian Federal Supreme Court of the suspension of advance claim rights' concession n. 91 *under the perspective of Ronald Dworkin's theory, concerning the understanding that it is necessary for judiciary power to have a critical and constructive (political) attitude in order to decide, especially for constitutional courts. In this sense, every decision rendered by the court in favor of a fundamental right must prevail, once it is founded on arguments of principle and it is coherent with the constitutional system. There, it follows the idea that there are right answers in law and that these are better than those offered by legal conventionalism or legal pragmatism. Then, it also follows the question about the legitimacy of the court, that is, does the* Supremo Tribunal Federal *should have the last word on decisions of the executive and legislative powers, especially concerning their public policies?*

KEYWORDS

Dworkin; law; constitution; democracy; legitimacy.

Introdução

Embora o sistema jurídico constitucional brasileiro seja de tradição romano-germânica, do direito escrito, desde a promulgação da Constituição de 1988, ganhou força a leitura principiológica do nosso direito constitucional e, com isso, teorias da decisão judicial elaboradas com base na tradição anglo-americana, como a de Ronald Dworkin, provocaram novas reflexões acerca da jurisdição constitucional e, por conseguinte,

novos argumentos paras as decisões da nossa corte, o Supremo Tribunal Federal[1]. Isto, que vimos chamando de leitura principiológica do direito, recolocou o poder judiciário, especialmente o STF, em cena não somente como aplicador do direito, mas como realizador de direitos. Isto, pois o STF, como corte constitucional, assumiu o papel de garantidor dos princípios constitucionais. Para muitas dessas concretizações de direitos ocorrerem, o judiciário precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais poderes, como o executivo e o legislativo. No entanto, isso não transforma (e nem pode) o STF em uma espécie de legislador delegado ou algo que o valha.

Esta combinação de tradições (direito continental e *common law*) e, ainda, de um sistema jurídico-constitucional fortemente influenciado pelo positivismo de Kelsen – pois coloca a norma jurídica no centro do sistema – e a abertura principiológica provocada pela Constituição de 1988 têm resultado em decisões judiciais inovadoras, porém, algumas de questionável fundamentação e que, assim, comprometem a coerência e a integridade do sistema constitucional. Tanto a dogmática constitucional como a jurisprudência mostram-se confusas, ao mesmo tempo em que procuram respeitar a Constituição – que impõe a efetivação dos princípios – descumprem o sentido dado aos princípios pela mesma, pois esta coloca os princípios como direitos fundamentais, e não como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência.

Por força dessa necessária reorganização da teoria constitucional, frente à posição de fundamentalidade dada aos princípios pela Constituição, ao analisar casos nos quais o judiciário impõe uma decisão contrária ao posicionamento do legislativo ou do executivo, remete-se à tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Questiona-se até que ponto o Supremo Tribunal Federal, ao proteger os princípios constitucionais, poderia tomar decisões políticas diferentes das decisões tomadas pelos órgãos legislativo e executivo.

Dworkin oferece uma resposta a essas indagações. Analisando as possibilidades e os limites da prática judicial norte-americana, Dworkin resgata o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostra-nos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Não no sentido defendido pelo positivismo que atribui aos juízes o poder discricionário de *fazer* o direito em casos em que este não se encontre disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Neste sentido, essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequá-lo aos princípios constitucionais, em uma perspectiva passada, presente e futura.

Isto pode significar que uma determinada postura política do judiciário não permite que o juiz tome uma atitude passiva ao ver um direito ser violado. Os direitos

devem ser levados a sério, na medida em que, apenas garantindo direitos morais mínimos aos cidadãos de uma nação, a coerção do direito se torna válida e o Estado Democrático de Direito em que vivemos pode assim ser significado.

Isso não quer dizer que o judiciário possa tomar o papel do legislador e tomar decisões sobre o melhor interesse da sociedade. Ao contrário, por não ser um órgão democrático – eleito pelo povo, não vitalício e responsável pelos seus atos – o judiciário apenas é legitimado para decidir de maneira a proteger os direitos individuais e sociais garantidos pela nossa Constituição.

Sem pretensões de igualar a prática constitucional norte-americana com a nossa, a teoria de Dworkin não só permite como pressupõe que seja analisada diferentemente de acordo com as distintas sociedades. Por pressupor um processo de conhecimento crítico-construtivo, segundo o qual construímos os significados de maneira a melhor se adaptarem à nossa realidade social e individual, sua teoria é aberta a alterações que a torne mais coerente com a cultura e história de uma sociedade. Pois bem, este artigo pretende analisar a suspensão da tutela antecipada n. 91, relativamente à demanda por meio da qual foi solicitadoo o fornecimento de medicamento ao Estado, tendo como marco teórico a *jurisprudence* de Ronald Dworkin e o seu compromisso com um sistema íntegro de direito que trate a todos com igual respeito e consideração.

1 A suspensão de tutela antecipada n. 91: considerações à luz dos argumentos de Ronald Dworkin

Dworkin adota a análise de casos concretos como metodologia para o estudo da prática judicial americana. Seguindo a mesma metodologia, foi escolhida demanda sobre pedido de fornecimento de medicamentos que não eram assegurados pelo Estado, necessários para garantir a vida e a saúde a pessoas que não poderiam pagar por eles de outra forma. Esse tipo de demanda, por meio de ação judicial, tem sido muito utilizada e envolve a polêmica constitucional dos limites do judiciário para interferir nas decisões do legislativo e do judiciário.

A suspensão de tutela antecipada n. 91, objeto de análise do presente artigo, trata de pedido do Estado de Alagoas para que suspendesse a liminar do Tribunal de Justiça de Alagoas, que determinou ao Estado de Alagoas o imediato fornecimento do tratamento necessário para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

O Estado de Alagoas alegou que a liminar geraria uma grave lesão à economia pública, pois o Estado não poderia ser obrigado a fornecer outros medicamentos além daqueles relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo. Ainda alegou a existência de grave lesão à ordem pública, pois o fornecimento de mais medicamentos que os previstos no referido programa inviabilizariam o fornecimento pelo Estado.

Quando do julgamento da suspensão de tutela antecipada n. 91, a presidente do Supremo Tribunal Federal, na época a Ministra Ellen Gracie, suspendeu a liminar proferida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, sob o fundamento de que pelo direito à saúde, previsto na Constituição, o Estado deveria apresentar políticas públicas que atendessem a todos, e não a apenas uma minoria:

> Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.)

Sob o ponto de vista da teoria da decisão judicial de Dworkin, a decisão da ministra estaria baseada em um argumento de política (*policy*), pois prefere uma promessa de bem comum à garantia do direito individual. Isto é, ao invés de recorrer a um princípio, cuja observância é uma questão de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão da moral, a ministra preferiu fundamentar sua decisão, relativamente à demanda por medicamentos de pacientes renais crônicos em hemodiálise ou transplantados, em uma política pública, cuja observância é uma questão das possíveis vantagens (políticas, sociais e econômicas) que a sociedade, em geral, possa aferir. Ressalte-se que tanto o princípio quanto a política pública a que se referiu acima são espécies de norma constitucional.

1.1 Aspectos de uma teoria das decisões judiciais que se baseia em princípios

Trata-se, pois, de um caso controverso, vale dizer, casos nos quais o juiz não conseguiria resolver por meio da simples aplicação da lei, isto é, da mera subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata. Seriam "os casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes" (DWORKIN, 2000, p. 10). Em tais situações, para se chegar à *melhor resposta,* há que se partir da distinção proposta por Dworkin entre princípios e (diretrizes) políticas, tendo em vista que mais coerente e consistente será a decisão para sustentar uma pretensão de direitos fundamentais, se baseada em princípios.

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral (DWORKIN, 2003, p. 3-4). Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito (CHUEIRI, 2006, p. 181). Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele

se torne legítimo (HABERMAS, 2003, p. 257). O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Dworkin afirma que "nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e reivindique fidelidade" (DWORKIN, 2005, p. IX). A igualdade seria dividida em dois princípios: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. O primeiro demandaria do governo uma adoção de leis e políticas que garantam que o destino dos cidadãos seja independente de quem eles sejam, de onde e sob que circunstâncias tenham nascido. O segundo exige que o governo respeite as opções de vida que os cidadãos fizerem, de acordo com a responsabilidade de cada um reger sua própria vida (DWORKIN, 2005, p. XVI-XVII). Assim, sua idéia de igualdade não dispensa a idéia de individualidade (no sentido da diferença), mas a integra, visto que o princípio da igualdade também abrange o igual respeito a todos os diferentes modos de vida.

Dworkin compromete a política com a moral na medida em que não acredita na existência de um contrato social original que deve nortear a atuação dos governantes. Para o autor, estes devem ter sua atuação política baseada em padrões éticos (GUEST, 1991, p. 7). O dever de igual consideração que os governantes devem ter ao criar as leis e elaborarem políticas públicas não deriva de um acordo ou consenso social, mas de valores éticos. Os governantes possuem liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos (DWORKIN, 2005, p. XIV-XV).

Essa ligação necessária entre política e moral compromete favoravelmente o exercício da jurisdição, pois a compreende como o *locus* de realização dos direitos fundamentais, pois, para Dworkin, os cidadãos possuem direitos individuais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. Neste sentido, ele age moral e politicamente.

Dworkin afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a *centrada no texto legal* e a *centrada nos direitos* (DWORKIN, 2000, p. 6). A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei. Assim, os juízes não deveriam decidir questões políticas, os direitos só deveriam ser garantidos se estivessem expressamente previstos na lei. O judiciário deveria fazer a seguinte pergunta: *qual a vontade do parlamento ao aprovar essa lei?* e não *o que o parlamento deveria ter feito?*

Para a concepção centrada no texto legal, o juiz deveria tomar uma decisão perante os casos controversos de acordo com algumas "chaves" interpretativas, que lhe permitiria determinar a vontade do parlamento. A primeira é a semântica, segundo a qual se deve analisar qual a maior probabilidade da palavra ou termo que suscita dúvida ser utilizada para expressar determinada intenção. Ocorre que, muitas vezes, a palavra não expressa nenhuma decisão para o caso controverso.

A segunda é a de psicologia de grupo, que analisa declarações periféricas à lei, tais como audiências legislativas. No caso dos legisladores não terem pretendido responder a um caso específico, buscar-se-ia descobrir a intenção do parlamento caso fosse obrigado a decidir a questão. Mas qual seria o alcance desse método? Cartas ou conversas informais, por exemplo, seriam aceitas para formar a "provável" decisão? Essa "criação" de uma vontade latente do parlamento seria mais democrática do que uma decisão judicial fundada em princípio?

Dworkin afirma que:

> Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica (DWORKIN, 2000, p. 24-250).

Já para a concepção centrada nos direitos, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas, se não o fizer, isso não impedirá que eles sejam impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individuais, "pois o ideal da prestação jurisdicional, no modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal" (DWORKIN, 2000, p. 15).

Essa imposição pelo judiciário não seria arbitrária. As leis representam "as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional" (DWORKIN, 2000, p. 16).

Dworkin refuta as críticas aduzidas a essa imposição de direitos morais e políticos pelo Judiciário. O autor afirma que o Judiciário possui importante papel na defesa dos

direitos das minorias, pois sofre menos pressões que os legisladores. Os legisladores sofrem pressões de grupos políticos fortes que podem impor sua vontade em detrimento de direitos individuais. Assim, "os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos" (DWORKIN, 2000, p. 27).

Alguns também objetam que os juízes não podem fazer julgamentos políticos, pois isso levaria a uma desordem social, uma vez que não há mecanismos de responsabilização do judiciário contra decisões impopulares. Assim, os cidadãos julgariam como ilegítimas as decisões proferidas pelos tribunais.

Todavia, para Dworkin, nos Estados Unidos:

> [...] uma mudança na posição do Supremo Tribunal quanto à interpretação constitucional há algumas décadas – um deslocamento da confiança nos argumentos históricos para os argumentos políticos – não foi acompanhada por nenhuma perda séria no respeito do público pelas decisões do tribunal, tal como avaliada pela disposição do público a aquiescer (DWORKIN, 2000, p. 30).

O mesmo ocorre no Brasil, visto que a sociedade vem se adaptando a essa posição mais ativa ao resguardar os direitos fundamentais.

Por fim, Dworkin afirma que uma decisão do judiciário ao garantir direitos fundamentais não feriria a eqüidade. Pode-se questionar que uma postura política do judiciário diminuiria a igualdade de poder político dos cidadãos, pois estes elegem os legisladores que os representarão, e não os juízes. Ocorre que, em uma sociedade, os cidadãos não possuem uma verdadeira igualdade de poder político, há sempre grupos privilegiados que possuem maior influência sobre o legislativo. Por isso, a defesa de direitos mínimos individuais pode auxiliar para uma maior igualdade de poder político, na medida em que o judiciário não é tão influenciado pelos grupos dominantes como o legislativo.

Dworkin adota, então, a concepção de Estado Democrático de Direito centrada nos direitos. Sendo assim, o judiciário não pode estar alheio ao processo de construção e reconstrução do direito, deve sempre proteger os direitos individuais depreendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que efetivará os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem complementares, deverão ser fundamentados diferentemente.

No mesmo sentido, Klaus Günther discorre sobre a diferença entre os discursos de aplicação (próprios do judiciário) e de justificação (próprios do legislativo e executivo),

estes para se adequarem à moral social devem se manter afastados das particularidades concretas; já aqueles devem analisar essas mesmas particularidades para manterem morais as regras gerais e abstratas (CARVALHO, 2007, p. 10).

Günther analisa a relação entre moral e direito. Segundo o autor, a moral da sociedade seria responsável pela validade das normas, mas essa moral necessita ser aplicada, visto que, durante o processo de escolha dos valores adotados, os participantes do discurso público possuem conhecimento e tempo limitados, não conseguindo prever todas as hipóteses de aplicação de suas normas. Por isso, Günther diferencia os argumentos de justificação dos argumentos de aplicação.

Os argumentos de justificação seriam regidos pela universalidade, a qual pressupõe a imparcialidade tanto quanto às pessoas, quanto aos procedimentos. As normas devem ser justificadas pela universalidade, segundo a qual a sociedade proclama, por meio do discurso público, de maneira imparcial, seus valores e desejos. Nesse aspecto, há uma intensa relação entre o pensamento de Günther e o de Dworkin, na medida em que este afirma que os argumentos de política devem representar os valores da comunidade política com igual respeito e consideração (GÜNTHER, 2004, p. 412).

Já os argumentos de aplicação seriam regidos pela coerência, de maneira a efetivar a imparcialidade. A aplicação só será imparcial quando for coerente, isto é, se adequar a todas as características de uma situação, de maneira a tratar igualmente casos iguais, tendo em vista não apenas a norma isolada, mas a pluralidade de situações que gravitam ao seu redor.Também nesse aspecto, há semelhança com o pensamento de Dworkin em relação aos argumentos de princípios. Para Dworkin, também existe a necessidade do juiz, ao aplicar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política (GÜNTHER, 2004, p. 414).

Não há, pois, que se falar em discricionariedade no sentido (do positivismo de Hart) de que o juiz, em face de um caso controverso, cria o direito, na medida em que a ele é dado interpretar o conjunto de práticas que significam o direito como os precedentes, a legislação e os padrões morais socialmente compartilhados e, a partir deles, construir a sua decisão baseada no princípio que melhor descreva essas práticas.

Na esteira da sua teoria da resposta certa, toda demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Não qualquer princípio, mas aquele que aplicado ao caso o faça à luz do compromisso assumido de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Assim, o juiz, ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios.

Para Dworkin, o direito deve ser concebido em cadeia (*the chain of Law)*, como uma narrativa, na qual cada decisão construída acrescenta um capítulo na história das práticas que o significam. Como narrativa, ele se reconstrói a cada decisão, mas

observando a coerência destas relativamente ao compromisso de tratar a todos com igual respeito e consideração.

Os princípios são normas cujas exigências morais devem vincular tanto o legislativo quanto o judiciário. Para o autor, o direito não pode ser reduzido a regras, pois estas não encerram o debate sobre a efetivação do direito, apenas o iniciam, já que, por seu caráter geral e abstrato, elas não conseguiriam regular a sua própria aplicação (CARVALHO, 2007, p. 9). O aplicador do direito possui uma função distinta do legislador, na medida em que promoverá a concretude dos direitos, aplicando-os em face do caso real.

Parece estranho que o positivismo jurídico, - o qual limita a decisão judicial à simples aplicação das regras -, possa permitir uma atuação discricionária do juiz, aceitando que ele, em certos casos, decida como entender melhor. Mas a idéia positivista de reduzir o direito às regras, sendo que os direitos individuais seriam apenas *background-drights* para a aplicação das mesmas, resultaria em dois resultados distintos: de um lado, o juiz simplesmente aplicaria a lei ao caso, sem maiores questionamentos; de outro, em caso de uma lacuna na lei, o juiz deveria "descobrir" (discricionariamente) o direito aplicável ao caso.

Dworkin refuta essa idéia, pois, para ele, o direito não seria um sistema fechado de regras. O autor adota um sistema aberto de regras, dessa maneira, o direito permitiria a possibilidade de criticá-lo internamente, pois os direitos morais sairiam do seu exílio como *background rights* e passariam a influenciar a interpretação das regras, inclusive para a solução dos casos difíceis (CHUEIRI, 1995, p. 86). Assim, o juiz não precisaria criar um direito para decidir um caso difícil. Ele responderia ao caso com fundamento nos princípios constitucionais, o que afirma o caráter institucional de tais direitos. Desta forma, os juízes não podem se esquivar de tomar decisões para as quais não exista uma regra clara, mas as suas decisões não podem ser arbitrárias, isto é, elas não podem ser tomadas sem um fundamento (em princípios).

Para Dworkin, os argumentos de política e de princípio se distinguem da seguinte maneira: os argumentos de política justificam a decisão, mostrando que ela protegeria um objetivo coletivo, da comunidade inteira, já os argumentos de princípio mostram que a decisão protege um direito individual ou de um grupo específico (DWORKIN, 2002, p. 129). Os princípios descreveriam direitos, enquanto as políticas descreveriam objetivos. O objetivo político seria uma *justificação política genérica* (DWORKIN, 2002, p. 142), já o direito seria o objetivo individualizado.

A decisão da Ministra Ellen Gracie, analisada mais à frente, foi no sentido de que o direito individual à saúde não deveria ser protegido em prejuízo do direito coletivo à saúde. Então, de acordo com Dworkin, seu argumento seria de política, pois sua decisão protegeria um objetivo coletivo, e não um direito individual. Nesse aspecto, a decisão da ministra foi, estruturalmente, pragmática, pois decidiu de modo a melhor atender aos interesses da coletividade em detrimento do direito demandado.

Assim, visando atender aos interesses da coletividade, podemos notar que a ministra se vale de um argumento econômico ao afirmar que o direito de muitos não pode ser prejudicado pelo direito de um indivíduo. Para Dworkin, os argumentos econômicos caracterizam não só uma adoção de políticas como também ferem a igualdade:

> […] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais (DWORKIN, 2002, p. 154).

2 Possibilidades interpretativas para as práticas jurídicas: convencionalismo, pragmatismo e direito como integridade

2.1 Convencionalismo e pragmatismo

Dworkin afirma que existem diferentes maneiras de interpretar abstratamente a prática jurídica. Ele as divide em três concepções de direito: o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade (DWORKIN, 2003, p. 118).

O convencionalismo acredita que a prática jurídica é uma questão apenas de aplicação das convenções jurídicas, que seriam as convenções sociais, as quais garantiriam à constituição, à lei e aos precedentes judiciais uma posição impositiva. Para essa concepção, nos casos difíceis, em que nenhuma convenção se enquadre ao caso, os juízes deveriam decidir da melhor forma possível, isto é, discricionariamente, utilizando padrões extrajurídicos. Assim, o juiz criaria um novo direito, que se transformaria em um precedente, isto é, adquirindo poder coercitivo (DWORKIN, 2003, p. 143-145).

Excetuando-se essa hipótese de discricionariedade para a decisão de um caso difícil, a atividade dos juízes é totalmente vinculada. Se existe uma decisão aprovada por uma convenção, o juiz deve acatá-la, mesmo que acredite que ela violaria os princípios jurídicos, já que estes só adentrariam o direito se fossem protegidos por uma convenção.

Dessa maneira, o convencionalismo procura encontrar o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Quando a convenção for clara e explícita, o juiz deverá aplicá-la totalmente, privilegiando a previsibilidade. Já quando a convenção for omissa ou implícita, o juiz privilegiará a flexibilidade, decidindo como achar melhor (DWORKIN, 2003, p. 179).

O pragmatismo se opõe a esse equilíbrio da maneira pregada pelo convencionalismo. Para o pragmatismo, os indivíduos não têm direito a nada, o juiz deverá analisar que decisão será melhor para a coletividade. Se privilegiar a previsibilidade for o melhor para toda a comunidade, a convenção deverá ser adotada, mas, se outro

entendimento for mais proveitoso para a comunidade que a garantia da previsibilidade, este entendimento deve ser adotado, independente da convenção.

Apesar de parecer mais imprevisível que o convencionalismo, o pragmatismo, nos casos difíceis, pode oferecer mais segurança, pois estes não serão decididos discricionariamente pelo juiz. Isso ocorre porque, pelo pragmatismo, o juiz deverá sempre buscar a solução que mais se ajustaria ao interesse da comunidade. Assim, esta fixação de uma linha de pensamento a ser seguida pelo juiz torna as decisões pragmáticas nos casos controversos mais fáceis de serem previstas do que as convencionais.

O pragmatismo, em comparação com o convencionalismo, é uma posição que explica melhor a prática jurisprudencial americana, mas ele não reconhece os princípios como fundamentais à atividade jurisdicional. Dworkin refuta o pragmatismo e explica a sua concepção do direito como integridade.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, ao conferir a suspensão de tutela antecipada n. 91, decidiu por proteger o que entendeu ser o melhor para a coletividade. Nota-se que sua decisão foi de caráter utilitário-pragmático, pois suprimiu o direito individual à saúde em nome do interesse da coletividade. Entretanto, sublinhe-se que, se o resultado da decisão da ministra fosse, ao contrário, a concessão da tutela pretendida, porém com base em uma fundamentação igualmente utilitário-pragmática, estar-se-ia diante de uma decisão igualmente criticável ou objetável. Isto, pois, a medida de uma decisão judicial coerente e íntegra não está exatamente no seu resultado, mas na construção e na força do seu argumento. Aliás, pautar a decisão pelo seu resultado ou do que seria melhor para a comunidade no futuro significa admitir que à justiça, no caso concreto, precede uma lógica consequencialista, da melhor conveniência, a qual eufemisticamente se denomina de *bem comum*.

2.2 Direito como integridade

Para compreender melhor a teoria da decisão de Dworkin se faz necessário analisar o significado da sua concepção do direito como integridade.

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.

Os pragmáticos contestam a integridade política, pois, para eles, a comunidade não seria uma entidade distinta, com uma vontade própria. Mas afirma o autor que a integridade não pressupõe uma entidade distinta de seus cidadãos, ao contrário, pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade.

A integridade realiza uma interpenetração entre o público e o privado. As leis não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo,

derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais (DWORKIN, 2003, p. 230).

Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais.

Dworkin ressalta que a integridade, por ser um valor independente da justiça e da eqüidade, não exige que as concepções da comunidade sejam efetivamente justas e eqüitativas, ela apenas fornece uma justificação política, unindo-a com a moral da comunidade (DWORKIN, 2003, p. 257).

Analisando a integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a *comunidade personificada* (DWORKIN, 2003, p. 271-272). Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e eqüidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes, incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2003, p. 274).

Para compreender sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele, o direito como integridade pode ser exemplificado por um romance em cadeia, no qual vários autores escrevem um romance em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito, quanto ao que será escrito. Portanto, ao continuar a "obra" do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as

aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isso, Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer o caminho trilhado no passado, mas, se não se perceber os seus objetivos futuros, ele poderá tomar outros rumos.

Mesmo admitindo que tal romance provavelmente ficará ruim, Dworkin afirma que, apesar de terem essa consciência, o dever dos autores é escrevê-lo da melhor maneira possível, devendo o romance possuir ao menos um mínimo de coerência, isto é, deve ser guiado por uma série de princípios que permearão a obra.

Os juízes, ao decidirem um caso, deverão fazê-lo de maneira equânime, os princípios deverão ser aplicados à solução de todos os casos igualmente, mas isso não quer dizer que os juízes devam se fechar nos precedentes, suas decisões devem se adequar aos princípios expressos ou não pela constituição: "O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam" (CHUEIRI, 1995, p. 130).

Diferente do convencionalismo, os juízes, nos casos difíceis, terão suas decisões limitadas estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática. O juiz "[...] deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir" (DWORKIN, 2003, p. 308).

Dworkin afirma que o direito como integridade não fornece respostas às questões. Nem mesmo as respostas de Hércules (juiz criado por Dworkin com capacidades sobre-humanas e que acredita no direito como integridade) seriam as verdadeiras de acordo com o conceito de integridade:

> Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. [...] Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa (DWORKIN, 2003, p. 287).

Se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isso não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça.

Normalmente, a decisão deverá ser a que melhor se adapte ao sistema de princípios constitucionais integralizados pela comunidade. Isso se torna mais claro quando o juiz decide com base em decisões precedentes. Na referida decisão da Ministra Ellen Gracie, tem-se que esta rompeu com os precedentes, visto que, como

será demonstrado abaixo, o direito fundamental à saúde é aplicado uniformemente pela jurisprudência nacional.

O direito como integridade de Dworkin não exige uma estrita observação aos precedentes. Dworkin analisa qual a força gravitacional de um precedente. Ele chega à conclusão que esta força gravitacional – de fazer com que os outros casos semelhantes ao precedente sejam resolvidos da mesma maneira – só existirá se o argumento do precedente for um argumento de princípio, e não quando for um argumento de política. Assim, se Hércules concluir que existe a força gravitacional do precedente, ele não deverá decidir de maneira diversa. Isso porque "[...] o direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse." (DWORKIN, 2002, p. 182). Desta forma, Hércules deverá:

> [...] construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2002, p. 182).

Defende o autor que a decisão deverá ser coerente verticalmente, isto é, por princípios que fornecem a justificação das estâncias mais elevadas, e horizontalmente, por princípios que forneçam a justificação a decisões do mesmo nível. A ordenação vertical nos Estados Unidos seria: primeiro, a constituição; segundo, a Suprema Corte; terceiro, as leis promulgadas pelos órgãos legislativos; e quarto, as decisões dos demais tribunais. Essa ordenação vertical delimitará a atuação das esferas inferiores, mas Hércules pode discordar da opinião sobre determinada norma e acreditar em outra justificação para uma questão. Essa opinião de Hércules terá um impacto na estrutura de justificativas dos demais tribunais.

Com efeito, a ministra não precisaria decidir conforme a jurisprudência dominante, mas, para isso, a sua decisão, que deve sempre ser baseada em um argumento de princípio, deve fornecer uma justificação que se integre melhor ao sistema constitucional, ou seja, deve fornecer melhor continuação para o romance que está sendo escrito. É o que será analisado a seguir.

3 Decisões anteriores e posteriores (à suspensão de tutela antecipada n. 91)

As decisões judiciais desde a promulgação da Constituição de 1988 têm, majoritariamente, garantido o direito individual à saúde aos que necessitam de tratamento médico, urgente e de custo elevado para seus padrões financeiros, mas que não estão albergados pelas políticas públicas de saúde. O Supremo Tribunal Federal, especialmente, tem

assim se manifestado, a exemplo, a decisão do Ministro Celso de Mello, julgada em janeiro de 1997:

> A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). [...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). (STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997)

Verifica-se que o caso, embora semelhante à suspensão de tutela antecipada n. 91, foi decidido de maneira muito diversa pela ministra Ellen Gracie. O ministro Celso de Mello decidiu por proteger o direito individual à saúde[2]. Ao se eximir de proferir uma decisão fundada em um argumento econômico ou político, o ministro privilegiou o princípio da vida digna, protegendo o direito individual à saúde, ainda que seu argumento não manifeste expressamente a adesão a uma dada teoria das decisões judiciais como a de Dworkin.

De toda forma, pode-se dizer que a posição do ministro mostra-se coerente com a perspectiva de Dworkin, principalmente quando ele afirma que, entre proteger o direito à vida ou um interesse financeiro do Estado, "[...] razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida".

Neste trecho, fica claro que o ministro Celso de Mello *levou os direitos a sério*, pois admitiu que os princípios são imponderáveis e devem ser respeitados, não devendo o juiz decidir de maneira utilitarista, colocando o interesse coletivo acima dos direitos individuais.

O tema vem sendo decidido nos mesmos moldes pelos tribunais inferiores[3]. Os tribunais regionais federais também são notadamente favoráveis à imposição do Estado ao cumprimento dos princípios constitucionais, fundamentando suas decisões também com base em argumento de princípio.

Da mesma maneira que as decisões anteriores, as decisões posteriores à suspensão de tutela antecipada n. 91 se mantiveram no sentido de garantir o direito individual à saúde.

Em recente decisão, o STJ, tendo como relatora a ministra Eliana Calmon, afirmou que o direito à vida e à saúde devem ser protegidos como bens máximos erigidos pela Constituição. Assim, independentemente das políticas públicas realizadas pelo Estado, o judiciário não poderia se manter inerte frente à uma violação aos princípios constitucionais.

> […] 4. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. (STJ, REsp n. 835.687/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT., DJ de 17.12.2007.)

Mas, apesar de pretender adotar uma postura principiológica, a decisão da ministra Eliana Calmon confunde princípios com bens. Essa confusão distorce a importância que os princípios devem possuir dentro do ordenamento jurídico e principalmente seu caráter vinculante da decisão judicial. Diferentemente dos bens jurídicos, os princípios não podem ser ponderados, eles devem ser totalmente aplicados pelo juiz, conforme o conceito de direito como integridade. Embora tentasse proteger o direito individual à vida e à saúde, a ministra o relega à posição de bens, retirando o seu caráter impositivo.

A decisão do ministro Luiz Fux é mais coerente, pois afirma que o judiciário deve sempre se guiar pelos princípios, e não por políticas, de maneira a não compactuar com as decisões dos órgãos democráticos que firam os direitos individuais.

> […] 8. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. […] 9. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de

> princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 10. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados [...]. (STJ, Resp n. 2006.00.674080/RS, 1ªT., rel. Min. Luiz Fux, j. em 08.05.2007, DJ de 31.05.2007.)

Ao afirmar que a constituição exige efetividade, e que esta deverá ser realizada por meio de seus princípios, o ministro mostra que não basta a elaboração de normas gerais e abstratas. A efetividade dos direitos apenas se inicia com o processo legislativo de criação de normas, necessitando, para se concluir, da atuação do judiciário na aplicação dos direitos. Para esta aplicação, o judiciário deverá ter como base não somente as regras, mas especialmente os princípios, os quais deverão ser respeitados sempre, mesmo não existindo uma regra clara para o caso.

4 A última decisão: o STF e a concretização dos princípios constitucionais

A adoção de argumentos de política por parte do judiciário ainda é muito freqüente em uma sociedade como a brasileira, que possui recente história constitucional democrática. Por termos uma democracia débil, com ausência de debates públicos e poucas manifestações populares para reivindicar seus direitos, o judiciário é um grande fórum de debate. Ocorre que este fórum se torna usurpador de poderes do legislativo e do executivo no momento em que os julgadores decidem com base em argumentos de política.

Dentro do judiciário, são manifestados inúmeros argumentos morais e políticos que influenciam o juiz na sua decisão. Mas o juiz, ao interpretar esses argumentos, não pode tomar posição de legislador e decidir qual é o melhor interesse da maioria para o caso. Os argumentos políticos só são legítimos para os poderes executivo e legislativo, pois, como representantes da maioria, podem decidir o que seria melhor para ela. Ao judiciário cabe aplicar coerentemente as normas – em uma acepção aberta, a qual compreende regras e princípios –, para isso, deve se fundamentar em

um argumento de princípio, isto é, deve garantir que, na aplicação de uma norma ou política pública, nenhum princípio eleito pela constituição seja descumprido.

Essa responsabilidade do judiciário em proteger os direitos individuais nos casos concretos, muitas vezes, é ignorada por nossa corte constitucional, que acaba por usurpar o papel do legislador e decidir o que seria melhor para a maioria no caso e não qual seria a melhor decisão para aquele caso específico, respeitando os princípios do igual respeito e consideração e da liberdade.

Essa adoção de argumentos políticos por nossa corte constitucional pode ser claramente exemplificada pela decisão da ministra Ellen Gracie na suspensão de tutela antecipada n. 91. Em sua decisão, a Ministra ignora o direito individual ao medicamento, não protegendo o direito à vida e à saúde no caso, para adotar um argumento político. Filiando-se a um pragmatismo jurídico – segundo o qual os cidadãos não possuem direitos e, assim, os juízes devem decidir da maneira que melhor atender os interesses da coletividade – a ministra decide que "[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas" (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.). Dessa maneira, o direito individual poderia ser sacrificado para atender a um interesse coletivo.

Sob outro ponto de vista, apesar da nossa Constituição de 1988 ser marcada por um forte caráter principiológico, nossa prática constitucional ainda confunde reiteradamente princípios com valores. É o que foi mostrado na decisão da ministra Eliana Calmon, que, ao garantir o direito à vida e à saúde, não os garante como princípios imponderáveis e de normatividade obrigatória. Para a ministra, o direito à vida e à saúde são vistos como "bens máximos" (STJ, REsp n. 835.687/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT., DJ de 17.12.2007), e como tais, em diferentes circunstâncias, poderiam ser sopesados frente a outros interesses.

A Constituição de 1988 trouxe, como resultado de um processo histórico de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, uma tradução principiológica de seu conteúdo. Entretanto, o seu caráter principiológico foi traduzido em um caráter valorativo, por meio da aderência pelo constitucionalismo brasileiro à doutrina de Robert Alexy[4], na qual a constituição seria uma ordem concreta de valores. Segundo a teoria de Alexy, uma das diferenças entre princípios e regras é que, em casos de conflitos entre estas, deve-se aplicar integralmente a regra que mais se conforma ao caso, isso porque elas seriam definitivas, ou são aplicadas integralmente ou não são aplicadas; já no caso de conflitos entre princípios, eles poderiam ser ponderados, sendo permitido que, dependendo dos interesses relativos ao caso concreto, algum princípio seja aplicado parcialmente, pois possuem apenas uma exigência abstrata. Desta maneira, a Constituição admitiria, por meio de uma disputa argumentativa, que seus princípios – lidos como valores – fossem ponderados conforme os interesses em jogo

no caso concreto (CHUEIRI, 2008). Não obstante a teoria da argumentação de Alexy tenha sido recepcionada pelo direito constitucional brasileiro – não sem a influência dos *scholars* portugueses como Canotilho – e, da mesma forma, siga como principal referência das decisões constitucionais que se fundamentam em princípios e, assim, se valem da metodologia da ponderação, isso não quer dizer que o significado da constituição depende ou se encerra em tal teoria. Ao contrário, a compreensão e, com ela, o significado da constituição se dão pela singularidade do contexto de aplicação, no qual os princípios (que são normas) e, mais especialmente, o princípio segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração, sem mitigação e, por conta da sua importância, sustentará a pretensão de direito que se quer que prevaleça.

Dworkin admite uma interpretação construtiva da constituição. Na medida em que ela é criada por meio de um debate político, ela não pode ser lida como neutra do ponto de vista moral e político. A sua interpretação deve construí-la e reconstruí-la no tempo e no espaço, de maneira a sempre torná-la a melhor possível – isto é, de modo a sempre estar de acordo com os compromissos democráticos e republicanos que resultaram na sua elaboração.

Nos casos controversos – nos quais normalmente estarão envolvidos princípios – uma análise valorativa da constituição fere a democracia e carece de legitimidade, pois a ponderação dos interesses em questão é uma decisão a ser tomada pelos órgãos eleitos democraticamente. A esses órgãos, eleitos por meio desta tensão entre as diferentes esferas de poder que existem em uma sociedade, cabe decidir de maneira a representar a maioria que o elegeu – ainda que devam estar comprometidos com os princípios.

A legitimidade e a autoridade do direito estão na sua coerência com os compromissos públicos que os princípios representam. Assim, o judiciário deve proteger os direitos fundamentais garantidos na constituição, valendo-se, para decidir, de um argumento de princípio. Os princípios, para Dworkin, são normas assim como as regras e, da mesma maneira, devem ser aplicados integralmente, sendo incabível ao judiciário sopesar qual interesse deve prevalecer no caso concreto. Assim, segundo a teoria da resposta certa de Dworkin, o judiciário deve decidir da melhor maneira, analisando qual seria a decisão mais coerente possível frente ao sistema principiológico constitucional.

Dessa maneira, o papel do judiciário é de suma importância, pois ele é responsável, por meio de suas decisões, por reafirmar e reconstruir o significado da constituição toda vez que aplicá-la ao caso concreto.

Nos casos de fornecimento de medicamentos de alto custo às pessoas com baixo poder aquisitivo, no qual estão em jogo não só o direito à saúde, mas o direito à vida, a jurisprudência tem sido generosa no sentido de aplicar os princípios constitucionais e, por meio destes, conceder o direito pretendido, ainda que os argumentos das decisões insistam, na maioria dos casos, em confundir princípios com valores.

Tanto melhor seriam as decisões para a nossa história constitucional, se a concessão de medicamentos de alto custo às pessoas com baixo poder aquisitivo restasse sobre um argumento que, ao privilegiar o direito à vida e o direito à igualdade, o fizesse pelo compromisso que funda e refunda a nossa comunidade de princípios, ou seja, de que os cidadãos de uma sociedade merecem ser tratados com igual respeito e consideração pelos seus governantes. Dessa maneira, o judiciário, ainda que contra-majoritário, pode, a despeito da vontade da maioria, garantir a minoria, que seus direitos sejam levados a sério.

Nesse aspecto, a decisão do ministro Celso de Mello pode ser considerada coerente e consistente, pois comprometida com a construção de uma história constitucional que não sacrifica o direito dos seus cidadãos em nome do interesse coletivo (argumento de política), na medida em que não tratou o direito à vida como um valor, passível de ser ponderado caso a caso. O Ministro tomou a "decisão certa", na medida em que, frente a um caso controverso como este, a melhor resposta seria aquela que fosse mais coerente, de acordo com a moral, a política e as nossas práticas jurídicas:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (STF, PETMC n. 1.246/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31.1.1997.).

Entretanto, é comum que se critique que a teoria de Dworkin não pode ser aplicada em uma sociedade como a brasileira, na qual há tanta carência de direitos sociais quanto de direitos individuais. Entretanto, liberais como Dworkin entendem que os direitos sociais são extensões dos direitos individuais, isto é, a defesa de um não exclui a defesa do outro, na medida em que os direitos individuais ou negativos não têm prioridade sobre os sociais ou positivos e vice-e-versa. O reconhecimento dos direitos sociais pressupõe o dos direitos individuais. No Brasil, fica claro que é tão importante falar de direitos individuais como de direitos sociais. É justamente isso que postula nossa Constituição, conferindo inegável caráter principiológico a ambos, pois os coloca na mesma posição de direitos fundamentais. Seja como for, não é desse ponto que se trata aqui, mas de uma decisão – a suspensão da tutela antecipada n. 91 - que extrapolou os limites da argumentação judicial e adotou a forma de um argumento de *policy*.

Conceber os direitos como uma prática interpretativa implica na assunção de determinada atitude que seja, ao mesmo tempo, crítica e (re)construtiva. Crítica, pois não se acomoda em formulações acabadas que pretendem determinar o sentido

do direito e dos direitos e (re)construtiva, pois todo sentido é apenas provisório e contingente. Com a democracia, apreendemos que os direitos se reinventam e, com o constitucionalismo, que eles se (auto)limitam. A partir desta tensão, o papel do direito e dos direitos em uma sociedade complexa como a brasileira é afirmar, como o faz Dworkin para a sociedade norte-americana, que só há democracia porque há constitucionalismo e vice-e-versa, em outras palavras:

> Tenho argumentado contra o historicismo e o passivismo enquanto interpretações gerais da prática constitucional norte-americana. Não afirmei que cada nação deve ter uma constituição escrita com disposições abstratas sobre os direitos individuais, ou que cada uma dessas constituições deve ser interpretada por um tribunal cujos membros são escolhidos do mesmo modo que são indicados os juízes da Suprema Corte. Muitos outros arranjos são possíveis além desses que hoje permeiam a prática jurídica norte-americana, e alguns podem ser muito melhores do ponto de vista da teoria ideal (DWORKIN, 2003, p. 452).

: ARTIGO APROVADO (07/07/2009) : *RECEBIDO EM 30/04/2009*

NOTAS

1 Daqui para frente para nos referirmos ao Supremo Tribunal Federal utilizaremos a sigla STF.

2 Em decisão mais recente, o Ministro Celso de Mello manteve a sua postura ao impor ao Estado o dever de garantir o direito constitucional à saúde, visto que os princípios do ordenamento não podem deixar de serem cumpridos arbitrariamente nem pelo judiciário, nem pelo legislativo: "(...) DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. (...)" (STF, RE – AgR n. 399175/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.12.2006, DJ de 02.02.2007).

3 Como exemplo da posição dos Tribunais inferiores quanto ao tema, podemos citar a decisão do Des. Valdemar Capeletti: "ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. - O dever do Estado relativamente à saúde, conquanto sendo político, de nenhum modo se acha entregue à decisão política, calcada em juízos de conveniência e oportunidade, porque, tanto quanto político, também é jurídico e obriga garantia constitucional. - Reconhecido o direito do agravado ao fornecimento dos medicamentos postulados, pelo tempo em que se fizerem necessários, mantendo-se os efeitos da tutela antecipatória interpretada no sentido do pedido final e do dispositivo sentencial." (TRF4, AG. 2005.04.10.34396-7/RS, rel. Des. Valdemar Capeletti, 4ºT, DJU de 26.07.2006.)

4 Sobre o tema ver ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría dela fundamentación juridi. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría dela fundamentación juridica. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1997.
BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. *Revista do Tribunal de Contas – MG*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007.
CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.
_____. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto – observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.
_____. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.
_____. *Before the law*: philosophy and literature. Michigan: Proquest, UMI, 2006.
CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
_____. *O Império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986.
_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
_____. *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
_____. *Sovereign virtue*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 2000.
GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.
GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
_____. *Between facts and norms*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.
HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.
KOZICKI, KATYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica *contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

Vera Karam de Chueiri

DOUTORA EM FILOSOFIA PELA NEW SCHOOL FOR SOCIAL RESEARCH
PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO PROGRAMA DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)

Rua Conselheiro Araújo 192, apto. 01
Centro – 80060-230
Curitiba – PR – Brasil
vkchueiri@uol.com.br

Joanna Maria de Araújo Sampaio

BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)

Rua Vereador Constante Pinto, nº 195, ap. 62
Bacacheri – 82.510-240
Curitiba – PR – Brasil
joannasampaio@yahoo.com.br

O STF E A CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AUTORIDADES REGULADORAS DO SISTEMA FINANCEIRO: UM ESTUDO DE CASO DAS ADINS

Camila Duran-Ferreira

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE INSTITUTIONAL DESIGN OF THE PUBLIC AUTHORITIES OF THE NATIONAL FINANCIAL SYSTEM: AN ADINS' EMPIRICAL STUDY

RESUMO

Este artigo pretende avaliar a atuação da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, como verdadeiro ator no desenho institucional das autoridades reguladoras do sistema financeiro nacional, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BCB). Sua interação com os poderes políticos, por meio do julgamento de Ações Diretas de inconstitucionalidade (Adins), ao longo dos últimos 20 anos, forneceu balizas jurídicas para a construção dessas autoridades. Esta pesquisa, que parte de uma análise qualitativa das decisões do tribunal como estudo de caso, mapeou os temas e atores interessados na regulação do sistema financeiro e na estrutura dessas entidades, assim como procurou demonstrar como a atuação da corte reforçou a competência normativa desses órgãos. Ao final, este artigo delineia parâmetros para eventual edição de futura legislação, que vise regular o sistema financeiro, revogando a Lei 4594 de 1964, e conceder eventual autonomia ao banco central do brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; Adin, sistema financeiro nacional.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyse the manner the Brazilian Supreme Court's (Supremo Tribunal Federal – STF) decisions have influenced the institutional design of the national monetary council and the Brazilian Central Bank. During the last 20 years, STF provided limits to the power of these public authorities, by judging Direct Actions of Unconstitutionality (ADIns). This research is based on empirical study that intends to identify the actors and the issues submitted to the court and how its decision enforced their power of regulating the financial system. As a result, it is possible to perceive directions to enact the law that intends to regulate the financial system and eventually to attribute the independence to the Brazilian Central Bank.

KEYWORDS

Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal); judicial review; Direct Action of Unconstitutionality; national financial system.

Introdução

O presente artigo tem o intuito de demonstrar como se desenvolve a relação institucional entre a Corte constitucional brasileira e as autoridades responsáveis pela regulação do Sistema Financeiro Nacional, em especial, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BCB). Por meio da análise do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), busca-se extrair uma

orientação jurídica do Supremo Tribunal Federal (STF) para a (re)construção das autoridades reguladoras referidas. A investigação dessa relação justifica-se, portanto, pelo momento histórico em que se (re)pensa a estruturação do arcabouço normativo das agências e, especialmente, em relação ao mercado financeiro, ainda se espera, depois de 20 anos, a regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal por lei complementar, e uma discussão jurídica legislativa sobre uma possível autonomia para o Banco Central do Brasil.[1]

Desde 1991, esse tema já era debatido no STF. Sydney Sanches, então ministro do tribunal, no julgamento da ADIn n. 4, declarava que:

> Nem se há de imaginar, como argumento *ad terrorem*, que o Congresso Nacional deixa, para o todo o sempre, de votar a lei complementar que deve regular o sistema financeiro nacional, por não lhe emprestar importância alguma na vida econômica do país. *E se isso acontecer, não será por culpa do Poder Judiciário* (ADIn 4, p. 806).

No presente, não se pode negar a preocupação do Congresso Nacional com o sistema financeiro do País, até mesmo porque ele tem participado de sua construção continuamente.[2] É também evidente que a não promulgação da referida lei não pode ser atribuída ao Judiciário. Contudo, ela pode ser elaborada com a sua contribuição. Várias foram as ações diretas de inconstitucionalidade em que se discutiu nos últimos anos o conflito da normatização do sistema financeiro com a Constituição Federal. Várias foram, portanto, as situações de insegurança jurídica a respeito das normas emanadas pelas autoridades reguladoras, que foram solucionadas por respostas dadas pelo STF.

Assim, propõe-se, por meio da análise das decisões desse tribunal, dar uma baliza jurídica para a (re)construção dessas entidades, na medida em que é essa a instituição responsável por declarar o que é ou não constitucional numa estruturação do Estado político-econômico brasileiro. Muito além do que identificar os possíveis pontos de veto do Poder Judiciário a um projeto para o desenho das agências reguladoras, será possível também, por meio deste artigo, identificar quem são os atores políticos interessados e planejar uma estratégia que concilie os diversos interesses e temas presentes.

1 O debate no Supremo Tribunal Federal

O STF é um ator extremamente relevante na arquitetura das instituições políticas, afinal, é ele o responsável pela revisão dos atos do Poder Executivo e do Congresso Nacional. Dessa forma, faz-se necessária uma reflexão sobre o funcionamento dessa instituição judiciária, que desempenha um papel importante no processo legislativo,

e tem sido utilizada como um espaço de contestação por diversos atores sociais para impedir ou modificar o desenho de programas públicos, além da própria estruturação de entidades. Esse *locus* institucional oferece um mecanismo para que grupos de interesse possam expressar suas preferências que, de outro modo, seja no Legislativo ou no Executivo, não teriam instrumentos ou configuração de uma maioria.[3]

Às cortes judiciárias é atribuída a função de aferir a legitimidade constitucional da condução de uma política econômica, cabendo a elas avaliar a correspondência entre sua implementação e o alcance dos objetivos previamente definidos no plano político, por normas jurídicas formuladas pelos poderes Executivo e Legislativo.[4] Ao interagir com esse sistema, ela o modifica e cria uma nova política, atuando como verdadeiro ator.

À expansão da atuação dos tribunais e à consequente transferência da decisão política sobre direitos do Legislativo e do Executivo para as cortes, é atribuída a ideia de judicialização da política ou expansão do poder judicial (TATE, 1995, p. 28). Diversas foram as condições que facilitaram o surgimento desse fenômeno: (1) a adoção de um governo democrático como regime político; (2) o sistema de separação de poderes e a adoção do mecanismo de *judicial review* (SHAPIRO; SWEET, 2002, p. 142);[5] (3) a nova legitimação dos governos pela constitucionalização de direitos sociais e econômicos; (4) o uso das cortes por grupos de interesse e oposição política com objetivo de provocar a concretização ou modificação de programas públicos; (5) a ineficácia dos poderes Executivo e Legislativo para implementar políticas (Tate, 1995, p. 28-32); (6) e, especialmente, em relação ao sistema jurídico brasileiro, a proibição do "*non liquet*",[6] que torna obrigatório um posicionamento da Corte sobre a questão levada à sua apreciação.

Após o processo brasileiro de redemocratização, a tradução de questões de política em questões de justiça foi acentuada pela previsão de preceitos para a atuação do Estado no ambiente socioeconômico, assim como pela incorporação de mecanismos especiais de controle de constitucionalidade. O ente estatal, ao selecionar políticas públicas que iriam constar de sua agenda e dar publicidade a suas decisões, vinculou expectativas e comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduzindo em normas jurídicas suas decisões políticas (FARIA, 1992). Dessa forma, a nova linguagem e os novos procedimentos do direito levaram o Poder Judiciário ao desempenho de um novo papel, "única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia" (VIANNA, 1999, p. 20). Houve, portanto, um deslocamento do espaço público deliberativo, pensado tradicionalmente no exercício dos poderes políticos pelo Executivo e pelo Legislativo, para o Poder Judiciário, o qual se transformou em uma arena para a canalização da manifestação dos interesses desses atores.

Como pensar, então, o papel do Judiciário nesse contexto? Especialmente, em relação à Corte constitucional, esse estudo tem como objetivo demonstrar a importância do STF na construção das instituições públicas. Os grupos de interesse que

não têm atendidas suas demandas nos poderes políticos continuam o debate nesse tribunal, por meio dos instrumentos oferecidos pela Constituição Federal de 1988 para o controle de constitucionalidade dos atos normativos.[7]

Nesse sentido, o STF foi chamado inúmeras vezes para se posicionar sobre a constitucionalidade de normas jurídicas no âmbito do sistema financeiro. O foco deste trabalho é o controle de constitucionalidade concentrado e, em especial, o estudo das ADIns;[8] ou seja, a fiscalização abstrata do STF exercida diretamente sobre atos normativos emanados pelos poderes políticos, sem um caso concreto subjacente à análise.[9] Esse enfoque foi escolhido por algumas razões: (1) pelo efeito vinculante e a extensão da decisão de uma ADIn (essas deliberações estendem-se a todos, indistintamente, e não somente às partes processuais,[10] além disso, têm efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, administração pública direta ou indireta, em todas esferas da Federação);[11] (2) por exigir uma decisão diretamente na Corte especial, órgão máximo responsável por essa modalidade de controle, sem a necessidade de percorrer todas as instâncias do Poder Judiciário, canalizando o problema político rapidamente na justiça constitucional; (3) e pela repercussão e visibilidade da decisão, no âmbito político e social.

Por outro lado, reconhece-se que o CMN e o BCB são também autoridades monetárias. Nesse sentido, excluiu-se da pesquisa as decisões do STF que, de algum modo, interferiram no exercício do poder especificamente monetário desses órgãos.[12] Esse recorte metodológico, por vezes, apresenta-se frágil, uma vez que há uma fronteira tênue entre a disciplina monetária e a regulação sistêmica do sistema financeiro, mas se procurou respeitar os limites impostos por um breve artigo como este. Assim, serão analisadas decisões que interferiram exclusivamente nas competências exercidas pelo CMN e BCB como autoridades reguladoras, ou seja, no exercício da regulação prudencial, sistêmica e fiscalizadora sobre as instituições financeiras.[13] Também serão analisadas as decisões relacionadas ao desenho institucional dessas autoridades, como aquelas em que se busca definir a natureza jurídica da entidade, e que determinam a constitucionalidade ou não de uma alteração da composição do órgão.

2 Um estudo de caso: o STF e as autoridades reguladoras do sistema financeiro

2.1 Metodologia

Construiu-se análise qualitativa[14] das deliberações do STF, em ações diretas de inconstitucionalidade, em que os órgãos de regulação do mercado financeiro – especificamente, o CMN e o BCB –, tiveram sua regulamentação do setor contestada (ou a previsão legal dessa), assim como, decisões que discutiram a alteração do desenho da instituição, por decisão dos Poderes Executivo ou Legislativo.

O resultado da análise dos dados é apresentado a partir de uma perspectiva qualitativa, isto é, identificando o fundamento e a decisão do tribunal para dar resposta jurídica ao problema submetido ao seu controle. Assim, construiu-se um modelo de análise jurisprudencial para aplicação em cada caso, no intuito de identificar as questões debatidas e as razões jurídicas formuladas pelos julgadores.

ÓRGÃO JULGADOR: STF – PLENO OU DECISÃO MONOCRÁTICA[15]
FONTE: IDENTIFICAÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DO ACÓRDÃO – REVISTA (NÚMERO E PÁGINA INICIAL) OU ENDEREÇO ELETRÔNICO
CASO: DESIGNAÇÃO DE UM NOME PARA O CASO ANALISADO
CLASSE E NÚMERO: CLASSE PROCESSUAL E NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO
RELATOR: DESIGNAÇÃO DO JULGADOR QUE DESENVOLVEU O RELATO DO PROCESSO[16]
DATA DO JULGAMENTO: DIA, MÊS E ANO DA DECISÃO PELO TRIBUNAL (DD/MM/AAAA)
DATA DA PUBLICAÇÃO: DIA, MÊS E ANO DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO NO *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO* (DD/MM/AAAA)
PARTES: DESIGNAÇÃO DAS PARTES QUE FIGURARAM NA RELAÇÃO PROCESSUAL; IDENTIFICAÇÃO DOS ATORES QUE RECORRERAM AO ESPAÇO JUDICIAL PARA QUESTIONAR AS POLÍTICAS ECONÔMICAS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
DISPOSITIVO(S) QUESTIONADO(S): TRANSCRIÇÃO DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS ABORDADOS PELA DECISÃO E QUE CONSTITUÍRAM O FUNDAMENTO PRINCIPAL DO ACÓRDÃO
FATOS: BREVE HISTÓRICO MATERIAL E PROCESSUAL DO CASO
QUESTÕES RELEVANTES: INDAGAÇÕES RELEVANTES PARA O TEMA ESTUDADO, QUE SERÃO ILUSTRADAS OU RESPONDIDAS PELO CASO
FUNDAMENTO PRINCIPAL: RACIOCÍNIO DESENVOLVIDO PELO JULGADOR E DIRIGIDO À QUESTÃO ILUSTRADA PELO CASO
DECISÃO: DELIBERAÇÃO TOMADA NO CASO ANALISADO; IDENTIFICAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL E RELAÇÃO DOS MINISTROS QUE VOTARAM NO MESMO SENTIDO
VOTO VENCIDO: REGISTRO DE QUEM PROFERIU VOTO DIVERGENTE
FUNDAMENTO DO VOTO VENCIDO: RACIOCÍNIO DESENVOLVIDO PELO JULGADOR, QUE DIVERGIU DA DECISÃO DA MAIORIA; SEU REGISTRO É ORIENTADO TAMBÉM PELA QUESTÃO ILUSTRADA PELO CASO
PRECEDENTE(S): CASOS ANTERIORES CITADOS PELOS MINISTROS NO MESMO SENTIDO DA DECISÃO ANALISADA

2.2 Análise do caso: atores políticos e tempo processual

Foram encontradas 23 decisões[17] em 14 ADIns (denominadas de "casos", nesta pesquisa),[18] que discutiram dois temas diferentes abrangidos pela proposta do artigo. São eles: desenho institucional das autoridades reguladoras e competência normativa do CMN e do BCB. Dessas decisões, 17 são deliberações do Pleno e 6 são monocráticas.

Os casos encontrados e analisados, classificados por ordem crescente do número do processo, foram os seguintes:

Tabela 1
Lista das ADIns analisadas por órgão julgador (STF: pleno ou decisão monocrática), ano do julgamento e lapso temporal entre julgamento da medida cautelar (ADIn MC) e decisão final (ADIn).*

CASO	PLENO	ANO	DECISÃO MONOCRÁTICA	ANO	LAPSO TEMPORAL
1. **ADIN 4**	• ADIN MC 4	1988			3 ANOS
	• ADIN 4	1991			
2. **SOCIEDADES CORRETORAS**	• ADIN 418	1990			—[1]
3. **SERVIDORES DO BCB I**	• ADIN 449	1996			—
4. **UDR**	• ADIN MC 886	1993	ADIN 886	2002	9 ANOS
5. **SERVIDORES DO BCB II**	• ADIN MC 1056	1994			3 ANOS
	• ADIN 1056	1997			
6. **COOPERATIVA DE CRÉDITO**	• ADIN MC 1277	1995			SEM DECISÃO FINAL[2]
7. **COMPOSIÇÃO DO CMN**	• ADIN MC 1312	1995	ADIN 1312	2004	9 ANOS
8. **BRB**	• ADIN MC 1357	1995			SEM DECISÃO FINAL
9. **PROER**	• ADIN MC 1376	1995	ADIN 1376	2003	8 ANOS
10. **FGC**	• ADIN MC 1398	1996	ADIN 1398	2003	7 ANOS
11. **DEPÓSITO BANCÁRIO**	• ADIN MC 1715	1998	ADIN 1715	2005	7 ANOS
12. **AUDITORIAS INDEPENDENTES**	• ADIN MC 2317	2000	ADIN 2317	2003	3 ANOS
13. **CDC**	• ADIN 2591	2006			—
	• ADIN ED[3] 2591	2006			
14. **PRESIDENTE DO BCB**	• ADIN 3289/ 3290	2005			—

***** Dados da pesquisa.
1 A ADIn foi julgada diretamente, sem pedido pelo autor ou análise pelo STF de medida cautelar.
2 Sem decisão final, até a redação final deste artigo.
3 ADIn ED são embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. Cabe esse recurso contra decisão judicial que apresenta obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535, Código de Processo Civil, Lei 5869/1973).

O tempo médio de espera entre o julgamento da medida cautelar[19] e a decisão final é de, aproximadamente, 6,13 anos (excluindo-se do cálculo as ADIns que ainda não foram julgadas).

Das 14 ADIns analisadas, 6 foram iniciadas por partidos políticos de oposição ao governo da época,[20] 3 pelo Procurador Geral da República (PGR), 3 por entidades de classe[21] e 2 por governadores.[22]

A partir da análise do material empírico, foi possível observar que, na maioria dos casos, há dois tipos de decisão judicial: a primeira, em medida cautelar, e a segunda, em julgamento final. Assim, serão apresentadas duas respostas para a questão de quais

atores foram atendidos pelo STF: a decisão dos ministros em medida cautelar e em decisão final, seja pela Plenária ou por decisão monocrática.[23]

Tabela 2
Quem teve sua demanda atendida pelo STF?*

CASO	TEVE ATENDIDA SUA DEMANDA PELO STF AUTOR DA ADIN	TEVE ATENDIDA SUA DEMANDA PELO STF EM MEDIDA CAUTELAR?	EM DECISÃO FINAL?
1. **ADIN 4**	PARTIDO POLÍTICO	NÃO	NÃO
2. **SOCIEDADES CORRETORAS**	PGR	-	NÃO
3. **SERVIDORES DO BCB I**	PGR	-	SIM
4. **UDR**	ENTIDADE DE CLASSE	NÃO	AÇÃO PREJUDICADA
5. **SERVIDORES DO BCB II**	PGR	SIM	AÇÃO PREJUDICADA
6. **COOPERATIVA DE CRÉDITO**	GOVERNADOR	NÃO	SEM DECISÃO FINAL
7. **COMPOSIÇÃO DO CMN**	PARTIDO POLÍTICO	NÃO	AÇÃO PREJUDICADA
8. **BRB**	GOVERNADOR	SIM	SEM DECISÃO FINAL
9. **PROER**	PARTIDO POLÍTICO	NÃO	AÇÃO PREJUDICADA
10. **FGC**	PARTIDO POLÍTICO	SIM, PARCIALMENTE	AÇÃO PREJUDICADA
11. **DEPÓSITO BANCÁRIO**	PARTIDO POLÍTICO	NÃO	AÇÃO PREJUDICADA
12. **AUDITORIAS INDEPENDENTES**	ENTIDADE DE CLASSE	NÃO	AÇÃO PREJUDICADA
13. **CDC**	ENTIDADE DE CLASSE	-	NÃO
14. **PRESIDENTE DO BCB**	PARTIDO POLÍTICO	-	NÃO

***** Dados da pesquisa.

Em somente quatro dos casos analisados (2, 3, 13 e 14), o STF julgou diretamente a ação, sem passar pela análise da medida cautelar. Pela observação da Tabela 2, verifica-se que o ator mais atendido pelo tribunal é o Ministério Público da União, por meio de seu representante, o Procurador-Geral da República.[24] Das quatro decisões provocadas, duas foram atendidas e uma foi julgada prejudicada por motivos processuais. Somente houve resposta expressamente negativa em uma decisão. Os partidos políticos de oposição, por sua vez, estão entre os menos atendidos e os que mais procuraram um posicionamento da Corte. Eles receberam somente uma resposta positiva e, ainda, parcialmente.[25] Além disso, tiveram negadas seis demandas e quatro foram julgadas prejudicadas por motivos processuais. Eles são seguidos pelas entidades de classe, que provocaram cinco decisões do tribunal, sendo três negadas e duas julgadas prejudicadas por motivo processual. Por seu turno, os governadores pediram quatro decisões ao STF, uma foi negada e a outra

foi atendida. Entretanto, eles ainda esperam duas decisões finais da Corte, há mais de 12 anos.

Das sete ADIns julgadas prejudicadas por perda do objeto da ação, os fundamentos foram: (1) em três, alteração do ato normativo questionado; (2) em duas, alteração do parâmetro constitucional;[26] (3) em uma, o não aditamento de procuração com poderes específicos para interposição de ação direta de inconstitucionalidade; (4) e, por fim, uma delas por perda da legitimidade da parte autora.

2.3 Análise temática

Neste item, serão analisadas as questões relevantes debatidas e as respostas dadas pelo Tribunal. O intuito é retirar uma orientação jurídica para uma futura alteração institucional das autoridades reguladoras.

2.3.1 Desenho institucional das autoridades reguladoras

Dentre os 14 casos selecionados, 4 referem-se especificamente ao desenho institucional dessas entidades. Eles discutem sua natureza jurídica e a de seus principais agentes, bem como a possibilidade de medida provisória ou lei ordinária disporem sobre alteração de sua composição ou regime jurídico do seu quadro de funcionários. Todas essas questões têm um pano de fundo: a exigência de lei complementar para disciplina do sistema financeiro nacional, conforme determinação do artigo 192 da Constituição Federal.

As ADIns analisadas compreendem o caso dos Servidores do BCB I e II, o caso da Composição do CMN e o caso do presidente do BCB. As questões relevantes, submetidas ao STF, foram as seguintes:

1. Qual é a natureza jurídica do BCB e dos integrantes de seu quadro de funcionários?
2. Pode portaria do BCB disciplinar plano de carreira de seus servidores?
3. Alteração da composição do CMN é matéria reservada à lei complementar?
4. Contraria o interesse público os dispositivos de medida provisória, posteriormente convertida em lei ordinária, que retiraram a participação de representantes da sociedade civil da composição do CMN?
5. Podem ser atribuídos ao presidente do BCB o *status* de ministro de Estado e, consequentemente, a prerrogativa de foro, por meio de medida provisória?
6. Qual é a natureza jurídica do presidente do BCB?

As respostas às questões formuladas estão na Tabela 3.

Tabela 3

Decisão e fundamento do STF para questões relevantes sobre o desenho institucional das autoridades reguladoras.*

CASO	COMO O STF DECIDIU?	QUAIS FORAM OS FUNDAMENTOS E A DECISÃO DO STF?	O STF SUSPENDEU OS EFEITOS DOS ATOS NORMATIVOS CONTESTADOS?
3. SERVIDORES DO BCB I	EM MEDIDA CAUTELAR	NÃO HOUVE JULGAMENTO DE MEDIDA . CAUTELAR PELO TRIBUNAL	—
	EM DECISÃO FINAL	O STF DEFINIU O BCB COMO UMA AUTARQUIA COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO, A PARTIR DA ANÁLISE DE SUA COMPETÊNCIA DETERMINADA PELA LEI 4594/64 [1]. ESSA LEI FOI RECEBIDA COMO LEI COMPLEMENTAR NO QUE SE REFERE À ORGANIZAÇÃO, FUNCIONAMENTO E ATRIBUIÇÕES DA INSTITUIÇÃO, MAS COMO LEI ORDINÁRIA EM RELAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DISCIPLINADORES DO REGIME DE SEU QUADRO PESSOAL. SEUS SERVIDORES DEVEM SER SUBMETIDOS AO REGIME JURÍDICO ÚNICO, ESTATUTÁRIO E NÃO CELETISTA. É A NATUREZA DO BCB QUE DETERMINA O REGIME DE SEU QUADRO PESSOAL. ASSIM, SERIA INCONSTITUCIONAL ARTIGO DE LEI ORDINÁRIA QUE EXCLUI OS FUNCIONÁRIOS DO BCB DO REGIME ESTATUTÁRIO.	SIM, POR UNANIMIDADE
5. SERVIDORES DO BCB II	EM MEDIDA CAUTELAR	SEGUNDO O STF, PORTARIA DO BCB NÃO PODERIA DISCIPLINAR PLANO DE CARREIRA DO QUADRO PESSOAL DA ENTIDADE, PORQUE CONFLITA COM A EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO.	SIM, POR MAIORIA (6 X 2)
	EM DECISÃO FINAL	APÓS 3 ANOS, A ADIN FOI JULGADA PREJUDICADA, PELO PLENÁRIO, DEVIDO AO ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA, QUE INCLUIU OS SERVIDORES DO BCB EM REGIME JURÍDICO ÚNICO. ELA FOI EDITADA QUASE 4 MESES APÓS O JULGAMENTO DO CASO DOS SERVIDORES DO BCB I, EM 1996.	—
7. COMPOSIÇÃO DO CMN	EM MEDIDA CAUTELAR	EM MEDIDA CAUTELAR, O STF ALEGOU QUE NÃO HÁ COMO INFERIR SE SERIA INCONSTITUCIONAL OU NÃO MODIFICAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO CMN POR MEDIDA PROVISÓRIA. SEGUNDO A CORTE, A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA MATÉRIA NÃO TERIA A INTENSIDADE QUE SE FAZ NECESSÁRIA PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA EXCEPCIONAL. ALÉM DISSO, NÃO SERIA INDISCUTÍVEL QUE, SOMENTE POR INTEGRAR O SISTEMA FINANCEIRO, HAVERIA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A DISCIPLINA DA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO E SUAS ATIVIDADES[2]. O TRIBUNAL RECONHECEU QUE, SE HOUVE RESPALDO DO CONGRESSO NACIONAL PARA A ALTERAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO CMN, NA CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI, NÃO HÁ CONTRARIEDADE AO INTERESSE PÚBLICO A RETIRADA DE PARTICIPANTES DA SOCIEDADE CIVIL DO CONSELHO. CABERIA AO PODER LEGISLATIVO ESSA DECISÃO.	NÃO, POR UNANIMIDADE

	EM DECISÃO FINAL	EM DECISÃO MONOCRÁTICA, QUASE 9 ANOS DEPOIS, O STF JULGOU POR PERDA DO OBJETO A AÇÃO, DEVIDO AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 40/2003, QUE ALTEROU O ARTIGO 192 DA CF.	—
14. PRESIDENTE DO BCB	**EM MEDIDA CAUTELAR**	O STF JULGOU DIRETAMENTE A AÇÃO, SEM ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR.	—
	EM DECISÃO FINAL	SEGUNDO O STF, A PRERROGATIVA DE FORO SERIA GARANTIA CONCEDIDA PARA AS PRÓPRIAS INSTITUIÇÕES E NÃO AOS TITULARES DE IMPORTANTES CARGOS. ELA VISA PROTEGER O LIVRE EXERCÍCIO DE UMA FUNÇÃO ESSENCIALMENTE POLÍTICA E A JUSTIFICATIVA PARA SUA CONCESSÃO É O INTERESSE PÚBLICO. ALÉM DISSO, HÁ A NECESSIDADE DE UM SISTEMA LEGAL DE PROTEÇÃO ÀS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS POR FISCALIZAR O SISTEMA BANCÁRIO, PREVISTO POR ATOS NORMATIVOS DO COMITÊ DE SUPERVISÃO BANCÁRIA DA BASILÉIA, DO BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS – A PRERROGATIVA DE FORO SERIA UM *MINUS* EM RELAÇÃO A ESSA EXIGÊNCIA. O INTUITO DO NORMATIVO, SEGUNDO A CORTE, SERIA PRESERVAR GARANTIAS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE. NÃO HOUVE INVASÃO À COMPETÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA PELO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, PORQUE SE TRATA DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO, APLICANDO-SE O PRECEDENTE DA ADIN 449 (O CASO DOS SERVIDORES DO BCB I). NÃO HAVERIA INCONGRUÊNCIA EM DAR *STATUS* DE MINISTRO DE ESTADO AO PRESIDENTE DO BCB, PORQUE ELE NÃO É SUBORDINADO TECNICAMENTE AO MINISTÉRIO DA FAZENDA, MAS APENAS VINCULADO E SUJEITO A CONTROLE DE FINALIDADE. SEGUNDO O STF, A FUNÇÃO DO PRESIDENTE DO BCB TEM NATUREZA POLÍTICA E NÃO MERAMENTE TÉCNICA[3], O QUE JUSTIFICA A PRERROGATIVA DE FORO.	NÃO, POR MAIORIA (6 X 4)

***** Dados da pesquisa.
1 Nas palavras do STF o BCB é uma "autarquia que exerce, substancialmente, atividades públicas, assim prestadora de serviços públicos, pelo que é uma autêntica autarquia de personalidade jurídica de direito público" (ADIn 449, p. 432).
2 ADIn MC 1376, pp. 217 e 221.
3 O argumento do ministro relator Gilmar Mendes, nas ADIns 3289 e 3290, tem o mesmo sentido de Sola e outros (2002).

Pela análise da Tabela 3, observa-se que o STF respondeu às questões 2, 3 e 4 em medida cautelar, para, posteriormente, julgar pela perda do objeto da ação em decisão final. No entanto, a Corte já fornece alguns parâmetros: (1) não é evidente que, por ser o CMN uma instituição do sistema financeiro nacional, sua composição e atividades deveriam ser disciplinadas por lei complementar;[27] (2) em um primeiro momento, o STF afirma que a discussão da matéria (composição

do CMN) não teria a relevância jurídica necessária para ter uma medida cautelar concedida,[28] mas na decisão do caso do presidente do BCB, ele ressalta continuamente a importância da entidade e traz para si o controle de seu principal agente,[29] o que pode revelar uma mudança da atitude da Corte: após 10 anos, ela se reconhece também como um agente responsável pela garantia do funcionamento do sistema financeiro;[30] (3) e o respeito à decisão do Congresso Nacional é revelado por meio da fundamentação de que é ele o ente legitimado para dizer se contraria ou não interesse público a retirada da participação de representantes da sociedade civil da composição do CMN.

Além disso, nos casos dos servidores do BCB, houve uma interação institucional entre o Poder Executivo e a Corte. Após a decisão da ADIn 449, o presidente da República editou medida provisória para incluir os servidores do BCB no regime jurídico único. Isso demonstraria o respeito do Poder Executivo às decisões de constitucionalidade do STF; ou seja, o sistema brasileiro de *checks and balances*[31] funcionou nesse caso.

Em relação à questão 1, o ministro relator Carlos Velloso definiu a natureza da entidade como autarquia prestadora de serviço público, a partir da análise de sua competência legal. Ocorre que o ministro Ilmar Galvão, que acompanhou o voto do relator, afirmou que "se, por efeito dos ventos liberalizantes que ora sopram no País, outro tipo de organização lhe vier a ser conferido pela lei complementar do art. 192, [...] essa lei complementar certamente ditará, se for o caso, o novo regime a que os empregados serão submetidos" (ADIn 449, p. 433). A questão é: poderia se definir regime diverso aos servidores, em futura lei complementar, a partir da fundamentação dada pelo ministro relator? O ministro Carlos Velloso ressaltou que, o que define o regime jurídico de servidores é a natureza jurídica da entidade. O voto do ministro Sepúlveda Pertence acrescentou que:

> [...] o que define o Banco Central como autarquia não é o fato de Lei n. 4595 ter sido recebida pela Constituição; o Banco Central não poderia deixar de ser uma autarquia porque é instrumento de execução pela União de funções tipicamente estatais, de acordo com o art. 21, da Constituição, as quais nenhuma lei ordinária poderia confiar a entidades de direito privado, quais, as empresas públicas e mistas (ADIn 449, p. 436).

Assim, os ministros reforçam o argumento da natureza pública da entidade: ela não depende somente de competência estabelecida por lei, mas principalmente daquela determinada pela interpretação constitucional do STF. Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional 19/1998, foi abolida a obrigatoriedade do regime jurídico único para a Administração Pública, permitindo a existência concomitante de cargos e empregos públicos, portanto, regime estatutário e celetista, respectivamente.

Além disso, por previsão legal (Lei 9986/2000), adotou-se o regime celetista para as agências reguladoras, mesmo exercendo estas funções tipicamente estatais da União. Assim, tendo em vista essas alterações posteriores feitas pelo Congresso Nacional, nada impediria que fosse modificado o regime jurídico do quadro pessoal do BCB, por lei ordinária, após a alteração de sua natureza jurídica por futura lei complementar.

As respostas do STF às indagações 5 e 6, por sua vez, mostram também uma Corte preocupada com o uso do Judiciário como "tática de guerrilha" (ADIn 3289, p. 21). Toda a argumentação do ministro Gilmar Mendes, relator do caso presidente do BCB, buscou demonstrar a necessidade de um foro privilegiado para dar uma perspectiva de estabilidade à instituição, evitar a contestação de medidas de importantes agentes políticos em diferentes instâncias do Poder Judiciário e dar ao STF o privilégio do controle no centro do funcionamento do sistema de justiça.[32] Apesar do CMN não ser mencionado por nenhum dos votos, tampouco o sistema de metas de inflação, o STF procurou nortear a relação entre o Ministério da Fazenda e o BCB. Trata-se de uma relação institucional de vinculação e não de subordinação, o que sujeita o BCB a um controle somente do cumprimento de finalidades.

Ainda, cabe ponderar que, no caso dos servidores do BCB, é afastado o argumento de que a disciplina do quadro de funcionários estaria compreendida no âmbito de lei complementar, prevista pelo artigo 192, por ser matéria de organização administrativa. No entanto, no caso do presidente do BCB, reforça-se constantemente o argumento de que o presidente não é agente meramente técnico, mas essencialmente político. Contudo, o STF aplica o precedente e diz novamente que é matéria de organização administrativa, passível de ser regulada por medida provisória. Entretanto, o ministro Carlos Velloso, que era relator do caso dos Servidores na época, é voto vencido na ADIn 3289. Segundo ele, o presidente do BCB é o "próprio sistema financeiro nacional" (p. 78), dependendo de regulamentação por lei complementar. Ainda, ele insere um debate sobre a independência do BCB no julgamento: "o que é relevante e deve ser discutido é se ao Banco Central deve ser concedida autonomia relativamente ao governo; não é simplesmente fazer do presidente do Banco Central Ministro de Estado, que continuará subordinado ao presidente da República" (ADIn 3289, p. 74). E, mais adiante, o ministro Marco Aurélio, pergunta: "a independência do Banco Central poderá ser tratada mediante medida provisória?", ao que Carlos Velloso responde categoricamente: "tenho certeza que esta Corte não admitiria" (ADIn 3289, p. 79).

Dessa forma, por meio da análise desses casos, é possível deduzir que, ainda que o STF tenha dito, por maioria de votos, que a alteração da natureza jurídica do presidente do BCB é meramente administrativa, um projeto de lei ordinária ou medida provisória, que vise dar autonomia ao presidente e aos diretores do BCB, poderiam encontrar dificuldades ao passar pelo crivo da Corte. Além do placar ter sido "apertado" (6 contra 4 votos)[33] e ainda que os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, vencidos, não estejam mais na Corte, essa estratégia política seria arriscada. Trata-se

de matéria que está no foco do STF, nesse momento.[34] O julgamento direto da ADIn 3289, sem passar pelo pedido de medida cautelar, mostra como a Corte está interessada nesse domínio e, como se verá adiante no caso CDC, com a alteração de seu entendimento sobre a prejudicialidade da ação por alteração do parâmetro constitucional, ela não mais decide "não decidir" em julgamento final.

Dessa forma, uma sugestão é de que a reestruturação da entidade seja feita por lei complementar, com pedido de urgência, se o momento político o exigir.[35] É evidente que aprovar uma lei complementar, desse teor, exige também condições políticas favoráveis no Congresso Nacional. No entanto, há um risco de que, se feita de outra forma, ela seja declarada inconstitucional pelo STF. Em relação ao quadro de servidores do BCB, no entanto, não parece haver problemas em ser feita disciplina ou alteração por lei ordinária, desde que coerente com a natureza jurídica da entidade.

Por fim, uma última observação refere-se ao alto índice de discordância dos ministros no julgamento desse tema. Dentre 4 decisões tomadas pelo Pleno, em 2 houve divergências e, nelas, a decisão final foi deliberada pelo número mínimo de ministros necessários para julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo, ou seja, seis ministros.

2.3.2 Competência normativa do CMN e do BCB

Esse tema foi o mais discutido pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade selecionadas. Dentre os 14 casos, 10 referem-se à competência normativa do CMN e do BCB. São eles: o caso ADIn 4, o caso das Sociedades Corretoras, o caso UDR, o caso da Cooperativa de Crédito, o caso BRB, o caso Proer, o caso FGC, o caso do Depósito Bancário, o Caso dos Auditores Independentes e o caso CDC.

As questões submetidas ao STF relacionavam-se basicamente com a disciplina do sistema financeiro nacional e a exigência de lei complementar, conforme disposição do artigo 192 da Constituição Federal. As indagações, por vezes, não se referiam expressamente a atos normativos emanados pelas autoridades reguladoras, mas sim à constitucionalidade de previsão legal dessa competência, seja por medida provisória ou por lei ordinária. Esses casos foram selecionados porque, por vezes, o STF confirmava a atribuição de poderes às autoridades reguladoras por meio desses instrumentos, o que, na prática, ampliou sua possibilidade de intervenção no domínio econômico para disciplinar a matéria por resolução ou circular, sem previsão expressa pela Lei 4595/64, recebida pelo sistema jurídico como lei complementar disciplinadora do sistema financeiro nacional.

As questões foram as seguintes:

> 1. A limitação da taxa de juros reais em 12% ao ano, prevista pela redação anterior do artigo 192, aplica-se imediatamente às obrigações jurídicas, logo após a promulgação da Constituição Federal, em 1988?[36]

2. O Poder Executivo, por meio de resolução do CMN, pode reeditar texto de medida provisória rejeitada pelo Poder Legislativo, que disciplina a atividade de sociedades corretoras?
3. O BCB tem competência normativa, atribuída por lei ordinária, para disciplinar a remuneração, a atualização monetária e prazos mínimos de operações realizadas no mercado financeiro?
4. Pode lei estadual legislar de forma complementar sobre cooperativas de crédito?
5. Lei do Distrito Federal, que disciplina operações de empréstimo para servidores públicos em banco regional e exige depósito compulsório do governo do DF, invade competência privativa de lei complementar do sistema financeiro nacional?
6. Pode medida provisória disciplinar a constituição e o funcionamento de instituições financeiras, matéria reservada à lei complementar, conforme preceitua o artigo 192 da Constituição?
7. O CMN incidiu sobre domínio reservado à competência legislativa do Congresso Nacional, ao disciplinar o Fundo Garantidor de Crédito (FGC)?
8. Qual é a natureza jurídica do depósito bancário?
9. A disciplina do contrato de depósito bancário por resolução do CMN ofende o princípio da legalidade?
10. Pode resolução do CMN disciplinar atividade de auditorias independentes em instituição financeira?
11. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplica-se à atividade de prestação de serviços por instituições financeiras?
12. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) à fixação da taxa de juros por instituições financeiras?

Tabela 4
Decisão e fundamento do STF para questões relevantes sobre a competência normativa do CMN e do BCB.*

CASO	COMO O STF DECIDIU?	QUAIS FORAM OS FUNDAMENTOS E A DECISÃO DO STF?	O STF SUSPENDEU OS EFEITOS DOS ATOS NORMATIVOS CONTESTADOS?
1. ADIN 4	EM MEDIDA CAUTELAR	PRIMEIRAMENTE, O STF AFIRMOU QUE NÃO HÁ CONSENSO, EM DIREITO E ECONOMIA, NA DEFINIÇÃO DE JUROS REAIS; E, NÃO HÁ NO CASO O REQUISITO PARA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, UMA VEZ QUE SERIA RÁPIDA A TRAMITAÇÃO QUE AS ADINS COSTUMAM TER E, ATÉ A DECISÃO FINAL, NADA OBSTARIA A CONTESTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM QUALQUER INSTÂNCIA JUDICIAL, PELOS INTERESSADOS NESSA QUESTÃO. DECIDIU NÃO SUSPENDER OS EFEITOS DO PARECER DA CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, QUE	NÃO, POR UNANIMIDADE

		PREVIA A INAPLICABILIDADE IMEDIATA DO TABELAMENTO DE JUROS, E A CORRESPONDENTE CIRCULAR DO BCB (CIRCULAR 1365/88), QUE DETERMINOU ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PRÉ-CF/88.	
	EM DECISÃO FINAL	OS MINISTROS DO STF SUSTENTARAM QUE A QUESTÃO CENTRAL NO CASO DA ADIN 4 ERA O ATO NORMATIVO DO BCB, QUE VINCULOU AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DETERMINOU A OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PRÉ-CF/88 SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, DESOBRIGANDO-AS À OBEDIÊNCIA DO LIMITE DE JUROS REAIS EM 12% AO ANO. EM DECISÃO FINAL, O STF SUSTENTOU A AFIRMAÇÃO DE QUE NÃO HÁ UM CONCEITO PACÍFICO, EM DIREITO E ECONOMIA, SOBRE JUROS REAIS, DEIXANDO A REGULAMENTAÇÃO DO TEMA À FUTURA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA PELO ARTIGO 192. ENQUANTO ISSO, CONTINUARIA VIGENTE A CIRCULAR DO BCB.	NÃO, POR MAIORIA (6 X 4)
2. SOCIEDADES CORRETORAS	EM MEDIDA CAUTELAR	NÃO HOUVE DECISÃO EM MEDIDA CAUTELAR.	—
	EM DECISÃO FINAL	O STF NÃO ANALISOU A QUESTÃO SE O CMN, POR MEIO DE RESOLUÇÃO, PODERIA REEDITAR TEXTO REJEITADO PELO LEGISLATIVO DE MEDIDA PROVISÓRIA. O TRIBUNAL CONSIDEROU QUE RESOLUÇÕES NÃO SÃO ATOS NORMATIVOS, COMO MEDIDAS PROVISÓRIAS. A DISCUSSÃO ESTARIA NO PLANO DA LEGALIDADE E NÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO.	NÃO, POR UNANIMIDADE
4. UDR	EM MEDIDA CAUTELAR	O STF NÃO RESPONDEU À QUESTÃO SE O BCB PODERIA TER COMPETÊNCIA NORMATIVA, ATRIBUÍDA POR LEI ORDINÁRIA, PARA DISCIPLINAR OPERAÇÕES DE CRÉDITO. SEGUNDO A CORTE, O AUTOR DA ADIN NÃO ATACOU QUALQUER ATO ESPECÍFICO DO BCB, QUE TIVESSE SIDO PRATICADO NO ÂMBITO DA PREVISÃO LEGAL DA COMPETÊNCIA NORMATIVA PARA DISCIPLINAR OPERAÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO. DESSA FORMA, O TRIBUNAL AFASTOU ATÉ MESMO A ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO LEGAL DESSA COMPETÊNCIA.	NÃO, POR UNANIMIDADE
	EM DECISÃO FINAL	POR DECISÃO MONOCRÁTICA, O STF DECIDIU QUE A UNIÃO DEMOCRÁTICA RURALISTA (UDR) NÃO TERIA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR SER UMA ENTIDADE HÍBRIDA.	—
6. COOPERATIVA DE CRÉDITO	EM MEDIDA CAUTELAR	SEGUNDO O STF, PODERIA LEI ESTADUAL COMPLEMENTAR LEGISLAÇÃO FEDERAL, DESDE QUE A AUTORIZAÇÃO PARA CRIAÇÃO E O FUNCIONAMENTO DE COOPERATIVA DE CRÉDITO CUMPRISSE REQUISITOS DEFINIDOS EM LEGISLAÇÃO FEDERAL E NORMAS EXPEDIDAS PELO CMN E BCB.	NÃO, POR UNANIMIDADE

	EM DECISÃO FINAL	A AÇÃO AINDA NÃO FOI JULGADA. DESDE 20.11.2003, ESTÁ CONCLUSA AO NOVO RELATOR, MINISTRO CEZAR PELUSO.	—
8. BRB	**EM MEDIDA CAUTELAR**	SEGUNDO O STF, HOUVE INVASÃO DE COMPETÊNCIA DE LEGISLAÇÃO FEDERAL PARA DISCIPLINA DE EMPRÉSTIMOS NO MERCADO FINANCEIRO, E, ESPECIALMENTE, LEI COMPLEMENTAR QUE REGULARÁ A ORGANIZAÇÃO, O FUNCIONAMENTO E AS ATRIBUIÇÕES DO BCB. ASSIM, EMBORA SEJAM NORMAS REFERENTES ESPECIFICAMENTE AO BANCO REGIONAL DE BRASÍLIA (BRB), INVADEM COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE POLÍTICA DE CRÉDITO (ARTIGO 22, VII, CF/88) E, DE LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA PELO ARTIGO 192, CF/88.	SIM, POR UNANIMIDADE
	EM DECISÃO FINAL	A AÇÃO AINDA NÃO FOI JULGADA. EM 08.07.2003, HOUVE SUBSTITUIÇÃO DO RELATOR. ATUALMENTE, ELA ESTÁ COM O MINISTRO JOAQUIM BARBOSA.	—
9. PROER	**EM MEDIDA CAUTELAR**	NÃO, SEGUNDO O STF, HÁ IMPOSSIBILIDADE DE NORMATIZAÇÃO DE MATÉRIA AFETA À LEI COMPLEMENTAR POR MEDIDA PROVISÓRIA. CONTUDO, HÁ DUAS CONSIDERAÇÕES A SEREM FEITAS NO CASO DO PROER: (I) ELE NÃO FOI INSTITUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA, MAS SIM PELO CMN, ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO 2208/1995; E, COMO A LEI 4595/64, RECEPCIONADA PELO SISTEMA JURÍDICO COM *STATUS* DE LEI COMPLEMENTAR, DEU COMPETÊNCIA AO CMN PARA REGULAR A CONSTITUIÇÃO E O FUNCIONAMENTO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ZELAR POR SUA LIQUIDEZ (ARTIGO 4º, VI E VIII), ELE TERIA PODERES PARA TANTO.	NÃO, POR MAIORIA (6 X 3)
	EM DECISÃO FINAL	A QUESTÃO FOI PREJUDICADA. HOUVE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO, UMA VEZ QUE O AUTOR DA ADIN NÃO FEZ ADITAMENTO DE POSTERIORES REEDIÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA.	—
10. FGC	**EM MEDIDA CAUTELAR**	O CMN TERIA INVADIDO MATÉRIA RESERVADA AO CONGRESSO NACIONAL. HAVERIA FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE, SEGUNDO O STF, NA CRIAÇÃO DO FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO (FGC) POR RESOLUÇÃO DO CMN, MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. NO ENTANTO, O STF DECIDIU NÃO SUSPENDER SUA EFICÁCIA, DEVIDO À POSSÍVEL REPERCUSSÃO NO AMBIENTE ECONÔMICO-FINANCEIRO E PORQUE ELAS VISAM À PROTEÇÃO DO PEQUENO POUPADOR[1]. O TRIBUNAL APENAS RETIROU DA COMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DO FGC OS RECURSOS DO FUNDO DE GARANTIA DE DEPÓSITOS E LETRAS IMOBILIÁRIAS (FGDLI) E DA RESERVA PARA PROMOÇÃO DA ESTABILIDADE DA MOEDA E DO USO DO CHEQUE (RECHEQUE), QUE SERIAM DE DIFÍCIL RECUPERAÇÃO.	SIM, PARCIALMENTE, POR UNANIMIDADE
	EM DECISÃO FINAL	APÓS 7 ANOS DA DECISÃO EM MEDIDA CAUTELAR, O STF JULGOU PELA PERDA DO OBJETO DEVIDO	—[2]

		AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 40/2003, QUE ALTEROU O ARTIGO 192 DA CF/88.	
11. DEPÓSITO BANCÁRIO	EM MEDIDA CAUTELAR	O STF NÃO DEFINIU UM ENTENDIMENTO DA CORTE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE DEPÓSITO BANCÁRIO, MAS AFIRMOU A COMPETÊNCIA DO CMN PARA EDITAR NORMAS SOBRE O TEMA. HOUVE CONTROVÉRSIA ENTRE OS MINISTROS. (I) SEGUNDO MAURÍCIO CORREA, A NATUREZA JURÍDICA É DE DEPÓSITO IRREGULAR E A RELAÇÃO DO DEPOSITANTE COM A INSTITUIÇÃO DEPOSITÁRIA É DE DIREITO PESSOAL, NO QUE SE REFERE AO CRÉDITO DE QUE É TITULAR, AO CONTRÁRIO DO DETENTOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE, A QUEM A LEI CONFERE O DIREITO DE AÇÃO DE NATUREZA REAL. NELSON JOBIM ACOMPANHOU ESSE ENTENDIMENTO. (II) O MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, POR SUA VEZ, AFIRMA QUE NÃO ESTARIA DISPOSTO A SE COMPROMETER COM A EXCLUSÃO DOS DIREITOS DE CRÉDITO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE. O MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA ACRESCENTOU QUE O DIREITO DE PROPRIEDADE INSCRITO NO ARTIGO 5º., XXII E XXIV, DA CF/88, REFERE-SE À TITULARIDADE DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS, E AFIRMA QUE O DEPOSITANTE DE VALORES EM CONTA CORRENTE É TITULAR DE UM BEM MÓVEL (DIREITO DE CRÉDITO), ABRANGIDO PELO DIREITO CONSTITUCIONAL. CARLOS VELLOSO ACOMPANHOU ESSE ENTENDIMENTO. O STF ENTENDE QUE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE A DISCIPLINA PELO CMN DO DEPÓSITO BANCÁRIO. AS ATIVIDADES BANCÁRIAS SUBMETEM-SE AO CONTROLE E À FISCALIZAÇÃO DA ENTIDADE, QUE TEM O PODER LEGAL PARA FAZER A DISCIPLINA DO CRÉDITO (NOS TERMOS DO ARTIGO 4º, VI, LEI 4595/64).	NÃO, POR MAIORIA (8 X 1)
	EM DECISÃO FINAL	POSTERIORMENTE, A AÇÃO FOI JULGADA PREJUDICADA PORQUE O AUTOR DA ADIN NÃO APRESENTOU UMA PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS.	—
12. AUDITORES INDEPENDENTES	EM MEDIDA CAUTELAR	O STF, DESDE PRONTO, RECONHECEU A COMPETÊNCIA DO CMN E BCB PARA DISCIPLINAR A ATIVIDADE DE AUDITORES INDEPENDENTES EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. O ATO NORMATIVO DISCIPLINA UMA DAS FORMAS DE CONTROLE EXERCIDA PELO BCB, DENTRO DE SUAS COMPETÊNCIAS LEGAIS, SOBRE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. O TRIBUNAL AFASTOU A ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE REGULAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE OU PROFISSÃO E NÃO DECLAROU INCONSTITUCIONAL A RESOLUÇÃO DO CMN.	NÃO, POR UNANIMIDADE
	EM DECISÃO FINAL	EM DECISÃO FINAL, A AÇÃO FOI JULGADA PREJUDICADA POR REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO PELO CMN[3].	—

13. CDC	EM MEDIDA CAUTELAR	NÃO HOUVE DECISÃO EM MEDICA CAUTELAR. —	
	EM DECISÃO FINAL	PRELIMINARMENTE, O STF DECIDIU JULGAR A AÇÃO, AINDA QUE O PARÂMETRO CONSTITUCIONAL (ARTIGO 192) TENHA SIDO ALTERADO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 40/2003, AFASTANDO O ENTENDIMENTO PACIFICADO DO TRIBUNAL ATÉ ENTÃO (OS MINISTROS SEPÚLVEDA PERTENCE, CARLOS BRITTO E EROS GRAU FORAM VOTOS VENCIDOS). SEGUNDO O STF, A LEI 4595/64 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) SÃO DIPLOMAS NORMATIVOS QUE INCIDEM EM DIFERENTES CAMPOS MATERIAIS. NÃO HAVERIA CONFLITO ENTRE AS NORMAS DE DIREITO DO CONSUMIDOR, QUE SE REFEREM À PROTEÇÃO DOS CLIENTES NAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS, E AS NORMAS DE ESTRUTURAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, DE PERSPECTIVA MACROECONÔMICA E DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CMN E DO BCB. O BANCO CENTRAL ESTÁ VINCULADO PELO DEVER-PODER DE CONTROLAR A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS, PRATICADAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, NO DESEMPENHO DA INTERMEDIAÇÃO. O STF DECIDIU NÃO DECLARAR INCONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DO CDC QUE SUBMETE OS SERVIÇOS BANCÁRIOS À SUA DISCIPLINA[4].	NÃO, POR MAIORIA (9 X 2)
	EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	O STF NÃO RESPONDEU DIRETAMENTE À QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO CDC À FIXAÇÃO DA TACA DE JUROS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. NÃO HOUVE CONSENSO ENTRE OS MINISTROS, SE SE TRATAVA DE MATÉRIA RELACIONADA AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, EM QUE TERIAM COMPETÊNCIA PARA REGULAÇÃO O CMN E O BCB, OU SE SERIA APLICÁVEL O CDC. O TRIBUNAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, APENAS REFORMAR A EMENTA DA DECISÃO FINAL DA ADIN, NOS PONTOS EM QUE HOUVESSE CONSENSO, ACATANDO O RECURSO PROPOSTO.	SIM, POR UNANIMIDADE

***** Dados da pesquisa.

1 O ministro Marco Aurélio acrescentou que se "não fosse a repercussão do deferimento de uma liminar em maior extensão, considerados principalmente os pequenos investidores, os pequenos correntistas, não teria a menor dúvida em atuar no campo pedagógico, sinalizando ao autor do ato atacado (CMN) que ele também deve obediência à Lei Maior, à Constituição Federal" (ADIn MC 1398, p.105).

2 Importante acrescentar que, após a decisão final do caso FGC, julgando pela perda do objeto, em termos práticos, ocorreu a ineficácia da medida cautelar que suspendeu da composição do patrimônio do FGC os referidos fundos. Assim, o CMN incorporou-os novamente à entidade (conforme notas explicativas do BCB às demonstrações financeiras, em 30 de junho de 2004).

3 Ressalte-se que, no entanto, não houve alteração substancial de conteúdo. O CMN apenas mudou de 4 para 5 anos o limite máximo para permanência de auditores independentes em instituições financeiras.

4 Um interessante voto, coerente econômica e juridicamente, é o voto do ministro Nelson Jobim. Apesar de ser um voto vencido, a discordância entre os ministros não era na fundamentação (ao menos, não no julgamento da decisão principal- isso somente será visível na análise dos votos dos embargos de declaração), mas sim na decisão – se seria julgada improcedente

a ação direta de inconstitucionalidade ou se daria uma interpretação conforme a Constituição para excluir da incidência do CDC a taxa de juros.

De acordo com a Tabela 4, percebe-se que o STF articulou suas decisões em medida cautelar em sete dos dez casos analisados. Sendo que, em duas delas, ainda não houve julgamento final e, em cinco, a ação foi posteriormente julgada prejudicada; ou seja, a Corte decidiu não decidir, deixando aos poderes políticos a resolução final do conflito. Entretanto, o entendimento pacificado, no que se refere à perda do objeto da ação pela alteração de parâmetro constitucional, foi modificado. O STF decidiu julgar o caso CDC, ainda que tenha havido o advento da Emenda Constitucional 40/2003, que alterou o artigo 192.[37]

Ainda, o STF não respondeu às questões relativas à solução dos casos das Sociedades Corretoras, UDR, do Depósito Bancário e CDC. No entanto, é possível aferir que, sem responder diretamente às indagações, houve um posicionamento da Corte, qual seja, a manutenção da regulamentação pelo CMN e o reconhecimento implícito de sua competência normativa.

No caso das Sociedades Corretoras, o STF considerou que a resolução do CMN não era passível de controle de constitucionalidade por não ser ato normativo, mas meramente regulamentar. Posteriormente, irá prevalecer o posicionamento do caso ADIn 4, em que o STF considerou normativa uma circular do BCB.[38]

A questão central para este trabalho, portanto, é a manutenção da eficácia do ato normativo do CMN ou do BCB. No caso UDR, mesmo sendo a ADIn uma ação que permite uma ampla cognição pelo tribunal,[39] a Corte decidiu não analisar a constitucionalidade da previsão legal (lei ordinária), que atribuía poderes ao BCB. Por sua vez, na análise do conceito jurídico de depósito bancário, apesar de não haver definição de um entendimento, o STF reconheceu a competência do CMN para a regulamentação da matéria.[40]

Por fim, no caso CDC, houve discussão que revelou profundas divergências no julgamento da decisão final da ADIn 2591. O ministro Eros Grau propunha que se aplicassem as normas de direito civil à disciplina da taxa de juros, e caberia ao Poder Judiciário a apreciação, caso a caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções em sua composição contratual (ADIn ED 2591, p. 15).[41] Contudo, há ministros, que acompanharam Carlos Britto, que se manifestaram a favor da aplicação do CDC à taxa de juros, no entanto, sem passar pela discussão do que seria matéria de lei complementar.[42] Ao final, não se encontrando consenso entre os ministros, Sepúlveda Pertence, presidindo a sessão, altera substancialmente a ementa da ADIn 2591.

Assim, a discussão sobre a possibilidade da disciplina da taxa de juros, ou a atribuição de competência para tanto ser feita por lei complementar, é um dos temas subjacentes à discussão dos casos ADIn 4 e CDC. Em debates do Plenário, Sepúlveda Pertence pergunta ao ministro Eros Grau se estaria pronto, em seu voto, a procedência de uma ADIn que viesse a ser proposta contra lei ordinária que fixasse os custos das operações ativas e passivas das instituições financeiras (ADIn 2591, p. 196), ou seja,

que regulamentasse atividades típicas do mercado financeiro. Ao que o ministro Eros Grau respondeu que sim, "se a Corte toda me acompanha" (ADIn 2591, p. 196). Nessa ADIn, a decisão foi tomada por maioria (9 x 2), com o voto do ministro Eros Grau sendo condutor.[43] Na verdade, esse fundamento é compartilhado pelos votos vencidos dos ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, em que houve dissidência somente em relação à decisão: se seria julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ou se daria uma interpretação conforme a Constituição, julgando parcialmente procedente, para excluir a aplicação do CDC à taxa de juros. A real divergência, de fato, apareceu somente na decisão dos embargos de declaração.

Nesse tema, cabe analisar também uma outra decisão do tribunal: a súmula 648, de 2003.[44] Segundo ela, a norma da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais em 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar. O intuito era pacificar o entendimento consolidado na ADIn n. 4, em todas as instâncias do Poder Judiciário,[45] mas também revela que a disciplina das taxas de juros cabe à lei complementar, que vier disciplinar o sistema financeiro. De acordo com o ministro Eros Grau, voto condutor no julgamento do caso CDC, "tudo que exceda a taxa base de juros, os percentuais que a ela são adicionados e findam por compor o *spread* bancário, tudo isso pode e deve ser controlado pelo Banco Central e, se o caso, pelo Poder Judiciário" (ADIn 2591, p. 189).[46]

Ainda em relação ao caso ADIn 4, há uma observação a ser feita sobre a interpretação corrente dada à essa decisão, de que seria necessária uma única lei complementar, que disciplinasse todo o sistema financeiro.[47] Primeiramente, a frase "só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e parágrafos do artigo 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma", é encontrada somente na ementa do acórdão que tem mais de 130 páginas.[48] Apropriado ou não, foi esse o sentido majoritário atribuído à decisão do STF na época. Assim, em 2003, o Congresso Nacional alterou o artigo 192 da Constituição para modificar a redação do dispositivo, alterando "lei complementar" por "leis complementares".[49] Essa alteração mostra que, mais uma vez, funcionou o sistema de *checks and balances* brasileiro. O Legislativo alterou, primeiramente, a redação constitucional para, posteriormente, pensar a regulamentação do sistema financeiro nacional, em respeito ao que se interpretou, na época, sobre a decisão da Corte.

Outra ponderação relevante, a partir da análise desses casos, é a constatação de que o STF está sujeito à argumentação político-econômica. No caso ADIn 4, isso fica especialmente claro.[50] O ministro relator Sydney Sanches trouxe, no corpo de seu voto, um estudo do Banco Central, incorporado pelo contestado parecer da Consultoria Geral da República, que previa a calamidade do sistema financeiro nacional se houvesse o tabelamento de juros e, posteriormente, utilizou-o como o próprio fundamento de sua decisão.[51]

Essa suscetibilidade aos argumentos econômicos também aparece no julgamento do caso FGC. Os ministros declaram a evidente inconstitucionalidade da disciplina por resolução do CMN, contudo, mantêm a regulamentação "sob pena de gerar tumulto, desordem e insegurança na comunidade dos correntistas e dos poupadores" (ADIn MC 1398, p. 99).[52]

Ainda, observa-se que, nos casos da Cooperativa de Crédito, BRB, Proer, Depósito Bancário e Auditores Independentes II, houve expresso reconhecimento pela Corte da competência normativa do CMN e BCB para disciplinar: cooperativas de crédito, contrato de depósito bancário, empréstimos bancários, depósito compulsório, constituição e funcionamento de instituições financeiras e o zelo por sua liquidez e, por fim, atividade de auditores independentes em instituições financeiras. Em relação ao caso Proer, o STF reconheceu até mesmo que uma resolução do CMN poderia o que nem mesmo uma medida provisória pôde.[53] E, no caso CDC, em sua primeira decisão, o tribunal reconhecia a competência dos órgãos do Poder Executivo para a fixação da taxa básica de juros.[54]

Por fim, um último comentário, refere-se à convergência dos ministros em seus votos. Somente em 4, de 12 decisões tomadas pelo Pleno nesse tema, houve dissidências e a decisão final foi tomada por maioria. Dessa forma, pode-se concluir que os ministros do tribunal tendem a deliberar no mesmo sentido no que se refere à competência normativa para regular o Sistema Financeiro Nacional.

Conclusão

Pela análise dos casos, observa-se que um comportamento reiterado do STF era deixar aos poderes políticos a disciplina do sistema financeiro nacional. Afinal, dentre os 14 casos, sete foram julgados prejudicados (sem uma decisão final), e dois ainda não foram julgados. O tribunal posicionava-se, sobretudo, por meio de decisões em medida cautelar, em relação a diversos temas do sistema financeiro. Além disso, somente houve suspensão dos efeitos de ato normativo questionado, no que se refere especificamente aos atos das autoridades reguladoras, somente no caso dos Servidores do BCB II, de portaria que disciplinava o plano de carreira para seu quadro pessoal.

Entretanto, essa atuação "passiva" da Corte modificou-se em 2006, no julgamento do caso CDC. Essa alteração de posicionamento já se entrevia no caso do presidente do BCB e no chamamento pela Corte do controle de um agente político importante para o cenário econômico-institucional brasileiro.

Em relação ao sistema financeiro e a partir dos casos selecionados, têm-se as seguintes conclusões, que servem de parâmetro para a edição das futuras leis que visem regular o Sistema Financeiro Nacional:

1. É de competência normativa do CMN e do BCB, dentro da previsão legal,[55] a regulamentação de cooperativas de crédito, contrato de depósito bancário,

empréstimos bancários, depósito compulsório, constituição e funcionamento de instituições financeiras e o zelo por sua liquidez, atividade de auditores independentes em instituições financeiras e, por fim, a definição da taxa básica de juros.
2. É de competência da lei complementar, prevista pelo artigo 192, definir as regras gerais do Fundo Garantidor de Crédito e a disciplina da taxa de juros.
3. Cabe ao Poder Judiciário apreciar, caso a caso, eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.
4. Pode lei ordinária disciplinar regime jurídico de servidores do BCB.

Retoma-se a sugestão de que a reestruturação do BCB, para eventual concessão de autonomia ao seu presidente e diretores, seja feita por lei complementar com pedido de urgência, se o momento político o exigir. Há risco de que, se feita de outra forma, por lei ordinária ou medida provisória, ela seja declarada inconstitucional pelo STF. Em relação ao quadro de servidores do BCB, no entanto, não parece haver problemas em ser feita sua eventual alteração por lei ordinária. Além disso, há certa liberdade para a composição da lei complementar. Além da alteração da Emenda Constitucional 40/2003, que, em tese, permitiu a regulamentação fatiada do artigo, o ministro Eros Grau deu a orientação de que o artigo 192 é somente norma-objetivo, após essa modificação. Não existiria mais um elenco determinando o conteúdo do que deve ser disciplinado, como previsto anteriormente. Poder-se-ia interpretar essa orientação como liberdade para o Congresso Nacional determinar esse conteúdo.

No entanto, a partir da análise dos casos, ainda há uma indagação: afinal, quem define a pauta do STF, no que se refere ao sistema financeiro nacional? Não há como inferir quais são os temas que entram, e quando, no julgamento do órgão. Para responder a essa pergunta, seria interessante verificar também quais as ADIns, que se referem ao poder normativo das autoridades reguladoras, que ainda aguardam a resposta do STF.

Cite-se, como exemplo, a ADIn 1495, proposta pelo PDT, contra dispositivos da Resolução 2303 do CMN, que proíbe a cobrança de tarifas para certos serviços bancários. Essa ADIn foi distribuída aos ministros em 1996 e ainda não foi julgada. Uma pesquisa como esta vai além dos limites deste artigo, que visa analisar essencialmente a argumentação do STF nos casos julgados, para saber qual é seu posicionamento. Contudo, essa é uma discussão relevante para uma próxima investigação.[56]

Por fim, é evidente que este artigo é apenas parte de um trabalho muito maior para a construção das autoridades reguladoras. No entanto, é ponto essencial, para repensar o papel dessas instituições político-econômicas, a avaliação da atuação da Corte Constitucional brasileira nesse processo no exercício de interpretação da Constituição Federal.

: ARTIGO APROVADO (12/01/2009) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

1 Luiz Sérgio Guimarães, "Analistas temem que PAC possa constranger a autonomia do BC", *Valor Econômico*, 19/01/2007; James Allen, "O debate sobre autonomia é oficial", *O Estado de S.Paulo*, 17/02/2005; Camila Duran Ferreira, "O limite entre autonomia e responsabilidade", *Valor Econômico*, 14/07/2005; Gustavo Loyola, "Banco Central: 40 anos é uma boa idade para a maioridade", *Valor Econômico*, 10/01/2005.

2 Para o conteúdo da discussão sobre a autonomia do Banco Central do Brasil, no âmbito da Câmara dos Deputados, ver documento elaborado por Pereira (2003), como consultor legislativo da Área VII, Sistema Financeiro, Direito Comercial, Direito Econômico e Defesa do Consumidor. Além disso, após a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/2000), o Congresso Nacional tornou-se um dos atores políticos responsáveis pela prestação de contas do BCB (artigo 9º, § 5º), assim como, no decorrer dos anos após a promulgação da Constituição Federal, viu-se a instalação de várias Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), sendo uma delas muito relevante para investigação das atividades exercidas pelas autoridades reguladoras do mercado financeiro, a conhecida CPI dos Bancos. Ainda, no domínio da regulação do mercado de câmbio brasileiro, tem-se assistido nos últimos anos a constantes mudanças no arcabouço normativo. Em especial, é importante fazer referência à Lei 11371, de 2006, que introduziu mudanças significativas em um sistema que perdurava desde o governo Getúlio Vargas – diga-se, de passagem, que se trata de lei ordinária, ainda que regulamente matéria relacionada ao Sistema Financeiro Nacional.

3 Para um estudo sobre o uso das ações diretas de inconstitucionalidade por partidos políticos de oposição ao governo para impedir ou alterar a implementação de políticas públicas, ver Taylor (2005).

4 Os estudos sobre esse tema não são recentes e procuram demonstrar o papel do Judiciário como ator na formulação de políticas públicas e na construção de importantes conceitos jurídicos para o desenvolvimento de políticas econômicas. Já em 1957, em uma interessante pesquisa empírica, Robert Dahl aponta casos em que a Suprema Corte norte-americana atua como "*policy-maker*" nacional (Dahl, 2001; *reprinted*). E, anteriormente, foi publicada a obra de Nussbaum (1950) que, a partir da análise das decisões dessa Corte, procurou definir o papel desse tribunal na construção do conceito de moeda, entre outros, relacionados ao sistema financeiro.

5 *Judicial review* é poder pelo qual os juízes controlam atos do Poder Legislativo ou Executivo, a partir da aferição de sua constitucionalidade. No sistema norte-americano, esse sistema foi inaugurado pela Suprema Corte no julgamento do caso *Marbury*.

6 O sistema brasileiro adota o princípio da proibição do "*non liquet*", segundo o qual o juiz está obrigado a decidir a causa levada à sua apreciação.

7 A Constituição Federal de 1988 introduziu duas novidades: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º) e a ampliação da legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103), antes restrita ao Procurador-Geral da República. Além disso, novos instrumentos foram introduzidos no sistema jurídico durante a década de 1990, como as ações de descumprimento de preceito fundamental, que ampliaram os mecanismos jurídicos para o controle de constitucionalidade e também se permitiu a participação de *amicus curiae* no processo constitucional (Lei 9868/1999).

8 É importante mencionar, no entanto, que não foram encontradas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) que estivessem dentro do âmbito material da pesquisa proposta por este artigo sobre as autoridades reguladoras CMN e BCB.

9 O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem dois critérios: o controle difuso e o controle abstrato ou concentrado. O primeiro é aquele exercido, tanto pelos tribunais como pelos juízes, na análise de um caso concreto, em que pode ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma jurídica. O controle abstrato, por sua vez, somente pode ser exercido por uma corte especial, a partir da análise do próprio diploma normativo. Para interessante estudo sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ver Clève (2000).

10 Para que uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário (controle de constitucionalidade difuso), tenha seus efeitos estendidos a todos, indistintamente da figuração processual, o Senado Federal deve suspender definitivamente a eficácia da norma jurídica, após a deliberação da Corte (artigo 52, X, CF/88).

11 Conforme Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o artigo 102, §3º, à Constituição Federal, e parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/1999.

12 Por esse motivo, decisões do STF sobre aspectos puramente monetários dos planos heterodoxos de estabilização econômica (Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II) e do Plano Real – como, por exemplo, a definição de índices de correção monetária, o congelamento de preços e ativos financeiros, os critérios de conversão para nova moeda, entre outros –, foram excluídos da análise. No entanto, em relação especificamente ao Plano Real, será analisada a decisão do STF sobre a alteração da composição do CMN, por ser um aspecto institucional relevante.

13 Assim, analisaram-se decisões judiciais que se referiam ao desempenho das entidades na regulação de condutas, que têm como fim a proteção dos hipossuficientes em sua relação com as instituições financeiras ou a repressão às condutas anticoncorrenciais, e na regulação prudencial e sistêmica, relativa à supervisão e controle de instituições financeiras, consideradas isoladamente, e do sistema financeiro como um todo, funções exercidas também pelo Banco Central e Conselho Monetário Nacional.

14 Nesse mesmo sentido, uma interessante pesquisa, que também apresenta os resultados de forma qualitativa, é Veiga da Rocha (2004). Há, no entanto, pesquisas sobre o conteúdo de decisões judiciais, que apresentam os resultados a partir de uma perspectiva quantitativa. É o caso dos trabalhos de Castro (1997), Duran Ferreira e outros (2005) e Análise Justiça (2006). Em outro sentido, há também estudos sobre o Poder Judiciário, a partir de entrevistas com juízes e sua visão sobre o julgamento de determinados temas, como Sadek (1995), Vianna e outros (1997), Pinheiro (2003) e Ferrão (2006). Uma entidade que se destaca também pela produção anual dessa modalidade de pesquisa é a Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em São Paulo.

15 O Plenário do STF é composto por 11 ministros, dentre eles um presidente. É da competência desse órgão máximo o julgamento das ADIns. Na sessão para julgar a constitucionalidade de ato normativo, devem estar presentes, no mínimo, 8 ministros (artigo 22, Lei 9868/1999). E, para que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo jurídico, a decisão deve ser partilhada por, no mínimo, 6 ministros (artigo 23, Lei 9868/1999). Além disso, foram encontradas decisões monocráticas, que são tomadas individualmente por um ministro relator do caso, sem passagem pelo Plenário. Normalmente, elas se inserem no chamado "saneamento do processo", em que o relator encontrou alguma razão jurídica processual para julgar a ação prejudicada e por fim ao processo.

16 A esse campo foi acrescentado "Redator para acórdão", no caso de o relator original ter seu voto vencido ou ter saído do tribunal antes do julgamento final da ação.

17 As decisões judiciais foram encontradas a partir do *site* oficial do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.gov.br>, em "Pesquisa de Jurisprudência", "Processos: Consulta", "A Constituição e o STF" e "Índice de ADIns e ADCs". Além disso, foi consultado também o índice da *Revista Trimestral de Jurisprudência*, revista oficial da entidade.

18 As ADIns 3289 e 3290 foram consideradas como uma mesma ação por este artigo, uma vez que contestavam o mesmo ato normativo e foram decididas conjuntamente pelo STF. A única diferença refere-se à parte autora. A primeira foi interposta pelo antigo Partido da Frente Liberal (PFL) e, a segunda, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB).

19 A medica cautelar antecipa os efeitos de uma decisão final, de forma preventiva. Ela pode ser deferida se presente dois requisitos: razoável probabilidade do direito alegado e o perigo da demora do julgamento final da ação (*periculum in mora*).

20 O Partido dos Trabalhadores (PT) foi responsável pela metade deste número (3), seguido pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com 2 ADIns, e pelo Partido da Frente Liberal (PFL) e Partido da Social Democracia Brasileira (PSBD), que iniciaram as ADIns 3289 e 3290, sobre o mesmo objeto.

21 As entidades são a Confederação Nacional de Profissionais Liberais (CNPL), a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), e a União Democrática Ruralista (UDR), que, posteriormente, perdeu sua legitimidade processual por ser considerada entidade híbrida, segundo entendimento do STF.

22 Governadores de São Paulo e Distrito Federal interpuseram ação direta de inconstitucionalidade contra lei estadual que tratava de matéria relativa ao sistema financeiro.

23 Desconsiderou-se na Tabela 2 a ADIn ED 2591 (embargo de declaração), por se tratar de uma demanda dirigida ao STF para corrigir contradição em decisão principal.

24 Artigo 128, § 1º, CF/88.

25 Como se verá adiante, a referida contestação foi a criação do Fundo Garantidor de Crédito (FGC). O STF somente declarou a inconstitucionalidade, em medica cautelar, da incorporação de dois fundos ao patrimônio da entidade, mantendo sua instituição por resolução do CMN. Essa decisão durou somente 7 anos, porque o STF julgou a ação prejudicada posteriormente, e o CMN incorporou-os ao FGC (conforme notas explicativas do BCB às demonstrações financeiras, em 30.06.2004).

26 O parâmetro constitucional no âmbito desta pesquisa é o artigo 192, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional 40/2003.

27 Acredita-se que essa argumentação do STF, apesar de não estar expressamente declarado, seja devido ao CMN fazer parte da Administração Pública direta.

28 Segundo o relator Moreira Alves, ela não teria a intensidade porque não deixaria de ser relevante também o argumento da Presidência da República, de que a objeção se coloca no sentido de que o CMN não estaria compreendido em "instituições financeiras públicas", conforme o inciso IV do artigo 192 (redação anterior à EC 40: a lei complementar irá dispor sobre "IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas").

29 Conforme declaração do ministro relator Gilmar Mendes: "Ora, estamos falando do presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional" (ADIn 3289/3290, p. 15).

30 Segundo o ministro relator das ADIns 3289 e 3290, "de fato, as decisões tecnocráticas ou políticas podem e devem ser contestadas. A sua juridicidade deve ser auferida. É a própria constituição que cria mecanismos para aferição da legitimidade dos atos do Poder Público. Mas é o próprio sistema que exige, em relação a certos agentes, um tratamento diferenciado, no que toca à impugnação judicial de atos praticados no exercício da função, tendo em vista uma perspectiva de estabilidade que interessa às próprias instituições públicas" (p. 39). Interessante notar que o STF julgou diretamente a ação, mesmo tendo sido feito um pedido de julgamento de medida cautelar no caso do Presidente do BCB.

31 Trata-se do sistema de "freios e contrapesos", adotado pela Constituição Federal, a partir da ideia de previsão de separação de poderes e de mecanismos de controle de uma instituição pela outra.

32 "E é justamente por isso que está consagrada, em nosso sistema constitucional, a instituição da prerrogativa de foro. Além de evitar o que poderia ser definido como uma tática de guerrilha – nada republicana, diga-se – perante os vários juízos de primeiro grau, a prerrogativa de foro serve para que os chefes das principais instituições públicas sejam julgados perante um órgão colegiado dotado de maior independência e inequívoca seriedade" (ADIn 3289, Gilmar Mendes, p. 21).

33 Importante ainda considerar que 6 é o número mínimo para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo submetido a controle (artigo 23, Lei 9868/1999).

34 Esse assunto é tão caro ao STF, que o ministro relator do caso do Presidente do BCB afastou as alegações de vício formal na edição da medida provisória, que deu *status* de Ministro de Estado ao Presidente do BCB, porque, segundo ele, "considerando que ainda estamos numa fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3289" (p. 24, 25). Essa Emenda prevê que o exame de medida provisória deve passar pela comissão mista de deputados e senadores, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das casas do Congresso Nacional, o que não ocorreu no caso concreto. Assim, essa argumentação pode demonstrar que o STF está chamando para seu controle o conteúdo da medida provisória.

35 Nesse caso, o projeto de lei, de iniciativa do Presidente da República, segue o rito definido pelo artigo 64, §§ 1º e 2º, da CF/88. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal têm até 45 dias, cada qual sucessivamente, para se manifestarem, ou sobrestar-se-ão todas as deliberações legislativas da respectiva Casa.

36 Redação anterior à Emenda Constitucional 40/2003: "artigo 192, § 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão do crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

37 Segundo o ministro Nelson Jobim, "o regime jurídico aplicado aos bancos e ao SFN é tema demasiadamente sensível do ponto de vista econômico, político e social para ficar restrito a uma previsão constitucional de tom mais analítico. Está a tratar de tema fundamental do ponto de vista institucional" (ADIn 2591, p. 74, 75). Nessa mudança de entendimento, ficaram vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Eros Grau e Carlos Britto.

38 "Lembro-me de que o Banco Central tem poderes regulatórios autônomos e que, portanto, podem vir a ser objeto de perquirição do Supremo Tribunal Federal para efeito de declaração de inconstitucionalidade" (ADIn 4, Célio Borja, p. 809).

39 O julgamento em uma ação direta de inconstitucionalidade é bastante especial. Por exemplo, não se admite desistência de uma proposta de ADIn (artigo 5º, Lei 9868/1999). Além disso, o STF, na análise do caso, tem faculdade do amplo conhecimento e não está limitado aos fundamentos do autor (pedido mediato), mas somente ao pedido imediato.

40 É realmente lastimável que essa ação tenha sido julgada prejudicada, posteriormente à decisão da medida cautelar. Seria muito relevante a definição pelo STF do conceito jurídico de depósito bancário. Ao menos, em medida cautelar, o tribunal deu os parâmetros para o debate.

41 O ministro Marco Aurélio o acompanhou: "Vamos deixar essas questões para processos subjetivos" (ADIn ED 2591, p. 50).

42 O ministro Eros Grau discorda e afirma que, no caso da aplicação do CDC às taxas de juros, estariam excluídos dessa proteção as micro e pequenas empresas, porque não são destinatárias finais ("O que Vossa Excelência está propondo é que se exclua a proteção total em relação à pequena e média empresa, que merecem mais proteção. [...] O resultado do raciocínio de Vossa Excelência restringe, protege os bancos, protege as instituições financeiras. Sei que não é essa a intenção de Vossa Excelência", ADIn ED 2591, p. 42).

43 Em decisão posterior, nos embargos de declaração, na ADIn ED 2591, o ministro Sepúlveda Pertence alerta que: "se amanhã vier uma lei ordinária e regular taxa de juros, será fascinante a discussão sobre se ela violar ou não, o que, apesar da ablação dos seus parágrafos, continua contido no *caput* do art. 192, porque integrante do sistema financeiro. Mas isso não é objeto desta ação direta" (ADIn ED 2591, p. 41).

44 Outra súmula relacionado ao sistema financeiro nacional é a 596, de 1976. Segundo ela, a disciplina legislativa sobre o crime de usura não se aplica às taxas de juros e a outros encargos cobrados em operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro.

45 Isso ocorreu também devido à decisão expressa do ministro Sydney Sanches deixar aos processos subjetivos a discussão da aplicação imediata do tabelamento de juros, entre a decisão da medida cautelar e o julgamento final pelo tribunal.

46 A questão da abusividade dos juros foi tema recentemente submetido a procedimento especial no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530/RS, relator Ari Pargendler. Todos processos que discutiam esse tema em contratos bancários, dentre outros, foram suspensos e diversos órgãos públicos e da sociedade civil foram oficiados para que manifestassem seu interesse no processo.

47 Para uma interessante crítica a essa interpretação, ver Silva e Veiga da Rocha (2002). Há dissidência sobre essa interpretação mesmo entre os ministros do tribunal. No julgamento da ADIn 2591, Nelson Jobim declara "várias vezes tenho ouvido, inclusive está no relatório, que o tribunal teria decidido que essa lei complementar do sistema financeiro teria de ser uma lei única (...) Repete-se isso como se fosse algo assente" (p. 58).

48 O que mostra a validade de uma coerente observação feita pelo ministro Nelson Jobim (ADIn ED 2591, p. 51), ao constatar a dispersão de fundamentos do Plenário no julgamento do caso CDC, declara que "num caso como este, a ementa será mais citada do que o acórdão e os votos que o compuseram".

49 A alteração foi feita pela Emenda Constitucional 40/2003.

50 Mesmo nos votos vencidos há a utilização de argumentos econômicos, mas no sentido do autor da ADIn. O ministro Carlos Velloso fala da "importância do elemento político-sociológico na interpretação" e acrescenta: "Nós sabemos, Senhor Presidente, que as taxas de juros que estão sendo praticadas, hoje, Brasil, são taxas que nenhum empresário é capaz de suportar. Nós sabemos que o fenômeno que se denomina, pitorescamente, de 'ciranda financeira', é que é a tônica, hoje, do mercado financeiro, engordando os lucros dos que emprestam dinheiro e empobrecendo a força de trabalho e do capital produtivo. Tudo isso eu devo considerar e considero, Senhor Presidente, quando sou chamado, como juiz da Corte Constitucional, a dizer o que é a Constituição" (p. 820). Ainda, Paulo Brossard: "O eminente relator em seu voto deu notícia de um documento oficial, não sei se do Banco Central, se do Secretário Especial de Política Econômica, segundo o qual seria uma catástrofe nacional a adoção da taxa de até 12%, como prescreve a Constituição. Dante não teve expressões tão horripilantes para pintar o inferno, em um dos círculos, aliás, o florentino reservou lugar para os usurários... Fica-se a saber que seria uma desgraça se o País, cumprindo a sua Constituição, passasse a conviver com o juro tradicional, com o qual o Brasil cresceu e desenvolveu-se" (p. 834). Em outro sentido, em voto que acompanhou o relator, o ministro Célio Borja, apesar de sua argumentação ter sido contra a apreciação de razões econômicas, ele deixa transparecer que houve apreciação desses argumentos e, que, por esse motivo, é importante que se deixe a disciplina para os poderes políticos. Assim, ao falar sobre a sustentação oral do autor da ADIn, diz que esta "fixou-se na qualidade da norma, na sua utilidade para a vida os brasileiros, para a economia nacional, para atividade produtiva, mas, como magistrados, não podemos entrar nessa apreciação. A questão da determinação da auto-aplicabilidade das normas constitucionais, além de ser um problema técnico e algumas vezes árduo, é uma grave questão política, porque ao dizer se uma norma depende ou não de complementação legislativa o Supremo Tribunal Federal poderá estar na iminência de usurpar competência própria de outro poder. (...) Os argumentos *ad terrorem*, a mim, pessoalmente, não impressionam e acredito nem ao tribunal. Se o País vier, em algum momento, a adotar juros nominais ou reais de doze por cento, a sua economia estará gravemente comprometida. Não entramos nesse tipo de apreciação, simplesmente, estamos distantes dessas considerações que são, certamente, o ofício dos poderes políticos da Nação, não dos juízes, dos magistrados" (p. 846).

51 "Acolho, no substancial, a fundamentação dos pareceres da Consultoria-Geral da República (SR-70/88), aqui impugnado, da Advocacia Geral da União (...) e dos juristas e professores Hely Lopes Meirellles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosah Russomano, Cid Heráclito de Queiroz, Arnold Wald e Geraldo Vidigal" (ADIn 4, p. 805).

52 A inconstitucionalidade do FGC já havia sido pronunciada no voto do ministro Ilmar Galvão, no caso Proer. Segundo ele, sem o exame da resolução do CMN, que criou o Proer, não havia como se "verificar se o interesse dos credores, no caso, restou protegido por meio de fundo ou seguro organizado com o concurso de recursos da União, o que seria vedado pelo inc. VI do referido artigo 192 da CF" (ADIn 1376, p. 480).

53 O posicionamento do tribunal foi o de que o Proer não havia sido instituído pela medida provisória, mas sim pelo CMN como preceitua expressamente o artigo 1º da medida ("O Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, *instituído* pelo Conselho Monetário Nacional..."), por meio da Resolução 2208, de 6.11.1995. No entanto, a Medida Provisória 1179 é de 3.11.1995, anterior à referida resolução.

54 Segundo o ministro Eros Grau, "a fixação dessa taxa não pode ser operada senão desde a perspectiva macroeconômica" (ADIn 2591, p. 183).

55 Lei 4595/64, recebida pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar.

56 Ela envolveria também uma análise do verdadeiro poder legislativo exercido pelo STF na disciplina do processo constitucional, através de seu regimento interno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANÁLISE Justiça: Supremo e Superior Tribunal. *Revista Análise*, 2005. Disponível em:<http://www.analise.com>.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
CLÈVE, Clemerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker (1957), *Emory Law Journal*, Emory University School of Law, 2001 (reprinted).
DURAN FERREIRA, Camila et al. O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso Aids. Prêmio Ipea 40 anos. Brasília: Ipea, 2005.
FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.
FERRÃO, Brisa Lopes; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? Berkeley Program in Law & Economics: ALACDE Annual Papers. Paper 26, May 15, 2006.
NUSSBAUM, Arthur. *Money in the Law National and International*. Brooklyn: The Foundation Press Inc., 1950.
PEREIRA, Eliacir Marques. Autonomia do Banco Central: subsídios para discussão. Documento da Área VII, Câmara dos Deputados, Brasília, 2003.
PINHEIRO, Armando Castellar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados.Texto para Discussão 966. Brasília: Ipea, 2003.
SADEK, Maria Tereza. Org. *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Ed. Sumaré, 1995.
SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxforf Press, 2002.
SILVA, Luís Virgílio Afonso da; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul. A regulamentação do sistema financeiro nacional: o artigo 192 e o mito da lei complementar única. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 127, 2002.
SOLA, Lourdes; KUGELMAS, Eduardo; WHITEHEAD, Laurence. Orgs. *Banco Central, autoridade política e democratização – um equilíbrio delicado*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Orgs. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
_____. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Orgs. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
VEIGA DA ROCHA, Jean Paul. A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira. Tese de doutoramento, FDUSP. São Paulo, jun., 2004.
VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
_____ . *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

Camila Duran-Ferreira

Rua Silvia, 23, cj. 5
Bela Vista – 01331-010
São Paulo – SP – Brasil
camila.ferreira@fgv.br

Mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)
Coordenadora de Prática Jurídica e Atividades Complementadas da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Leonel Cesarino Pessôa [1]

THE ABILITY TO PAY PRINCIPLE IN THE DECISIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

RESUMO

O OBJETIVO DESTE TRABALHO É ANALISAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A PARTIR DE UMA PESQUISA REALIZADA NO *SITE* DO TRIBUNAL, FORAM VERIFICADAS SETENTA OCORRÊNCIAS DAS PALAVRAS-CHAVE "CAPACIDADE CONTRIBUTIVA" NOS ACÓRDÃOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA ATÉ NOVEMBRO DE 2008. PARA ANALISAR AS DECISÕES, PARTIU-SE DOS TRABALHOS DE ALGUNS JURISTAS ITALIANOS, EM ESPECIAL DE PIETRO BORIA, QUE PROCURARAM MOSTRAR COMO, NA ITÁLIA, O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA FOI APLICADO TANTO NA PROTEÇÃO DO INTERESSE DO CONTRIBUINTE, COMO NA PROTEÇÃO DO INTERESSE DO FISCO. OS ACÓRDÃOS FORAM DIVIDIDOS EM CINCO GRUPOS DE ACORDO COM O INTERESSE PROTEGIDO E A MATÉRIA ENVOLVIDA. CONCLUIU-SE QUE, NO BRASIL, AINDA QUE, ÀS VEZES, O PRINCÍPIO TENHA SIDO UTILIZADO NA PROTEÇÃO DO INTERESSE DO CONTRIBUINTE, FOI QUASE SEMPRE APLICADO PARA A PROTEÇÃO DO INTERESSE DO FISCO.

PALAVRAS-CHAVE

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; PROGRESSIVIDADE; IGUALDADE; INTERPRETAÇÃO

ABSTRACT

THE OBJECTIVE OF THIS PAPER IS TO ANALYZE THE APPLICATION OF THE 'ABILITY TO PAY' PRINCIPLE TO DECISIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT. IN RESEARCH CARRIED OUT ON THE COURT WEBSITE, THE TERM 'ABILITY TO PAY' APPEARED 70 TIMES IN COURT DECISIONS, UNTIL NOVEMBER, 2008. IN ORDER TO ANALYZE THE DECISIONS, I BEGAN WITH TEXTS FROM ITALIAN JURISTS, ESPECIALLY PIETRO BORIA, WHO SOUGHT TO DEMONSTRATE THAT THE ABILITY TO PAY PRINCIPLE IN ITALY IS APPLIED BOTH IN THE PROTECTION OF TAXPAYER INTERESTS AS WELL AS THE PROTECTION OF THE STATE. DECISIONS WERE DIVIDED INTO FIVE GROUPS, ACCORDING TO THE INTEREST PROTECTED AND THE SUBJECT INVOLVED. I CONCLUDED THAT, ALTHOUGH SOME TIMES THE PRINCIPLE HAS BEEN APPLIED IN THE PROTECTION OF THE TAXPAYER INTERESTS, IT WAS ALMOST ALWAYS APPLIED IN THE PROTECTION OF THE STATE INTERESTS.

KEYWORDS

ABILITY TO PAY; BRAZILIAN SUPREME COURT; PROGRESSIVITY; EQUITY; INTERPRETATION.

INTRODUÇÃO

O princípio da capacidade contributiva ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a constituição de 1946. Seu artigo 202 dispunha: "Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte".

Esse princípio foi excluído dos textos de 1967/69 e novamente inscrito na constituição de 1988. O parágrafo 1º do seu artigo 145 dispõe: "Sempre que possível, os

impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]".[2]

Depois de publicada a constituição de 1946, a aplicação deste princípio foi objeto de discussão e divergência entre juristas, principalmente com relação a sua eficácia técnica. Na primeira edição de seu livro *Teoria Geral do Direito Tributário*, de 1963, Alfredo Augusto Becker mostra como duas correntes opunham-se com relação a esse ponto.[3]

Mesmo que alguns defendessem que o princípio da capacidade contributiva deveria produzir efeitos imediatamente, prevaleceu o posicionamento segundo o qual se trataria de regra meramente programática. Becker aponta, em seu livro, uma série de autores que seguiriam esse posicionamento.[4]

Reconduzido à condição de princípio constitucional pela constituição de 1988 e, passados vinte anos de sua promulgação, trata-se de saber se essa interpretação inicial se confirmou e de examinar a aplicação da norma em questão. O princípio da capacidade contributiva foi efetivamente interpretado pelo STF como uma norma meramente programática ou como uma norma que produziu efeitos imediatamente? No segundo caso, que direitos e obrigações estariam sendo efetivamente protegidos pelo princípio?

Para responder a essas perguntas, foi realizada uma pesquisa de jurisprudência no *site* do Supremo Tribunal Federal, cujos resultados são apresentados neste trabalho. Procurou-se verificar quantas vezes e em que situações o termo "capacidade contributiva" foi empregado, além de analisá-las e classificá-las de acordo com critérios apresentados mais à frente.

A utilização das palavras-chave "capacidade contributiva" resultou em setenta ocorrências até o mês de novembro de 2008. Em um caso, isto é, no RE 212.209/RS, ocorreu que, ainda que esse acordão não tenha aparecido quando da pesquisa com as palavras-chave referidas, o princípio da capacidade contributiva foi nele utilizado. Isso se deve ao fato de ter sido utilizada no referido acórdão a expressão "capacidade econômica do contribuinte", e não capacidade contributiva. Esse acordão foi incluído na pesquisa que totalizou, portanto, 71 ocorrências.

1 Considerações sobre a classificação

Antes de explicitar o critério utilizado para classificar as decisões, serão feitas algumas observações preliminares com relação às decisões pesquisadas.

Em primeiro lugar, entre os 71 acordãos há oito tipos de medida judicial diferente: Recurso Extraordinário (RE); Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgR); Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário (RE-ED); Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (RE-AgR-AI); Embargos de Declaração em Agravo Regimental de Agravo de Instrumento (AI-AgR-ED); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC); e Medida Cautelar em Ação Cautelar (AC-MC). Ao longo do trabalho,

quando nos referimos a cada uma das medidas judiciais, foi utilizada a sigla que aparece depois de cada medida judicial específica. Esse critério formal, no entanto, não foi utilizado para efeito de classificação.

Além disso, é importante ressaltar que, nas 71 ocorrências da pesquisa jurisprudencial no *site* do STF, os termos "capacidade contributiva" aparecem em situações diferentes: muitas vezes, no voto de algum dos ministros e, outras vezes, ainda, no relatório, mas, em muitas ocasiões, o princípio aparece apenas no indexador do próprio tribunal, que se segue à ementa, ou na bibliografia indicada, não aparecendo no corpo do acórdão.

Por exemplo, na ADI/MC 1075/DF, em que se atribui caráter confiscatório à multa prevista no artigo 3º da Lei 8.864/94 estabelecida em 300% sobre o valor da operação ou do serviço prestado, sustenta-se violação ao princípio do não confisco. Nas referências bibliográficas do acordão, no entanto, aparece o livro de Regina Helena Costa (*Princípio da Capacidade Contributiva*).[5] A mesma referência bibliográfica aparece na ADI-MC-QO 2551/MG sem que o princípio tenha sido utilizado no acórdão e, também, na ADC-MC 8, ao lado do livro de Elizabeth Nazar Carrazza (*IPTU e Progressividade*: igualdade e capacidade contributiva).[6]

Também no AI-AgR 360.461/MG, em que se sustenta que a isenção fiscal de IPI sobre a cana de açúcar concedida apenas às empresas situadas em uma determinada localidade geográfica violaria os princípios da seletividade, uniformidade e isonomia, previstos na constituição, decidiu-se que a isenção pode ter caráter extrafiscal com o objetivo de promover o desenvolvimento e superar as desigualdades sociais e regionais, não havendo, portanto, violação a nenhum dos dispositivos constitucionais referidos. No voto do ministro Celso de Mello, aparece a seguinte referência, depois reproduzida nas referências bibliográficas do acordão: "PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da capacidade contributiva e extra-fiscalidade: uma conciliação possível e necessária. In: Ordem Econômica e Social. P 144-159".

Esses não são casos de aplicação efetiva do princípio da capacidade contributiva. Portanto, ocorrências como esta não foram objeto de classificação, pois se considerou que a utilização do princípio era apenas aparente. Portanto, excluídos os casos em que a aplicação do princípio da capacidade contributiva foi aparente, foram encontrados 67 acordãos.

Em outros casos, ainda que tenha sido arguida, seja pelo contribuinte, seja pelo fisco, suposta violação ao princípio da capacidade contributiva, o STF não se pronunciou sobre o tema. Normalmente, isso ocorreu devido à falta de prequestionamento. Este é, por exemplo, o caso do RE 284.619/PA, interposto contra acórdão que assegurou ao contribuinte o direito de não aplicar, na atualização monetária das demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1990, o BTN fiscal desvinculado do IPC, na forma prevista pela MP nº 189/90, depois convertida na Lei n. 8.088/90. Em casos como esse, procurou-se, sempre que possível,

classificar o acórdão. Com efeito, por um lado, está sendo argumentado que houve violação ao princípio da capacidade contributiva. Portanto, a referência ao princípio efetivamente ocorreu, o que é muito diferente de, na bibliografia referida no acórdão, existir um livro com a expressão "capacidade contributiva".

Por outro lado, a referência é feita por uma das partes, isto é, pelos contribuintes. Os ministros, ao contrário, em sua maioria, rejeitam a aplicação do princípio. Por isso, os acórdãos em que isso ocorre foram classificados em um grupo autônomo, composto de acórdãos em que o princípio da capacidade contributiva foi utilizado não pelos ministros do STF, mas pelos contribuintes.

Tendo em vista essas considerações preliminares, na classificação das decisões, partiu-se dos trabalhos da doutrina italiana e, em especial, de Pietro Boria, segundo quem o princípio da capacidade contributiva desempenha uma função de proteção dos interesses tanto do fisco como do contribuinte.

Dada a semelhança entre o referido princípio nos dois países e a forte influência que o direito tributário brasileiro recebeu do direito tributário italiano, inclusive com relação à fundamentação teórica do princípio da capacidade contributiva, acreditamos que esse critério seja bastante esclarecedor no que diz respeito à doutrina e jurisprudência brasileiras. Ele será explicitado em seguida.

2 Interesse do fisco e interesse do contribuinte

Segundo Pietro Boria, até o advento da modernidade, o direito tributário caracterizava-se por uma situação de "domínio fiscal" por parte do senhor absoluto.[7] A partir do final do século 17, essa situação passa a mudar: começa a se desenhar um "interesse fiscal" na arrecadação de tributos. O Estado precisa de dinheiro para satisfazer as despesas públicas e esse interesse não é algo arbitrário, mas plenamente justificado.

Também nesse período começaram a se reconhecer interesses individuais, concorrentes ou até mesmo contrários ao interesse da coletividade na cobrança de tributos, que também passaram a merecer proteção. Os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, por exemplo, são expressões da proteção desses direitos individuais que começaram a ser reconhecidas.

Assim, ao lado de um interesse do fisco, enquanto representante da comunidade, em arrecadar recursos para satisfazer as despesas públicas, afirma-se também um interesse dos cidadãos em terem sua esfera de propriedade e liberdade preservadas.

A consolidação desses dois interesses opostos, ambos a merecer proteção, dá as linhas gerais dos sistemas tributários contemporâneos e é a partir dessa estrutura que será analisado também o princípio da capacidade contributiva e sua aplicação.

Na Itália, depois de uma fase inicial na qual referido princípio foi concebido como norma meramente programática, ele passou a estar associado à proteção do interesse do contribuinte.[8]

Com efeito, tanto a doutrina como a jurisprudência desse país passaram a lhe atribuir um conteúdo preciso: *força econômica*. Dessa forma, apenas onde pudesse ser encontrada força econômica poderia haver, também, capacidade contributiva e, consequentemente, tributação. A consequência prática disso foi o reconhecimento de algumas situações, como a de uma zona de *mínimo vital,* que não poderiam ser tributadas por não revelarem capacidade contributiva.

A partir da década de 1970, no entanto, uma outra interpretação do princípio da capacidade contributiva começa a ganhar força na Itália. De acordo com essa interpretação, esse princípio estaria virtualmente ligado e deveria ser interpretado à luz do artigo 2º da constituição italiana, que consagra o dever de solidariedade.[9]

Nesse sentido, o princípio da capacidade contributiva teria um papel fundamental na proteção do interesse do fisco: tendo em vista o ideal de solidariedade, o aspecto a ser destacado no princípio passa a ser o de que ninguém deveria se furtar a contribuir para as despesas públicas conforme sua capacidade contributiva. Dessa forma, se analisado detidamente o princípio, dois interesses distintos são tutelados: em primeiro lugar, o interesse do contribuinte, à medida que ninguém deve ser tributado para além de sua capacidade contributiva. Além dele, o interesse do fisco, pois todas as manifestações de capacidade contributiva não podem escapar à tributação.[10]

3 Proteção do interesse do contribuinte

Na análise da jurisprudência realizada, foi nosso objetivo verificar como o princípio da capacidade contributiva estava sendo utilizado no âmbito do STF e, em especial, qual desses dois interesses tratava-se de proteger.

Constatou-se que, nas discussões dos casos que foram objeto dos acórdãos, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado na proteção de ambos os interesses e que esse critério mostrava-se elucidativo para classificá-los.

Depois de terem sido excluídos os acórdãos em que a utilização do princípio da capacidade contributiva era meramente aparente, eles foram divididos em cinco grupos. Nos dois primeiros grupos, tratou-se de proteger o interesse do contribuinte.

O primeiro grupo foi composto por acórdãos nos quais a violação ao princípio da capacidade contributiva é alegada pelo contribuinte, mas o argumento não é aceito ou pela unanimidade dos ministros, ou pela maioria vencedora. Portanto, ainda que não tivesse sido aceito pelos ministros, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado pelos contribuintes na proteção de seu interesse. Esse grupo foi composto por 22 acordãos.

O segundo grupo foi composto por acórdãos em que o princípio da capacidade contributiva foi usado na defesa do interesse do contribuinte de duas formas diferentes. Ele é composto por 21 acórdãos.

Nesse grupo, um primeiro subgrupo trata de situações em que, apesar de o princípio da capacidade contributiva ter sido aplicado pelas instâncias inferiores, o STF

decidiu pela sua não aplicação às situações em questão. Tratou-se, nesses casos, também de proteger o interesse do contribuinte, evitando uma tributação maior justamente por decidir-se que essas situações não deveriam ser tributadas de acordo com a capacidade contributiva. Esses acórdãos dizem respeito à progressividade do IPTU, do ITBI. Há também um acórdão tratando do IPVA.

Um segundo subgrupo é composto por três acórdãos em que o princípio da capacidade contributiva é utilizado, seja no voto vencedor, seja no voto vencido, expressamente na defesa do interesse do contribuinte contra o fisco.

No primeiro caso, decide-se que as movimentações financeiras não poderiam ser escolhidas para fato gerador da CPMF por não exprimirem nenhuma manifestação de capacidade contributiva. Essa argumentação foi utilizada em dois acórdãos.

No segundo caso, trata-se de acórdão em que se decide que violação ao princípio da não cumulatividade significaria igualmente violação ao princípio da capacidade contributiva.

No primeiro subgrupo, 15 acordãos tratam da progressividade do IPTU, instituída pelas leis municipais das cidades de Porto Alegre, Rio de Janeiro e Ipatinga; dois acórdãos tratam da progressividade do ITBI no município de São Paulo; e um último trata da progressividade do IPVA. Nos dois primeiros casos, trata-se de afastar a cobrança progressiva, pois a constituição não autorizaria que a cobrança fosse feita de acordo com a capacidade contributiva. No terceiro caso, trata-se de autorizar a cobrança progressiva quando não utilizada com base na capacidade contributiva.

Com relação à progressividade do IPTU, em todos os casos, a fundamentação é a mesma. A título de exemplo, examine-se o AI-AgR 438.366-6/RJ, em que o ministro Eros Grau foi relator. De acordo com o voto do relator:

> […] esta corte firmou entendimento no sentido de que a Prefeitura do Rio de Janeiro lançava e cobrava IPTU levando em conta a área e a localização dos imóveis, o que revelava a capacidade contributiva, modelo repelido pela CF/88, que só admite a progressividade do IPTU para fins extra-fiscais.[11]

De acordo com os acórdãos, o texto da constituição de 1988, anterior à emenda 29/2000, comportava uma única progressividade: a progressividade extra-fiscal, prevista no artigo 182 da constituição. Por isso, trata-se, em todos os casos, de impedir a cobrança progressiva, feita com base na capacidade contributiva.[12]

Dois casos trataram da impossibilidade de cobrança do ITBI de forma progressiva: RE 227.033/SP e RE 234.105/SP. Ambos são recursos contra decisões de segunda instância que admitiram essa forma de cobrança. De acordo com os acórdãos, a lei do município, ao instituir a cobrança progressiva do ITBI, presumiu maior capacidade contributiva dos sujeitos passivos compradores de imóveis maiores, de modo a "conferir a um tributo real uma personalização ilegítima".

Nos termos de um dos acórdãos, na constituição, não há autorização expressa para cobrança do ITBI progressivo, pois, se o constituinte quisesse que a cobrança fosse progressiva, teria estabelecido expressamente.

Portanto, seja porque a constituição não autoriza expressamente cobrança progressiva do ITBI, seja porque não é possível presumir-se maior capacidade contributiva dos compradores de imóveis maiores, o STF afastou a cobrança progressiva. O princípio da capacidade contributiva foi aplicado, assim, na defesa do interesse do contribuinte contra o fisco.

4 Proteção do interesse do fisco

Os três grupos seguintes tratam de situações em que o princípio da capacidade contributiva não foi apenas arguido por uma das partes, mas efetivamente aplicado por um ou mais ministros. Em todas elas, a aplicação foi feita na defesa do interesse do fisco.

No terceiro grupo, foram incluídos sete acordãos em que o princípio da capacidade contributiva é utilizado, de forma geral, para proteger o interesse do fisco. Em todos esses casos, tratou-se de afastar o argumento do contribuinte, mostrando-se como, nas situações em questão, havia capacidade contributiva, devendo, portanto, haver tributação.

Exemplo desse uso do princípio é o RE 116.121/SP, em que se alega a inconstitucionalidade do item 79 da lista de serviços anexa ao Decreto 406/68, na redação dada pela lei complementar n. 56/87 e do item 78, § 3º do artigo 50 da lista de serviços da Lei 3.750/71 do município de Santos.

O contribuinte sustenta que a locação de guindastes consiste em obrigação de dar, o que implicaria em violação ao artigo 110 do CTN, posto que, no direito privado, o conceito de serviço é o de obrigação de fazer.

Deu-se provimento ao recurso para declarar-se a inconstitucionalidade dos dispositivos apontados. Em seu voto vencido, porém, o ministro Nelson Jobim reportou-se ao RE 112.947/SP, de 07.08.1987, em que foi relator o ministro Carlos Madeira, assim redigido: "na locação de guindastes, o que tem relevo é a atividade com eles desenvolvida, que adquire consistência econômica, de modo a tornar-se um índice de capacidade contributiva do Imposto sobre serviços". Portanto, o argumento utilizado no voto vencido é o de que, na atividade de locação de guindastes, há manifestação de capacidade contributiva e, assim, deveria haver tributação.

No quarto grupo, foram incluídos outros sete acórdãos que tratam da aplicação do princípio da capacidade contributiva no interesse do fisco, mas em uma situação bastante específica, qual seja, às taxas.

Com efeito, nos termos do artigo 145, § 1º, da Constituição de 1988, literalmente, o princípio da capacidade contributiva se aplicaria apenas a uma das cinco

espécies de tributo, qual seja, aos impostos: "Sempre que possível, os impostos [...]" (art. 145, § 1º).

No quarto grupo, foram incluídos os acórdãos que procuram aplicar o princípio da capacidade contributiva a uma outra espécie tributária: as taxas. Mesmo que literalmente a constituição disponha que o princípio aplica-se aos impostos, o STF entendeu que nada impede que seja aplicado também às taxas. Nesse sentido, por exemplo, a ADI 453/DF, em que foi relator o ministro Gilmar Mendes. A Lei 7.940, que considerou os auditores independentes como contribuintes da taxa de fiscalização do mercado de títulos e valores mobiliários, estabeleceu valores diferentes e específicos para cada faixa de contribuintes.

Alegou-se que isso violaria o princípio da isonomia. Em seu voto, justificando a cobrança diferenciada, o Min. Carlos Velloso escreveu que a cobrança diferenciada procurava justamente atender ao princípio da capacidade contributiva.

Também sobre a possibilidade de outras taxas serem estabelecidas com base em valores diferentes, a ADI-MC 1948/RS, que julgou a alegação de inconstitucionalidade da cobrança da taxa de serviços diversos em favor da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, e a ADI 3151/MT, que julgou a suposta inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei 8.033/2003, que, para disciplinar a cobrança dos recursos do fundo de apoio ao judiciário – Funajuris –, dispôs que seriam criadas três categorias de serviços notariais: serventias pequenas e deficitárias, serventias médias e serventias grandes. Seu parágrafo único dispôs que a cobrança seria progressiva.

No quinto grupo, por sua vez, foram incluídos dez acórdãos ou grupos de acórdãos semelhantes. Trata-se também da aplicação do princípio da capacidade contributiva na defesa do interesse do fisco. Em todos os casos, no entanto, as situações se assemelham.

Trata-se sempre, nesses acordãos, de casos em que se dispensava um tratamento diferenciado a algumas situações que se apresentavam distintas. O contribuinte sempre se insurgia contra a diferenciação, alegando principalmente violação ao princípio da isonomia. O princípio da capacidade contributiva foi utilizado, em todos os acórdãos, como forma de assegurar tratamento diferenciado às situações distintas.

Exemplo desse tipo de aplicação encontra-se no AI – Ag Rg 452.642/MG, em que foi relator o ministro Carlos Velloso. Alegou-se que o artigo 9º da Lei 9.317/96, ao impossibilitar as pessoas jurídicas prestadoras de serviço optarem pelo Simples, estaria instituindo tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente, violando, supostamente, o artigo 150, II, da Constituição Federal.

Decidiu-se que não há ofensa ao princípio da isonomia se a lei, por motivos extra-fiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta. Portanto, o princípio da capacidade contributiva estaria sendo utilizado na proteção do interesse do fisco, justamente para justificar o tratamento diferenciado.

No mesmo sentido, o RE-ED 209.014/SP, em que uma empresa de seguros sustenta a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 3º da Lei 7.787/89, por ter instituído o adicional de 2,5% sobre a contribuição para a previdência social indistintamente para bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito e também para empresas de seguro privadas.

Argumenta-se que a capacidade contributiva da recorrente, a empresa de seguro independente, de pequeno porte, não pode se equiparar às empresas que se destacam no cenário financeiro nacional e que haveria, em outros setores, centenas de empresas com capacidade contributiva maior que a da recorrente não obrigadas ao pagamento do adicional.

Dois pontos merecem destaque no acórdão do STF. Em primeiro lugar, o STF decidiu que não se aplica o princípio da isonomia, pois há uma grande diferença entre os bancos comerciais e as empresas prestadoras de serviço, etc.

Em segundo lugar, no entanto, a 1ª turma decidiu, nos termos do voto do relator, ministro Sepúlveda Pertence, que o princípio da capacidade contributiva não se aplica às contribuições sociais que "não são sub-espécies do tributo a que alude o dispositivo" (o artigo 145, § 1º, dispõe sobre impostos).

Nesse sentido, aponta-se uma divergência no posicionamento dos ministros. Enquanto nos acordãos relativos às taxas, classificados no quarto grupo, decidiu-se que não se aplicaria literalmente o § 1º do artigo 145, no acórdão supra referido decidiu-se justamente o contrário, isto é, foi exatamente sua interpretação literal que impediu, para o ministro Pertence, a aplicação do princípio às contribuições sociais.

Conclusão

O objetivo deste trabalho foi analisar a aplicação do princípio da capacidade contributiva pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir dos trabalhos da doutrina italiana e, em especial, de Pietro Boria, foi visto como o princípio da capacidade contributiva protege dois interesses distintos: o interesse do contribuinte em não pagar tributos além de sua capacidade contributiva e o interesse do fisco em que todas as manifestações de capacidade contributiva sejam efetivamente alcançadas.

No trabalho realizado, os setenta acórdãos do STF em que os termos "capacidade contributiva" aparecem foram classificados de acordo com o interesse protegido.

Estas análise e classificação conduzem a uma conclusão principal: no Brasil, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado pelos ministros do STF, em alguns poucos acórdãos, para proteger o interesse do contribuinte e quase sempre para proteger o interesse do fisco.

Com efeito, no primeiro grupo, em que se tratou de proteger o interesse do contribuinte, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado pelas partes, mas

sua utilização não foi aceita pelos ministros do STF. Em alguns poucos casos, ele é aceito por um ministro que teria sido voto vencido.

Por outro lado, no segundo grupo, em que se tratou também de proteger o interesse do contribuinte, isso foi feito justamente com a decisão de não aplicar, aos casos em questão, o princípio da capacidade contributiva.

Algumas poucas exceções em que o princípio foi efetivamente aplicado na defesa do interesse do contribuinte podem ser encontradas nos votos vencidos do ministro Ilmar Galvão, segundo o qual não se justifica um tributo sobre movimentações financeiras, por elas não exprimirem nenhuma manifestação de capacidade contributiva, e no voto vencido do ministro Marco Aurelio, de acordo com o qual a inclusão do tributo, somado ao preço para determinação da base de cálculo do ICMS, violaria o princípio da capacidade contributiva.

Na grande maioria das vezes em que foi utilizado pelos ministros do STF, no entanto, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado na defesa do interesse do fisco e os três últimos grupos mostram as aplicações que vêm sendo feitas do referido princípio pelo Supremo Tribunal Federal.

Seja para assegurar a tributação diferenciada em algumas situações, como no caso de empresas optantes pelo Simples, seja para garantir que as taxas possam ser cobradas com alíquotas diferenciadas, seja, de maneira geral, para assegurar a tributação nas situações em que exista manifestação de capacidade contributiva, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado sempre de modo a que, nas situações em que se revele capacidade contributiva, a tributação não deixe de alcançá-la.

: ARTIGO APROVADO (23/06/2009) : *RECEBIDO EM 08/12/2008*

NOTAS

1 Doutor em Direito pela USP. Foi pesquisador visitante na *New School for Social Research* (Nova York, EUA) e na *Università Commerciale Luigi Bocconi* (Milão, Itália). Professor do programa de pós-gradução em administração de empresas (PPGA) da Universidade Nove de Julho (Uninove).

2 Victor Uckmar aponta uma série de constituições recentes que prevêem a distribuição dos impostos com base "nas possibilidades econômicas" dos contribuintes. Argentina (1946) "art. 28 - A eqüidade e a proporcionalidade estão na base dos impostos e dos gastos públicos"; Bolívia (1967) "art. 8, 'd' – contribuir em proporção a sua capacidade econômica para a sustentação dos serviços públicos"; Bulgária (1947) "art. 94 – Os encargos fiscais são subdivididos entre todos os cidadãos proporcionalmente às suas capacidades econômicas"; Equador (1966/1967) –

"art. 182 – Os impostos devem ser estabelecidos em proporção à capacidade econômica do contribuinte"; Grécia (1951) – "art. 3 – Os cidadãos gregos contribuem sem distinção aos encargos públicos, em proporção às suas possibilidades"; México (1917) – "art. 31 – Os mexicanos são obrigados: [...] IV – a contribuir para as despesas públicas seja da Federação, seja do Estado e do Município onde residam em medida proporcional e equânime que será fixada pela lei"; Suíça (1981) – "Art. 41 - As pessoas jurídicas, qualquer que seja a sua forma, devem ser tributadas de acordo com a sua capacidade econômica e de modo tanto quanto for possível igual". Outras constituições além da referência às possibilidades econômicas fazem referência à progressividade: Chile (1925) "art. 10 – A constituição garante a todos os habitantes da República: (...) 9) a igual repartição dos impostos e taxas, em proporção à riqueza, ou segundo a progressividade fixada pela lei, e a igual repartição dos outros encargos públicos"; Jordânia (1952) "art. 111 – o Governo, ao impor taxas, deve ater-se ao princípio de uma taxação progressiva respeitando a igualdade e a justiça social e não deve ultrapassar a capacidade de os sujeitos passivos pagarem e a necessidade de dinheiro do Estado"; Itália (1947) "art. 53 – Todos devem concorrer para as despesas públicas em função da sua capacidade contributiva. O sistema tributário é informado por critérios da progressividade"; Síria (1950) "art. 25 – as taxas são impostas mediante bases justas e progressivas que assegurem os princípios de igualdade e justiça social"; Espanha (1977) "art. 31.1 – Todos contribuirão à cobertura das despesas públicas em função da sua capacidade econômica mediante um sistema inspirado os princípios da igualdade e progressividade que, em nenhum caso, terá efeitos confiscatórios"; Venezuela (1947) "art. 282 – O regime nacional das entradas será organizado e funcionará sobre bases de justiça e igualdade tributária com o fito de atuar uma repartição de impostos e contribuições progressiva e proporcional à capacidade econômica do contribuinte, a elevação do nível de vida e o poder aquisitivo dos consumidores e a proteção bem como o incremento da produção nacional". (UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 80-81).

3 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963, p. 441. Becker refere-se à constitucionalização do princípio da capacidade contributiva de "constitucionalização do equívoco".

4 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963, p. 444.

5 *Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

6 *IPTU e Progressividade*: igualdade e capacidade contributiva. Curitiba: Juruá, 1992.

7 BORIA, Pietro. *L'Interesse Fiscale.* Torino: Giappichelli, 2002, p. 12 e seguintes. Desenvolvi de maneira mais detida esse tema em Pessôa, Leonel Cesarino. "Interesse fiscal, interesse dos contribuintes e o princípio da capacidade contributiva". In: *Direito Tributário Atual*, vol 18, IBDT/Dialética, 2004.

8 Cf. a esse respeito, os seguintes livros: GAFFURI, Franco. *L'atitudine alla Contribuzione*. Milano, Giuffrè, 1965. GIARDINA, Emilio. *Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva.* Milano, Giuffrè, 1961.

9 Cf., a esse respeito: MOCHETTI, Francesco. *Il Principio della Capacità Contributiva*. Padova, Cedam, 1973 e MARONGIU, Gianni. "Il Principio di Capacità Contributiva nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale" In: *Diritto e Pratica Tributaria* 1985, I.

10 Desenvolvi detidamente esse tema em: PESSÔA, Leonel Cesarino. "Interesse fiscal, interesse do contribuinte e o princípio da capacidade contributiva". In: *Direito Tributário Atual*, nº 18, IBDT/Dialética, 2004.

11 AI-AgR 438.366-6/RJ.

12 Analisei o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, criticando sua decisão no artigo: PESSÔA, Leonel Cesarino. "IPTU, Impostos Reais e Progressividade". In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 60, jan/fev 2005. Sobre esse tema, ver também: CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade.* São Paulo, Dialética, 1997; ZILVETI, Fernando. *Princípio de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva.* São Paulo, Quartier Latin, 2004; ATALIBA, Geraldo. "IPTU – Progressividade" in: Revista de Direito Público n. 93, pgs. 233-238; COSTA, Alcides Jorge. "IPTU – Progressividade" in: *Revista de Direito Público* n. 93.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. "IPTU – Progressividade" in: Revista de Direito Público n. 93, pgs. 233-238.
BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963.
BORIA, Pietro. *L'interesse Fiscale.* Torino, Giappichelli, 2002.
_____. "Commento all'art. 53 Cost". A ser publicado In: *Diritto e Pratica Tributaria* 4, 2004.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000.
CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *Progressividade e IPTU.* Curitiba, Jaruá, 1992.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000.
CONTI, José Maurício. *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade.* São Paulo, Dialética, 1997.
COSTA, Alcides Jorge. "IPTU – Progressividade" in: *Revista de Direito Público* n. 93, pgs. 239-242.
DE MITA, Enrico. *Fisco e Costituzione II.* Milano, Giuffré, 1993.
DE VITI DE MARCO, Antonio. *Principii di Economia Finanziaria.* Torino, Einaudi, 1934.
EINAUDI, Luigi. *Principii di Scienza della Finanza.* Torino, La Riforma Sociale, 1932.
GAFFURI, Franco. *L'atitudine alla Contribuzione.* Milano, Giuffrè, 1965.
GIARDINA, Emilio. *Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva.* Milano, Giuffrè, 1961.
MARONGIU, Gianni. "Il Principio di Capacità Contributiva nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale" In: *Diritto e Pratica Tributaria* 1985, I, pgs. 6-28.
_____. "La Crisi Del Principio di Capacità Contributiva nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale dell'Ultimo Decenio". In: *Diritto e Pratica Tributaria, vol LXX, 1999.*
MOCHETTI, Francesco. *Il Principio della Capacità Contributiva.* Padova, Cedam, 1973.
_____. (a cura di). *La Capacità Contributiva.* Padova, Cedam, 1993.
PESSÔA, Leonel Cesarino. "Interesse fiscal, interesse do contribuinte e o princípio da capacidade contributiva". In: Direito Tributário Atual, nº 18, IBDT/Dialética, 2004.
_____. "IPTU, Impostos Reais e Progressividade". In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 60, jan/fev 2005.
UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário.* 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
ZILVETI, Fernando. *Princípio de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva.* São Paulo, Quartier Latin, 2004.

Leonel Cesarino Pessôa

Rua Minas Gerais, 186
Higienópolis – 01244-010
São Paulo – SP – Brasil
ces.pessoa@uol.com.br

Doutor em direito pela USP.
Professor do programa de pós-graduação em administração de empresas (PPGA) da Universidade Nove de Julho (Uninove)

O PROBLEMA DA IGUALDADE REAL: COMENTÁRIO DE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Walter Claudius Rothenburg

REAL EQUALITY IN BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS

RESUMO

O princípio da igualdade é formulado com imprecisão; somente sua aplicação prática revela seu conteúdo específico e utilidade. Assim, é preciso considerar as consequências sociais. Pretende-se examinar criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas à igualdade e destacar a análise consequencialista empreendida. Ao invés de uma abordagem conceitual, optou-se por uma mais casuísta, a partir de duas decisões selecionadas em razão do conteúdo (benefícios e sua repercussão em relação às pessoas pobres) e do enfoque (avaliação das consequências econômicas). Os julgamentos foram submetidos a uma avaliação crítica. verificou-se como o princípio da igualdade é efetivamente aplicado pela jurisprudência e como as consequências socioeconômicas das possíveis respostas foram consideradas. O STF, ao interpretar a igualdade e preocupar-se com as consequências das decisões, realiza a justiça social apenas quando contempla uma distribuição de direitos mais ampla e voltada aos mais carentes.

PALAVRAS-CHAVE

igualdade; jurisprudência; consequências sociais; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The equality principle is not precise enough; only practical application shows its specific content and utility. Thus, the social consequences must be considered. We intend to examine critically certain decisions of the brazilian supreme court relating to equality and to highlight the consequential analysis undertaken. A more particular approach was chosen instead of a conceptual one, and two decisions were selected on the basis of content (benefits and its impact on poor people) and focus (evaluation of economic consequences). Both decisions were submitted to a critical evaluation. We verified how the principle of equality is effectively applied by the court and how the socioeconomic consequences of the possible answers were considered. While interpreting equality and worrying about the consequences of decisions, the Brazilian Supreme Court makes social justice only when it holds a wider distribution of rights and turns to the most needy.

KEYWORDS

equality; case law; social consequences; Brazilian Supreme Court.

Introdução

Por mais que se desenvolva a especulação teórica a respeito da igualdade, provavelmente, não se conseguirá prever de antemão o resultado de sua aplicação na prática. Uma dimensão importante da igualdade somente saberá ser revelada em concreto em sintonia com as particularidades de cada situação. Ademais, a concretização de

um conceito altamente valorativo como o de igualdade implica necessariamente uma tomada de posição política, ideológica (ALEXY, 1993, p. 395). Daí o interesse em se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre igualdade.

Em Direito, quanto mais especulativo o tema, mais importante deve ser a preocupação com sua aplicação. O Direito não perde, assim, sua vocação prática, como técnica de enfrentamento e solução de problemas; o Direito não se perde, assim, em completa e abstrata filosofia.

Essa proposta de abordagem oferece ocasião para empreender-se uma análise (crítica) de decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme a proposta lançada pela *Revista DIREITO GV*. Apesar de ser bastante comum nos círculos acadêmicos brasileiros a opinião de que não se comentam as decisões judiciais nem com a frequência desejável, nem com a profundidade recomendável, ao contrário do que se faz com proveito em outras regiões (onde a análise da jurisprudência ocupa um espaço destacado), continuamos, ainda, avessos aos comentários jurisprudenciais e é mais do que hora de realizar esse exercício. Constituem honrosas exceções, por exemplo: Vieira (2002) e Costa (2001) – obras de caráter mais histórico; Mendes (1996) e Tavares (2005) – obras de cunho mais teórico, sem enfoque específico na jurisprudência; Buck (2006, p. 213-244) – com comentários aos votos do ministro Marco Aurélio em acórdãos do STF.

A escolha das decisões não obedeceu o devido rigor. Foram decisões eleitas mais ou menos arbitrariamente, para ilustrar exposições e debates anteriores acerca da igualdade e da discriminação. Não há, portanto, um recorte em relação a um conteúdo mais específico, ao período de tempo ou linha de opinião no Supremo Tribunal Federal. Contudo, essas decisões prestam-se bem à perspectiva da análise: avaliar as consequências dos julgamentos no contexto da realidade brasileira, embora muito desse contexto seja pressuposto e não venha acompanhado, por exemplo, de levantamentos estatísticos. Perspectivas consequencialistas são contempladas pela doutrina (BINENBOJM; CYRINO, 2009, p. 739-760; SUNSTEIN, 2009, p. 199-200; DWORKIN, 1999) e adotadas na prática das decisões judiciais e na aplicação do Direito em geral.

São comentadas as seguintes decisões: declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que oferecia uma pensão mensal às mães que optassem por dar à luz crianças originadas de estupro (agosto de 2001) e afirmação da constitucionalidade da lei federal que estabelece a gratuidade do registro e da certidão de nascimento e de óbito (junho de 2007).

1 Inconstitucionalidade da pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro

1.1 A legislação

A Lei estadual 1.949, de 22.01.1999, de Mato Grosso do Sul, instituía um progra-

ma estadual de concessão de um salário mínimo mensal como pensão para crianças geradas "a partir" de estupro. Para a percepção do benefício, a mãe deveria "assumir a criança e registrá-la como sua" (art. 2º). A pensão seria devida até que o beneficiário completasse vinte e um anos (art. 1º).

1.2 A polêmica

O governador do Mato Grosso do Sul propôs a Ação Dieta de Inconstitucionalidade 2.019-6/MS, por entender que referida lei violava o princípio da igualdade, medido pelo "princípio da razoabilidade", pois o benefício estabelecido (um valor mensal em dinheiro) não mantinha relação lógica necessária com o motivo da percepção (gravidez oriunda de estupro), já que aquele poderia contemplar pessoas abonadas.

1.3 A decisão

Em 01.07.1999, o Supremo Tribunal Federal apreciou a liminar requerida na ADI 2.019-6/MS e, por votação unânime, deferiu-a, nestes termos:

> ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LEI N. 1.949, DE 22.01.1999. PROGRAMA DE PENSÃO MENSAL A CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 167, I; 165, I; 203 E 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.
>
> Ausência de plausibilidade dos fundamentos expostos. Relevância, todavia, da tese da inconstitucionalidade da lei, em face da norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto patente a ausência de razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei em tela, ao erigir para pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas as circunstâncias em que foram eles gerados.

1.3.1 Cautelar deferida

O relator, ministro Ilmar Galvão, rejeitou de plano as alegadas violações de natureza orçamentária (Constituição da República, art. 167, I, e art. 165, I) e relativas à assistência social (art. 203). Surpreendentemente, ele rejeitou também a alegada "afronta ao princípio da isonomia, sob pena de ter o STF de agir como legislador positivo, estendendo o benefício assistencial em foco às demais espécies de necessitados". A inconstitucionalidade Sua Excelência encontrou na violação ao princípio do devido processo legal em sentido material, que – para uma corrente doutrinária – seria a matriz do "princípio da razoabilidade" (ROTHENBURG, 2008, p. 283-319):

> [...] por ofensa à norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto patente a ausência de qualquer razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei impugnada, ao tomar para pressuposto da concessão de benefício assistencial

> pelo Poder Público as circunstâncias em que foram eles gerados e não o estado de necessidade dos beneficiários, o que, induvidosamente, não faz sentido.

Em 02.08.2001, deu-se o julgamento final, em que o STF considerou procedente o pleito e declarou a inconstitucionalidade da Lei 1.949/1999, agora por maioria de votos (a manifestação contrária foi do ministro Marco Aurélio, que não esteve presente no julgamento da liminar). Eis a ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.949, DE 22.01.1999, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. PENSÃO MENSAL PARA CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas, sim, as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional.

Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei sob enfoque.

O relator reproduziu seu voto quando do julgamento da liminar e trouxe à colação a manifestação do procurador geral da República, também pela inconstitucionalidade, de onde se extrai:

> De fato, a norma questionada elege como fator de diferenciação para o deferimento do benefício a maneira como se dá a concepção da criança e não o estado de real necessidade em que se encontra o beneficiário. Tal situação levaria à incongruência de uma mãe com posses vir a receber um salário mínimo sem dele necessitar. Poder-se-ia inferir que a norma visa a incentivar as mães vítimas de estupro a assumirem os seus filhos, entretanto, a norma não geraria o efeito desejado quando a mãe não precisasse do benefício.

Justificaram seus votos apenas o ministro Moreira Alves (que aduziu uma razão formal: a falta de competência do Estado para legislar sobre o assunto) e, em sentido contrário, o ministro Marco Aurélio.

Este divergiu da maioria sob um fundamento interessante: invocou o art. 24, XV, da Constituição, que, na distribuição de competências legislativas na federação, estabelece competir concorrentemente à União e aos Estados editar leis sobre "proteção à infância e à juventude". Esse dispositivo não apenas justificaria a competência do Estado-membro (o que não foi explicitado pelo ministro Marco Aurélio), como determinaria um dever de atuação estatal, segundo o ministro: "Dou a essa cláusula

alcance integrativo, a ponto, portanto, de gerar a obrigatoriedade de proporcionar-se ao menor [...] a própria subsistência, até completar vinte e um anos de idade". Concluiu que a lei revelaria "avanço no campo da responsabilidade do Estado, relativamente à segurança pública que deve assegurar.

1.4 Outras decisões semelhantes

O Supremo Tribunal Federal tem pelo menos duas outras decisões que envolvem a condição das mulheres. No Recurso Extraordinário 197.807/RS (relator ministro Octavio Gallotti, julgamento em 30.05.2000), discutiu-se se a mãe adotiva tinha direito à licença-maternidade (sintomaticamente designada "licença à gestante" no art. 7º, XVIII, da Constituição). O STF entendeu que: "Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria". Preferiu-se comparar as mães (a adotiva e a biológica), para concluir-se que não haveria razão para equiparar a gestação (expressamente prevista como causa de licença) à adoção. Penso que a comparação das crianças (filho adotivo e biológico) era mais pertinente, com a conclusão pela equiparação de tratamento (Constituição, art. 227, § 6º). Com efeito, o Congresso Nacional viria aprovar a Lei 10.421/2002, para estender à mãe adotiva o direito à licença-maternidade.

Em outra decisão anterior (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946-5/DF) relator ministro Sydney Sanches, julgamento definitivo em 03.04.2003; decisão referida em Rothenburg (2007, p. 429-440), discutiu-se se o valor máximo previsto para os benefícios do regime geral de previdência social, pela Emenda Constitucional 20/1998, era extensível ao salário-maternidade. Julgou o STF que a aplicação indistinta daquele teto "implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado", e que "ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção [do empregador] pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora":

> Estará, então, propiciada a *discriminação* que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, *por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88)*, proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a [o valor do teto então fixado], para não ter de responder pela diferença.

Ao invés de equiparar as mães aos demais beneficiários da previdência social, o STF reconheceu a especificidade dessa situação feminina. Ao decidir pela não aplicação

do limite de valor dos benefícios previdenciários em geral ao salário-materinidade, a Corte levou em conta as consequências sociais em relação ao mercado de trabalho e à discriminação de gênero.

1.5 A crítica

1.5.1 Direito e moral, direito e religião

Ao estimular a manutenção da gravidez em caso de estupro, a lei em comento provavelmente encampou determinado entendimento moral, segundo o qual seria nobre de sentimento a mãe que superasse a infâmia do estupro e abrisse mão da possibilidade legal de, egoisticamente, interromper a gravidez (com efeito, trata-se de hipótese de aborto legal, em que o próprio Código Penal exclui a ilicitude: "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal"), em prol da criança, cuja dignidade não poderia ver-se afetada pela abjeta situação da concepção.[1]

Mais certamente, a lei consagrava a visão religiosa predominante de que a interrupção da gravidez seria pecado quase sempre.

O Estado democrático é, em princípio, avesso à imposição jurídica de determinados entendimentos morais (DIMOULIS, 2006, p. 167-208). O Estado laico (um dos desdobramentos do Estado democrático), com a separação dos domínios temporal e espiritual, não permite a imposição jurídica de preceitos religiosos (Constituição, art. 5º, VI e VIII; art. 19, I). Moral e religião são vistas, assim, com desconfiança pelo Direito.

Quando preceitos morais ou religiosos inspiram o conteúdo do Direito, o que é comum e costuma situar-se no momento legislativo de criação das normas, é preciso verificar se o princípio democrático não foi violado. E parece que não o teria sido pela Lei 1.949/1999, do Mato Grosso do Sul. Sobretudo, por não se tratar de imposição, mas de faculdade: as mulheres grávidas por causa de estupro poderiam, mas não seriam obrigadas, a manter a gestação. Pensassem elas em, altruisticamente, ficar com o bebê, ou em, egoisticamente, abortar; ou talvez não formulassem a questão de modo tão forçadamente maniqueísta; ou sequer refletissem mais detidamente, o fato é que a lei permitia acomodar as diversas perspectivas morais.

O mesmo se diga da religião. Crente ou não, de crença favorável ao aborto ou não, qualquer mulher grávida de estupro poderia postular o benefício instituído pela lei, sem que sua convicção a respeito de religião tivesse de ser revelada ou interferisse para efeitos legais.

Claro que a lei, ao consagrar uma perspectiva moral ou religiosa, tende a beneficiar especialmente os adeptos de tais perspectivas, os quais, se já tomariam a atitude conforme suas convicções de moral ou religião independentemente da lei,

teriam ainda maior facilidade e estímulo para adotar o comportamento legalmente previsto, em relação aos demais. É preciso então proceder a uma avaliação de grau, para verificar se o benefício proposto não prestigia exageradamente determinado segmento. Será um juízo estimativo, de valor. A causa (a situação dramática de gravidez oriunda de estupro) e a espécie de benefício (pensão mensal de um salário mínimo apenas), aliada às exigências formais (comprovação do estupro e requerimento administrativo), parecem satisfazer a razoabilidade.

1.5.2 Função promocional do Direito

No quadro do Estado Social e no contexto brasileiro de fragilidade econômica e desigualdades, pode o Direito, com utilidade – portanto, cumprindo um papel sistêmico e funcional –, intervir não apenas com sua virtude repressora (e o faz, no caso, ao criminalizar o aborto, porém excetuar as hipóteses em que "não há outro meio de salvar a vida da gestante" e em que "a gravidez resulta de estupro"), mas também com uma técnica de encorajamento, por meio da qual promove determinados comportamentos considerados desejáveis (BOBBIO, 2007, p. 1-32). Lembre-se de que a orientação social não é uma faculdade, mas um imperativo da República Federativa do Brasil, conforme os objetivos fundamentais fixados no art. 3º da Constituição; como afirma Bercovici (2005, p. 106): "Na questão dos fins do Estado, o conceito-chave do Estado Social é a distribuição".

É o quanto ocorria com a lei sul-matogrossense, que oferecia um estímulo econômico à manutenção da gestação originada de estupro: intervinha na esfera de livre deliberação da mulher, para, sem constrangê-la, oferecer-lhe o benefício da pensão mensal, desde que ela recusasse a opção do aborto. Se cogitarmos da situação em que comumente se encontram as mulheres vítimas de estupro, que são, muitas vezes, de condição socioeconômica fragilizada, em cujo ambiente a violência é mais sentida e a proteção, menos; mulheres física e psicologicamente agredidas; perceberemos o potencial sugestivo do oferecimento de uma vantagem em dinheiro.

1.5.3 Igualdade e razoabilidade

O raciocínio prevalecente na decisão do caso, pela inconstitucionalidade da lei, orientou-se precipuamente pela consideração das eventuais particularidades dos beneficiários. Como poderia haver mulheres abonadas e, portanto, crianças que nascessem sob uma condição econômica mais confortável, a generalização do benefício não faria sentido.

A violação à razoabilidade estaria nesta eventualidade: se a pensão contemplasse pessoas que não fossem pobres, não haveria nexo lógico entre a causa (crianças geradas "a partir" de estupro) e o efeito (percepção de uma renda mensal). Nisso residiria a falta de isonomia: tanto crianças pobres quanto crianças abastadas fariam jus ao mesmo benefício mensal de um salário mínimo. A potencial equiparação de desiguais

seria ainda mais insustentável em um país economicamente frágil, com escassos recursos e gritantes desigualdades sociais.

O correto seria, todavia, levar em consideração, não a eventualidade, mas o que provavelmente ocorreria de ordinário, na grande maioria das situações. Seria oportuno um levantamento estatístico, mas, à falta, podemos imaginar que os legisladores do Mato Grosso do Sul supuseram, razoavelmente, que a maioria das mulheres vítimas de estupro – e seguramente a maioria das que se habilitariam ao benefício – era de economicamente necessitadas. É pouco crível que uma mulher abonada se dispusesse a percorrer o tormentoso caminho burocrático do registro policial da ocorrência do estupro e, depois, do requerimento administrativo – etapas difíceis na superação do trauma da violência sexual –, tudo isso para receber do Estado, a cada mês, não mais que um salário mínimo. Contudo, ainda que o fizesse, seria em números e montantes não expressivos a ponto de inviabilizar uma política pública voltada, precipuamente, às mulheres carentes. Portanto, foi equivocada a análise feita no julgamento do STF, das consequências da aplicação da Lei 1.949/1999, do Mato Grosso do Sul.

Por ter levado em conta os eventuais e poucos beneficiários abonados, quando os principais destinatários do benefício seriam os pobres, a decisão do STF na verdade deixou de aplicar o princípio da igualdade.

2 Constitucionalidade da gratuidade do registro e da certidão de nascimento e de óbito

2.1 A legislação

A Lei 9.534, de 10.12.1997, estabelece a seguinte gratuidade: "Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva".[2] Promoveu-se a alteração de três leis: a) a Lei de Registros Públicos (a Lei 6.015/1973); b) a lei sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (Lei 9.265/1996, que regulamenta o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República); e c) a Lei dos Cartórios (Lei 8.935/1994, sobre serviços notariais e de registro, que regulamenta o art. 236 da Constituição).

2.2 A polêmica

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil, Anoreg, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.800-1/DF, contra a Lei 9.534/1997, sob a alegação de que esta contrariava a restrição constitucional de gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito apenas aos "reconhecidamente pobres" (art. 5º, LXXVI), bem como contrariava a delegação constitucional dos serviços notariais e de registro aos particulares, com o respectivo direito de cobrar emolumentos (art. 236).

O procurador geral da República, ante a resistência de diversos cartórios em realizar gratuitamente os registros de nascimento e de óbito, bem como em fornecer as respectivas certidões (resistência amparada por diversas decisões judiciais, conforme exige o art. 21 da Lei 9.868/1999, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal), foi provocado pelo ministro da Justiça e pelo Secretário Nacional de Direitos Humanos a propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade 5-2/DF, com pedido de provimento liminar para que se suspendesse "a prolação de qualquer decisão em processos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos dispositivos" questionados da Lei 9.534/1997, bem como para que se suspendessem os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que negassem "legitimidade constitucional, eficácia e aplicação" a tais dispositivos.

Aos críticos da ação declaratória de constitucionalidade e seus temores de que ela seria instrumentalizada pelo governo (MARTINS; MENDES, 1994; ROTHENBURG, 2001, p. 269-292), apresenta-se um exemplo de que é possível manejar essa ferramenta processual em prol dos direitos fundamentais dos desfavorecidos. A ampliação dos legitimados ativos para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, contribui para essa feliz possibilidade.

Houve, portanto, duas ações de controle de constitucionalidade em abstrato, ambas com o mesmo objeto.

A discussão residia no seguinte ponto: a lei em questão determina a gratuidade dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões, a todos, indistintamente. A Constituição da República, no art. 5º, LXXVI, estabelece a gratuidade, na forma da lei, do registro de nascimento e da certidão de óbito, porém limitada aos "reconhecidamente pobres". Por outro lado, no inciso seguinte, a Constituição assegura amplamente a gratuidade, na forma da lei, dos "atos necessários ao exercício da cidadania". Teria a Lei 9.534 estendido indevidamente a gratuidade, que, de acordo com a Constituição, seria garantida apenas aos reconhecidamente pobres, ou teria essa lei apenas disposto sobre atos necessários ao exercício da cidadania, os quais, segundo a Constituição, são gratuitos?

2.3 A decisão

O Supremo Tribunal Federal não reconheceu, em princípio, inconstitucionalidade na Lei 9.534/1997. Em 06.04.1998, foi indeferida a liminar pedida na ADI 1.800-1/DF, por maioria (nove votos contra dois, dos ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio, que eram pela concessão), em decisão relatada pelo ministro Nelson Jobim e assim ementada:

> CONSTITUCIONAL. ARGUIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI N. 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. GRATUIDADE PELO REGISTRO

> CIVIL DE NASCIMENTO, ASSENTO DE ÓBITO, PELA PRIMEIRA CERTIDÃO DESSES ATOS E POR TODAS AS CERTIDÕES AOS "RECONHECIDAMENTE POBRES". NÃO HÁ PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. OS ATOS RELATIVOS AO NASCIMENTO E AO ÓBITO RELACIONAM-SE COM A CIDADANIA E COM SEU EXERCÍCIO E SÃO GRATUITOS NA FORMA DA LEI – ART. 5º, LXXVII. PORTANTO, NÃO HÁ DIREITO CONSTITUCIONAL À PERCEPÇÃO DE EMOLUMENTOS POR TODOS OS ATOS QUE DELEGADO DO PODER PÚBLICO PRATICA; NÃO HÁ OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INSTITUIR EMOLUMENTOS PARA TODOS ESSES SERVIÇOS; OS SERVENTUÁRIOS TÊM DIREITO DE PERCEBER, DE FORMA INTEGRAL, A TOTALIDADE DOS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. AÇÃO CONHECIDA. LIMINAR INDEFERIDA.

A próxima decisão do STF foi relativa à liminar na ADC 5-2/DF, também da relatoria do ministro Jobim, e foi concedida (por sete votos a favor, três contrários – ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Carlos Velloso – e uma ausência) em 17.11.1999, para assegurar a aplicação da norma:

> CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI N. 9534/97. REGISTROS PÚBLICOS. NASCIMENTO. ÓBITO. ASSENTO. CERTIDÕES. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ARTS. 22, XXV E 236, § 2º, DIREITO INTRÍNSECO AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE A QUE O ESTADO PRESTE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO GRATUITO. A ATIVIDADE QUE DESENVOLVEM OS TITULARES DAS SERVENTIAS, MEDIANTE DELEGAÇÃO, E A RELAÇÃO QUE ESTABELECEM COM O PARTICULAR SÃO DE ORDEM PÚBLICA. OS EMOLUMENTOS SÃO TAXAS REMUNERATÓRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. O DIREITO DO SERVENTUÁRIO É O DE PERCEBER, INTEGRALMENTE, OS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI N. 9534/97. LIMINAR DEFERIDA.

Em 11.06.2007, houve o julgamento definitivo de ambas as ações. O ministro Ricardo Lewandowski assumiu a relatoria, por força da aposentadoria do ministro Jobim (Regimento Interno do STF, art. 38, IV, "b"). Veja-se a ementa da ADI 1.800-1/DF:

> CONSTITUCIONAL. ATIVIDADE NOTARIAL. NATUREZA. LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA

CIDADANIA. GRATUIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
I – A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público.
II – Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.
III – Precedentes.
IV – Ação julgada improcedente.

A decisão foi por maioria de votos. O ministro Marco Aurélio foi o voto dissonante, por julgar a ADI parcialmente procedente. Um ministro esteve impedido de votar e dois, ausentes.

A ementa da ADC 5-2/DF é praticamente idêntica, salvo quanto à procedência da ação.

O ministro Nelson Jobim, relator, trouxe, no início de seu voto, dados estatísticos colhidos pelo IBGE, de que um terço das crianças nascidas no Brasil (cerca de um milhão à época) não eram registradas, e 43,7% dos menores de um ano que morriam eram enterrados sem certidão de óbito. "Os estudos indicam" – segundo o ministro Jobim – "os custos e o sistemático descumprimento da gratuidade como causas, além de outras, da falta de registro."

Citou, depois, o antropólogo Roberto DaMatta, que, no ensaio "A mão visível do Estado: Notas sobre o significado cultural dos documentos na sociedade brasileira", de 1996, apontou quão valiosos são os documentos (particularmente a carteira de identidade) como "uma das mais importantes exigências da cidadania moderna", sendo que a certidão de nascimento é requisito para a obtenção de diversos outros documentos.

É revelador o destaque concedido aos supostos efeitos reais da legislação relativa à gratuidade dos registros de nascimento e de óbito, bem como da primeira certidão respectiva, sobre a realidade brasileira.

O voto do relator fundamentou-se na determinação constitucional de gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, a ser disciplinada na forma da lei (art. 5º, LXXVII); na competência da União para legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, e art. 236, § 2º); na natureza de serviço público da atividade notarial e de registro; na natureza tributária (de taxa) dos emolumentos; na possibilidade de a lei estabelecer isenção de pagamento pela prestação de serviço público.

Quanto ao primeiro argumento, sustentou o relator que o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição (especificamente sobre a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres) deve ser lido em consonância com o inciso seguinte, que estabelece a gratuidade dos "atos necessários ao exercício da cidadania" indistintamente, sem limitá-la aos "reconhecidamente pobres".

Embora o ministro Jobim tenha observado que não desconhecia "os problemas que a gratuidade causa e causará à prestação dos serviços" – com o que considerou as consequências práticas da decisão –, essa consideração não mereceu maior detalhamento: "[os] problemas deverão ser enfrentados e solucionados no local competente, que é outro".

Com posicionamento contrário, o ministro Marco Aurélio entendeu que a gratuidade estabelecida não era "linear", por não se estender "àqueles que têm condições de fazer o desembolso e, portanto, de recolher os emolumentos". Invocou o ministro outros dispositivos contíguos da Constituição, que estipulam benefícios apenas aos necessitados (art. 5º, LXXIV – assistência judiciária integral e gratuita; art. 5º, LXXVI). Note-se que o ministro Marco Aurélio embasou seu raciocínio em uma aproximação do último inciso mencionado com o anterior, para concluir pela inconstitucionalidade da extensão da gratuidade. Já o ministro Jobim havia adotado a mesma forma de raciocínio, utilizando-se, porém, de outro parâmetro: a aproximação foi feita com um inciso posterior (LXXVII), que autorizaria a extensão.

Preocupado com a repercussão econômica da benesse, aduziu o ministro Marco Aurélio: "o serviço deve ser exercido e sabemos que existem despesas; sabemos que, no caso, os Cartórios devem contratar empregados, devem funcionar em um certo local e, portanto, têm despesas a serem executadas. Indispensável é que haja uma fonte de receita".

Em relação à igualdade, o ministro Marco Aurélio invocou a "necessidade de tratarmos de forma diferenciada os desiguais, até mesmo para preservarmos o benefício em relação aos primeiros [os reconhecidamente pobres]". Percebe-se a preocupação com as consequências da decisão: uma extensão exagerada da gratuidade poderia provocar o colapso da sustentabilidade do benefício e prejudicaria especialmente aqueles que dele verdadeiramente necessitam, na visão do ministro.

O ministro Marco Aurélio aduziu outro importante argumento consequencialista: a gratuidade da expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como da primeira certidão respectiva, oneraria um setor que, historicamente, ganhou muito dinheiro com a prestação, particular e muitas vezes deficiente, de um serviço público. "Por algumas distorções do passado – e também do presente, quanto àqueles cartórios que são rendosos –, confesso que não há uma simpatia maior pela atuação dos notários nas serventias não oficializadas". Todavia, apesar de comungar dessa "antipatia" em relação aos cartórios, o ministro votou pela inconstitucionalidade da gratuidade.

Vale apontar um argumento utilizado pelo ministro Maurício Corrêa (um dos outros votos dissidentes no julgamento da liminar da ADC 5-2/DF), que se valeu de interpretação histórica (genética) da Lei 9.534/1997: resgatou o projeto legislativo de origem, ao qual se oferecera uma emenda que instituía um fundo para o pagamento das despesas resultantes da dispensa gratuita dos registros e certidões, as quais, assim, não precisariam ser suportadas pelos cartórios.

Também o ministro Corrêa preocupou-se com a realidade brasileira, sobretudo a do interior, onde "noventa por cento" dos serviços prestados pelos cartórios de registros civis de pessoas naturais "são de assentos relativos à certidão de óbito e ao registro de nascimento". A declaração de inconstitucionalidade, segundo o ministro, imporia "severa pena a todos os pobres serventuários interioranos", que seriam obrigados a expedir as certidões gratuitamente. A atenção esteve voltada às consequências da decisão, mas com um deslocamento do adjetivo: não apenas as pessoas "reconhecidamente pobres" (que pediriam os registros e certidões); também os serventuários "pobres" (que deveriam fornecê-las).

2.4 Outra decisão semelhante

A Lei 8.009/1990 estabelece a impenhorabilidade do bem de família e prevê algumas exceções. A Lei 8.245/1991, sobre as locações dos imóveis urbanos, acrescentou mais uma: permitiu a penhora do imóvel do fiador do contrato de locação, provavelmente amparada na lógica de que, se o próprio contrato de locação (um dos modos de satisfazer o direito fundamental à moradia) não estivesse suficientemente garantido, mais difícil e oneroso seria realizá-lo. O Supremo Tribunal Federal, em decisão bastante comentada (Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, relator ministro Cezar Peluso, julgamento em 08.02.2006), rejeitou a inconstitucionalidade suscitada (sob o fundamento de que a Emenda Constitucional 26/2000, que acrescentou ao elenco de direitos sociais do art. 6º da Constituição o direito à moradia (Sarlet, 2008, p. 1019-1049), teria provocado a não recepção da exceção à impenhorabilidade prevista na Lei 8.245/1991), com o argumento de que, justamente, a exceção à impenhorabilidade, se compromete a moradia do fiador, é para garantir a moradia do locatário; vai daí que as consequências da declaração de inconstitucionalidade prejudicariam o mercado locatício:

> **FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/9. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos.** A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 23.03.1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15.11.1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Essa decisão importa mais pela análise consequencialista (Binenbojm; Cyrino, 2009, p. 739-760). Colhe-se do voto do relator que:

> […] o direito social de moradia […] pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Existiu aqui – conforme a preocupação de Sunstein (2009, p. 200) – "um risco real de que um direito venha a prejudicar as próprias pessoas que as cortes tentam proteger".

Cabível, ainda, uma observação a propósito da igualdade: ao direito de moradia do locatário, como objeto do contrato de locação, não foi atribuído o mesmo valor que ao direito de moradia do fiador, como garantia (portanto, acessório) daquele contrato. Para rejeitar a equiparação, pesou a consideração dos efeitos socioeconômicos da decisão.

2.5 A crítica

2.5.1 A ordem das palavras e a palavra de ordem

Assim como a interpretação histórica (genética) é uma modalidade importante, porém frequentemente insuficiente para a solução adequada de problemas jurídicos, também a interpretação literal (gramatical, textual) é indispensável, mas eventualmente não basta. É o caso da constitucionalidade da gratuidade generalizada dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões.

Uma análise estritamente gramatical dos dispositivos constitucionais concernentes poderia conduzir à conclusão de que há previsão expressa para a gratuidade (art. 5º, LXXVI), mas então ela contempla especificamente o registro civil de nascimento e a certidão de óbito apenas. Especificando mais, o texto constitucional restringe literalmente essa gratuidade aos reconhecidamente pobres.

Some-se a esse argumento a contribuição da interpretação sistemática, que se baseia na conexão lógica ente os diversos dispositivos normativos.[3] No caso, o ponto de vista é reforçado pela topografia (contiguidade) dos dispositivos em comento: logo no inciso seguinte, a Constituição trata dos atos necessários ao exercício da cidadania, mas o faz em dispositivo à parte, como que a regular situação diferente. Uma argumentação alternativa, mas com mesmo resultado, seria compreender o inciso LXXVII como norma geral (a gratuidade irrestrita dos atos necessários ao exercício da cidadania) e o inciso anterior como exceção expressa (a gratuidade limitada do registro civil de nascimento e da certidão de óbito).

As palavras são fundamentais, mas nem sempre bastam. Na decisão quanto à constitucionalidade da Lei federal 9.534/1997, o STF entendeu – dentro de uma margem de compreensão razoável –, que, ao estabelecer claramente a gratuidade do

registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres, a Constituição tirou da esfera de conformação dos legisladores a possibilidade de diminuir ou eliminar a isenção, mas não de estendê-la.

Sob o aspecto sistemático, o Supremo Tribunal Federal preferiu encontrar na comparação entre os incisos LXXVI e LXXVII do art. 5º da Constituição, não uma relação entre exceção e norma geral, mas uma relação de particular para geral: se a norma geral é a gratuidade dos atos necessários à cidadania, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito são, inegavelmente, atos necessários à cidadania; a gratuidade destes é determinada pela própria Constituição aos reconhecidamente pobres, mas não se exclui a possibilidade de extensão a outros, "na forma da lei".

2.5.2 Fazer esmola com chapéu alheio

Ao lado da equiparação dos reconhecidamente pobres aos que têm meios financeiros para pagar pelos registros e certidões dos cartórios, para conceder a todos a gratuidade, a Lei 9.534 teria promovido ainda outra equiparação indevida: entre o Estado, responsável pela assistência social aos desvalidos, e os titulares das serventias extrajudiciais de registro civil, que são particulares a prestar, onerosamente, um serviço público.

O argumento merece refutação, pois – como sustentou a decisão do Supremo Tribunal Federal – a medida da remuneração pelo serviço público prestado, justamente porque serviço público, é dada pela lei. Dentro dos limites extremos de uma remuneração geral inafastável (art. 236, § 2º) e da gratuidade aos reconhecidamente pobres (art. 5º, LXXVI), a legislação pode mover-se. A privatização do serviço público de registro civil gera uma situação vantajosa de monopólio legal e permite à organização empresarial do cartório encontrar modos de se compensar daquela gratuidade. Enfim, entre onerar os cartórios e onerar os indivíduos – se o dilema se apresentasse assim crua e simplesmente –, não seria despropositado optar pela primeira alternativa.

2.5.3 Igualdade e cidadania

A Lei 9.534/1999 seguiu o espírito republicano da Constituição, ao franquear o acesso aos "atos necessários ao exercício da cidadania". Preferiu-se, no que diz com tais atos, desconsiderar a capacidade econômica dos indivíduos. É razoável supor que, para a maioria dos brasileiros, o custo dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões (atos e documentos a cujo acesso muitos têm dificuldade), seja significativo. Tendo em consideração a remoção dos óbices para a maioria e, de toda forma, a facilitação generalizada dos atos necessários ao exercício da cidadania, tanto os legisladores quanto o Supremo Tribunal Federal acertaram na afirmação de um tratamento igualitário.

Conclusão

O Supremo Tribunal Federal , ao interpretar o princípio da igualdade e aplicá-lo às questões postas sob seu julgamento, preocupa-se com as consequências sociais das decisões. Todavia, a Corte somente realiza justiça social quando, na concretização do princípio da igualdade, consegue contemplar uma distribuição de direitos mais ampla e voltada aos mais carentes.

: ARTIGO APROVADO (29/05/2009) : *RECEBIDO EM 30/03/2009*

NOTAS

1 Sobre a discussão jurídica em torno do aborto, ver Sarmento, 2006, p. 95-137.

2 Redação dada ao artigo 30, *caput*, da Lei 6.015/1973.

3 Sobre os métodos de interpretação do Direito, ver Dimoulis, 2007, p. 175-187.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento.* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; _____. (coord.) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.
BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função.* Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
BUCK, Pedro. A intervenção do Estado na ordem econômica (comentários aos votos do ministro Marco Aurélio em acórdãos do STF). *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, p. 213-244, abr./jun. 2006.
COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.
DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
_____. *Positivismo jurídico.* Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.
MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Coord. *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1994.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.
ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA Neto, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Org. *Princípios processuais civis na Constituição.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.
_____. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Coord. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 269-292.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1.019-1.049.
SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais.* Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal:* jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Walter Claudius Rothenburg

Mestre e doutor em direito pela UFPR
Pós-graduado em direito constitucional pela Universidade de Paris II
Professor de doutorado e mestrado em direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE)
Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec)
Procurador Regional da República

R. Euclydes da Cunha, 233
Nova América –13417-660
Piracicaba – SP – Brasil
walter.claudius@terra.com.br

O SUPREMO TRIBUNAL E A COMPENSAÇÃO SNUC. A ADI 3.378-DF

José Marcos Domingues

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE COMPENSATION NATIONAL SYSTEM OF UNITS OF NATURAL ENVIRONMENT CONSERVATION (SNUC): THE ADIN 3.378-DF

RESUMO

Este texto examina e critica recente julgamento do STF, ainda não definitivo, que julga legítima a chamada compensação financeira Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), embora dando parcial procedência à ação direta ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, para "declarar a inconstitucionalidade das expressões indicadas no voto reajustado do Relator". A ilegitimidade da previsão legal estaria no fato de que o valor da compensação em questão "é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa", sendo prescindível a "fixação de percentual sobre os custos do empreendimento". A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no bojo do qual se inserem as unidades do "Grupo de Proteção Integral" (art. 8º); em *apoio* às mesmas, a lei determina o pagamento de uma *compensação*, a cuja implantação e manutenção estará afetada a receita respectiva (art. 36, *caput*). O texto discute as possibilidades de interpretação das cláusulas gerais relativas ao caso, abordando os limites da atuação do poder jurisdicional e sugerindo o que julga ser a melhor solução para o caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE

STF; ADIN; compensação; SNUC; meio-ambiente; impacto.

ABSTRACT

This text examines and criticizes recent Brazilian Supreme Court verdict, not in definite yet, which judges legitimate the financial compensation National System of Units of Natural Environment Conservation (SNUC) although giving partial origin to the direct action brought by the National Industry Confederation in order to "declare the unconstitutionality of expressions indicated in the relater's readjusted vote". The illegitimacy of legal prevision would be in the fact that the refereed compensation value "should be fixed proportionally to the environmental impact, after study in which adversary and legal defense are asseverated, prescinded the "percentage fixation on the costs of enterprise". The Act 9985, 2000, 18th July, created the National System of Units of Conservation in which units of "Integral Protection Group" are inserted (art. 8º). The Act determines the payment of a compensation to support them and its implantation and manutention will affect the respective receipt (art. 36, caput). The text discuss the possibilities of interpretation of general clauses related to the case, boarding the limits of judicial power action and suggesting the best solution for the concrete case.

KEYWORDS

Brazilian Supreme Court; ADIN; compensation; SNUC; environment; impact.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 9 de abril de 2008, publicado em 20 de junho imediato, vem de julgar legítima a criação da chamada "compensação financeira *SNUC*", embora dando parcial procedência à ação direta ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, para "declarar a inconstitucionalidade das expressões indicadas no voto reajustado do Relator".

As expressões acima formam a frase "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais do empreendimento". A ilegitimidade da previsão legal estaria no fato de que o valor da compensação em questão "é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa", sendo prescindível a "fixação de percentual sobre os custos do empreendimento".

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, no bojo do qual se inserem as unidades do "Grupo de Proteção Integral" (art. 8º); em *apoio* às mesmas, a lei determina o pagamento de uma *compensação*, a cuja implantação e manutenção estará afetada a receita respectiva (art. 36, *caput*).

Na terceira edição do nosso *Direito Tributário e Meio Ambiente*[1] analisáramos a espécie concluindo por seu caráter tributário.

Cabe agora proceder a um reexame do tema em face da decisão, ainda que provisoriamente, tomada pelo STF.

1 O texto legal impugnado

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, declara regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, e instituiu o "Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza" (SNUC), dispondo que:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, *o empreendedor é obrigado a apoiar* a implantação e manutenção de *unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral*, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
>
> § 1º O *montante* de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade *não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais* previstos para a *implantação do empreendimento*, sendo o *percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador*, de acordo com o *grau de impacto ambiental* causado pelo empreendimento. (grifos nossos)

2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação foi ajuizada em 16.12.2004; sem apreciação da medida liminar requerida, após prestadas as informações de lei e admissão de *amicus curiae*, o feito foi levado a julgamento em 14.07.2006, quando foi prolatado o voto do Ministro Relator pela improcedência do pedido.

Entrementes, em 25.01.2006, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedera liminar em agravo[2] em mandado de segurança "limitando a aplicação do percentual referente à compensação ambiental a 0,5%".

Subsequentemente, em 13.02.2006, o IBAMA aforou a Suspensão de Segurança nº 2.875, quando pugnou pela legitimidade da Compensação e do percentual mínimo de 0,5%, embora relatando média geral de 2,36% com cobranças de até 3,6% (fls. 23); naquele momento, alegou a autarquia risco de perda de arrecadação de R$ 730.000.000,00 (fls. 28).

Em 5 de abril imediato, antes que a Presidência do STF decidisse a Suspensão de Segurança, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) expediu a Resolução nº 371, publicada a 6, a qual, embora epigrafando estabelecer diretrizes para cálculo e cobrança da Compensação, em seu artigo 15 fixa o valor da Compensação "em 0,5% [...] até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental".

Em 7 de abril, sobreveio a decisão da Presidência do STF acolhendo a Suspensão de Segurança e deixando em vigor a Compensação SNUC tal como prevista na respectiva Lei; deferiu pleito do Ibama já superado pela autoridade normativa ambiental, não constando comunicação tempestiva ao STF da edição desse ato regulamentar.

A *Compensação* em tela teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, controvertendo-se acerca do caráter indenizatório ou tributário da prestação de que se trata.

A Autora, Confederação Nacional da Indústria (CNI), entendera tratar-se de indenização mal instituída, fundamentalmente tendo em vista pressupor um dano em todo empreendimento de significativo impacto ambiental, ademais insuscetível de ser dimensionado *ex ante*, no momento da concessão da licença ambiental.

Em favor desse entendimento cite-se a opinião de Leme Machado,[3] para quem entre as 'medidas mitigadoras' previstas em Estudos de Impacto Ambiental "compreende-se, também, a compensação do dano ambiental provável, sendo "a compensação uma forma de indenização [...] devida pelo princípio da responsabilidade objetiva ambiental", sendo que a Lei 9.985/2000 "posiciona-se claramente acerca da obrigação de compensar os danos ambientais".

O *amicus curiae*, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, pugnou pela inconstitucionalidade da exação pela ótica tributária, eis que subsumida ao conceito de tributo, padecendo de variados vícios, especialmente quanto ao seu fato gerador e à sua base de cálculo.

Nesse sentido é a lição de Édis Milaré,[4] segundo o qual "a chamada compensação se aproxima da figura jurídica de um tributo inominado [...] respeito ao princípio da reserva de lei e ao da tipicidade da tributação"; em trabalho ulterior, em conjunto com Priscila Santos Artigas,[5] aprofunda-se o tema, enquadrando-se a Compensação na definição de tributo, "eis que a sua estrutura coincide com a conceituação de tributo prescrita no art. 3º do CTN", e realçando-se, sobretudo, o caráter não sancionatório da Compensação, que seria devida em função de *impacto* ambiental, não sobre *dano* ambiental (que pressuporia ilicitude, esta, sim, suscetível de gerar indenização *ut* art. 927 do novo Código Civil, ainda assim graduada pelo critério do prejuízo ou da perda ambiental – art. 944, e não pelo valor do empreendimento).[6]

A decisão da Suprema Corte definiu o instituto como um "compartilhamento-compensação ambiental", uma "forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental" (nº 1 da ementa e p. 2 do voto do Relator – fls. 242 e 248 dos autos). O item 5 da ementa do acórdão dispõe que "O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento" (fls. 243).

2.1 Fundamentos do voto condutor

Lembrando que essa obrigação de compensar os danos ambientais era anteriormente prevista na Resolução 10, de 03.12.1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, com a modificação operada pela Resolução 02, de 18.04.1996, o Ministro CARLOS BRITTO, Relator, entendeu que o art. 36 da Lei do SNUC "criou uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental", compartilhamento ou compensação "a ser **arbitrado pelo órgão ambiental licenciador** [(...) sem ofensa] ao princípio da legalidade, uma vez que foi a própria Lei nº 9.985/00 que previu o modo de financiar os gastos da espécie, [(...) não divisando] nenhuma agressão ao art. 2º da Carta Republicana, dado que o Poder Legislativo não delegou ao Poder Executivo a tarefa de criar obrigações e deveres aos administrados", porque o órgão licenciador agirá "de acordo.com a compostura do impacto ambiental que vier a ser dimensionado no relatória EIA-RIMA (...) não poderá, arbitrariamente definir o valor do financiamento compartilhado (...) em estrita conformidade com os dados técnicos do EIA-RIMA. Cabendo ao Poder Judiciário coibir, no caso concreto, eventuais excessos do administrador público quando da fixação do respectivo valor" (fls. 248-250). E, invocando o princípio do usuário-pagador, entende que "é de se inferir que o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos de medidas **preventivas** (...) [já que o princípio] impõe ao empreendedor o dever de também responder pelas medidas de

prevenção de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empírica empreitada econômica". Ademais, "a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna" (…) "não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade" e "o encargo financeiro **imposto** (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez" (fls. 251-252).

2.2 A divergência material

Desse entender divergiu frontalmente o Ministro Marco Aurélio, pensando que a compensação financeira em questão, assim como a recuperação do meio ambiente, depende de que este tenha sido degradado (§ 2º do art. 225 da CF), "premissa inafastável" que não se configura, ainda, no momento da análise do pedido prévio de licença ambiental (fls. 257), e que, de todo modo, pelo § 3º do art. 225 da CF, somente infratores à legislação ambiental estariam sujeitos a sanções administrativas correlatas, a par da pré-falada obrigação de indenizar danos; haveria conflito entre o § 1º do art. 36 Lei do SNUC e os citados dispositivos da Carta, que pressuporiam a pré-existência de dano ambiental para que se pudesse cogitar quer de indenização, quer de sancionamento, havendo "imposição de desembolso para obter-se a licença, sem mesmo saber-se a extensão de danos causados" (fls. 258-259); ademais, haveria inconstitucional "delegação ímpar", "verdadeira carta em branco" da lei ao administrador público, pois aquela apenas estabeleceu patamar mínimo de 0,5% dos custos totais do empreendimento, o que, aliás, soaria a vera comissão, que qualifica de "extravagante ônus" (fls. 260), "considerados os investimentos realizados, quanto mais investir – inclusive visando à proteção do meio ambiente – mais pagará" (fls. 271).

2.3 As reflexões visando ao ajuste do voto condutor

A seguir, o Ministro Ricardo Lewandowski, admitindo a compensação financeira, ponderou que o que estaria:

> […] em cogitação para eventual declaração de inconstitucionalidade", seria "a *prefixação* de um percentual de meio por cento sobre o total dos custos do empreendimento, de um lado; de outro, a ampla *discricionariedade* que se atribui à autoridade de licenciamento ambiental (fls. 267).

Já o Ministro Menezes Direito, ao votar, também admitindo a figura da compensação, e entendendo que a lei "comanda um pagamento compulsório", criticou-a no determinar um percentual mínimo de meio por cento, pois *poderá haver empreendimento que não cause significativo impacto ambiental* ou que o cause em valor inferior ao que decorre da aplicação desse percentual mínimo, enquanto para

a lei "não pode ser inferior a meio por cento"; a lei induziria à idéia de que, necessariamente, haverá sempre impacto ambiental, quando na realidade pode não haver" (fls. 277-278), para esclarecer adiante que "se deixará a fixação do valor para o órgão ambiental, *de acordo com o grau específico de impacto ambiental causado* pelo empreendedor" (fls. 279); no ponto, aduziu o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI que a discricionariedade da Administração "está reduzida pelo § 2º, porque é o EIA/RIMA que definirá qual será esse impacto ambiental" (*ibden*), ratificando o Ministro MENEZES DIREITO que "o que nós retiraríamos é a obrigatoriedade de ser sempre meio por cento do empreendimento. Retirar-se-ia, também, essa idéia de percentual. Poderia ser uma outra a forma, fixada pelo órgão próprio, para garantia da preservação do meio ambiente" (fls. 280-281), *exemplificando* adiante: "é *possível* que, no relatório de impacto ambiental, se estabeleça que, para fazer determinado tipo de empreendimento, *seja necessário determinado tipo de represamento*. Pode-se, então, estabelecer não um percentual sobre todo o empreendimento, mas *sobre determinada obra que se torne necessária para compatibilizar* o empreendimento com a preservação do meio ambiente" (fls. 290).

2.4 A divergência quanto à ausência de teto

O Ministro Joaquim Barbosa, embora admitindo a legitimidade da figura da compensação financeira, censurou a lei por "não ter sido fixado um patamar superior, ou seja, um percentual máximo a ser pago pelo empreendedor"; asseverando que a solução alvitrada pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e MENEZES DIREITO, de retirada do percentual mínimo de 0,5%, implicaria em remover o "parâmetro que o legislador fixou ao administrador" ("aí, sim, seria uma delegação em aberto"), terminou por propor interpretação conforme, sem redução de texto, "entendendo-se que a administração ambiental não poderá fixar percentual superior a meio por cento. Se o legislador não fixou patamar superior penso que o administrador não poderá fazê-lo" (fls. 287-288). O piso de 0,5% se configuraria no teto da compensação, na súmula interrogativa do Ministro Presidente.

2.5 A finalidade preventiva da compensação

Finalmente, destaque-se do voto do Ministro Celso de Melo a ilação que retira da obra *Direito Ambiental Brasileiro*, de Leme Machado, de que, em matéria de medidas compensatórias, o custo a ser imputado ao poluidor está também vinculado "a uma atuação preventiva" [...] "o investimento efetuado – e daí a canalização de tais recursos para esse propósito específico – tem uma finalidade clara: prevenir o dano" (fls. 291-292).

2.6 A conclusão

Enfim, o item 5 da ementa do acórdão resume a decisão por maioria da Corte: "Inconstitucionalidade da expressão '*não pode ser inferior a meio por cento dos custos*

totais previstos para a implantação do empreendimento', no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento" (fls. 243). De sorte que, na dicção da maioria, o texto legal passou a ler-se, assim: "O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade, sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento" (do voto do Ministro MENEZES DIREITO às fls. 280).

3 A consolidação do dispositivo interpretado

Tentando-se consolidar o texto legal após a susa interpretação conforme, ter-se-ia o teor seguinte:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
>
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade [...], *sendo fixado pelo órgão ambiental licenciador*, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (grifos nossos)

Ocorre que a ementa do acórdão menciona a declaração de inconstitucionalidade apenas da frase "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", o que faria permanecer no texto legal reduzido a expressão *"o percentual"*, ficando então assim redigida a nova disposição, *verbis*:

> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade [...], *sendo o percentual fixado* pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (grifos nossos)

Salvo melhor juízo, a redação acima refletiria erro material na ementa, já que o voto do Ministro Menezes Direito, acolhido para ajuste do voto condutor, terá deixado clara a intenção de retirar da Compensação não só o percentual mínimo de meio porcento, como também "essa idéia de percentual".

4 Embargos de declaração das partes

O v. aresto em questão foi impugnado por dois embargos de declaração, cujos pedidos revelam color infringente, da Autora e do Chefe do Poder Executivo,

Os embargos da CNI entendem que a decisão do STF "excluiu a base de cálculo do valor da compensação ambiental e o método de se apurá-lo" [...] "demonstrou não ser auto-aplicável, porquanto, ao não definir nem trazer critérios objetivos substitutos, acabou por deixar um vácuo metodológico" (fls. 469) [...] "e, por conseguinte, depende de regulamentação" (fls. 470), "já que não há estudo ou metodologia capaz, atualmente, de determinar o valor do impacto, a partir das novas condições estabelecidas" pelo STF (fls. 471).

Os embargos do Poder Executivo anotam que o acórdão do STF sobre a *Compensação SNUC* "acabou por excluir a respectiva base de incidência (...) consignando, ademais, a impossibilidade de se fixar, por percentual, a compensação"; pugna-se pela manutenção dos "custos totais para a implantação do empreendimento como base de cálculo" da *Compensação*, assim como pela "possibilidade de se fixar percentual para cálculo" (fls. 415 e 423); afirma-se que a exclusão da base de cálculo e da possibilidade de se fixar percentual sobre ela condiziriam a "uma nova valoração econômica dos bens ambientais (...) ruptura de paradigmas objetivos" (fls. 417), insistindo no método legal invalidado e destacando que a "valoração econômica dos bens ambientais não pode ser definida, apenas, com amparo no valor de mercado desses bens, já que alguns sãom imensuráveis", sendo certo que "o custo do empreendimento mantém relação direta com o seu porte e, conseqüentemente, com o impacto ambiental por ele ocasionado" (...) a ser preservado como "parâmetro para aferir a magnitude do impacto ambiental" (fls. 418 e 424).

Invocando insegurança jurídica causada pela decisão, ambos os embargantes pretendem a modulação dos respectivos efeitos temporais, a CNI no intuito de não ver efeitos retroativos da decisão sobre licenciamentos concluídos ou em fase de conclusão (fls. 470), pedindo "seja confirmado que a 'nova redação' do § 1º dco art. 36 não é auto-aplicável" ou que a declaração de inconstitucionalidade somente tenha eficácia a partir de 12 meses contados do trânsito em julgado ou da publicação de uma nova regulamentação" (fls. 471). E o Poder Executivo, admitindo que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade afetaria as licenças ambientais concedidas, com revisão de EIA-RIMAs e de compensações já lançadas, procedimentos e valorações (fls. 420-422), pede que a eficácia da decisão se dê a partir de seis meses do trânsito em julgado ou pelo menos a partir da respectiva data (fls. 423-424).

5 A reflexão doutrinária que se enseja

A decisão do Supremo Tribunal trata de tema altamente relevante para os destinos do País, qual seja o norte ambiental de seu necessário desenvolvimento, que há de ser sustentável, pena de não mais se poder falar de vero *desenvolvimento*.[7]

De fato, a Constituição Federal,[8] que desde a sua redação original prevê como princípio da Ordem Econômica a "defesa do meio ambiente", foi emendada para explicitar que tal se dá "inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (art. 170, VI, cf. Emenda 42/2003).

Seja por incidência do princípio do poluidor-pagador, seja por força da teoria da extrafiscalidade, agasalhando a *essencialidade ambiental*, como critério de *esverdeamento* das finanças públicas em geral e dos tributos em particular por uma nova seletividade, a *seletividade ambiental*,[9] o que era implicitamente aceito, hoje está positivado como um norma programática na Carta Magna.

Louve-se, pois, a posição da Suprema Corte ao não reconhecer na Compensação Snuc uma forma de indenização, por não ser ela fundamentada em efetivo *dano* ambiental, invocando neste ponto o princípio do *usuário*-pagador para justificar que o empreendedor custeie medidas de *prevenção* de impactos ambientais.

Pensamos que o vetor epistemológico mais adequado em matéria de medidas compensatórias é o princípio do *poluidor*-pagador, porque o impacto ambiental, como abaixo se verá em PRIEUR, é em si mesmo uma forma de poluição, a determinar recuperação ambiental ou *medidas compensatórias* ou *mecanismos de compensação*. E o princípio do *poluidor-pagador* está na raíz da tributação ambiental, como se vê na já abundante doutrina sobre o tema, em que avulta a obra de Herrera Molina,[10] secundado entre outros por Amy J. Holzinger.[11]

A literatura econômica não discrepa. Para Serôa da Motta e Frickman Young:[12]

> *As perdas geradas pela degradação dos recursos naturais são obtidas através de estimativas de gastos necesssários para evitar essas perdas* [...] uma aplicação do conceito de *despesas* ambientais. (grifos nossos)

Em todos esses ilustres juristas e economistas lê-se que *o valor do impacto ambiental negativo ou da perda ambiental é sempre medido pelo custo de sua recomposição*; não pelo custo do empreendimento econômico ou da intervenção empresarial no Meio Ambiente.

Ora, o princípio da proporcionalidade consiste na exigência de adequação dos atos estatais aos fins estabelecidos pela Constituição. É na verdade um requisito de legitimidade[13] dos atos estatais.

6 A ausência do debate tributário no acórdão

Por isso, e também porque prestações pecuniárias compulsórias devidas ao Estado em função de previsão em lei específica, em razão do exercício de uma atividade privada lícita (e até licenciada, como é o caso em questão), regem-se pelo Direito Tributário, ramo jurídico autônomo e competente para disciplinar a instituição e arredadação

daquelas prestações que por ele se qualificam como tributos, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN, que complementa a Constituição (art. 146, III, a) e traz "a definição de tributos", entende-se *data venia* equivocado o foco da ação direta no combater a Compensação SNUC pelo ângulo da indenização mal instituída. Melhor razão teria o *amicus curiae*, que, em sua função própria de auxiliar o Tribunal a perceber mais amplamente a controvérsia, propôs à Corte a verdadeira natureza jurídica do instituto, que é tributária.

De todo modo, não se vê no acórdão *sub examen* qualquer discussão sobre esse tema fundamental trazido aos autos pelo Amigo da Corte. Também não se vê o enfrentamento da natureza jurídica indenizatória da Compensação proposta pela Autora da ação. Com o devido respeito, parece omissão a ser sanada de ofício pelo Tribunal, quiçá reavaliando a decisão embargada.

Ora, a Compensação SNUC é uma prestação legalmente obrigatória em dinheiro (obrigação de apoiar), não se destinando a punir ilicitude, pois o empreendimento especialmente impactante que está na sua origem é executado conforme o estado da arte em matéria de tecnologia, com a cabível mitigação ambiental, em função do desenvolvimento sustentável[14] exigido no atual estágio civilizatório.

A hipótese em que é devido esse *apoio financeiro* ao Estado recai na definição de tributo do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que tem status de lei complementar e não pode ser derrogado pela lei ordinária nº 9.985/2000 (*Lei do SNUC*); prescreve o CTN, consolidando a doutrina universal a respeito, que "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, intituída em lei e cobrada por atividade administrativa plenamente vinculada" é tributo.

A obrigação *ex lege* não deriva de uma ilicitude, pois o empreendedor age na chamada "zona de tolerância",[15] que se situa a meio caminho da "zona livre"[16] e da "zona proibida"[17] de utilização da Natureza. Aliás, a *Lei do SNUC* invoca como seus fundamentos os incisos I, II, III e VII do art. 225, § 1º, da Constituição Federal, e não o § 3º desse dispositivo, que é aquele que funda o combate à ilicitude ambiental por meio de sanções e reparações de danos causados.

Se as obrigações de implantar estação ecológica ou unidade de conservação conforme Resoluções do CONAMA,[18] nas palavras do Ministro Relator, são o precedente histórico da Compensação SNUC, não se deveria olvidar a natureza tributária do seu sucedâneo *in pecunia*, à luz do direito positivo brasileiro e da experiência internacional, como se verá adiante ao tratar-se de certo tributo ambiental alemão.

Pioneiro do Direito Ambiental, o Professor Michel Prieur,[19] trata dos instrumentos de aplicação do princípio do poluidor-pagador, mencionando entre eles os *mecanismos de compensação*.

Materialmente, do dever de implantar estação ecológica passou-se à de implantação de uma unidade de conservação e daí para a determinação de apoio financeiro

a uma unidade de proteção integral. Da delimitação normativa da "fattispecie" à hipótese de danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, por obras de grande porte, involuiu-se à previsão indiscriminada de *compensação* por empreendimentos de significativo impacto ambiental.

A Compensação SNUC deve ensejar um debate no STF sobre a natureza jurídica dessa dentre outras novas prestações pecuniárias que o Direito Ambiental vai trazendo à consideração da Doutrina e da Jurisprudência.

O tema da *tributação e políticas públicas*, ao propor uma nova visão integrada do fenômeno jus-financeiro,[20] especialmente pelo ângulo da *tributação ambiental*, com as tensões trazidas pela transversalidade que o ambientalismo produz na Ordem Jurídica, e que encontra reconhecimento hoje expresso no art. 170, V, da Constituição, haja vista o maior rigor material e formal do regime tributário, como garantia de Dignidade e Cidadania, enriquece o controle de proporcionalidade que cabe ao Poder Judiciário realizar em tema tão sensível.

7 Análise dos argumentos expendidos pelo STF

7.1 Medida de prevenção

Entendeu o acórdão embargado que a Compensação SNUC seria uma forma de compartilhamento de despesas com medidas oficiais de específica *prevenção* ante empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Embora o Direito Ambiental seja integrado pelo princípio da prevenção, este se caracteriza como norma de conduta *ex ante*, a exigir, por exemplo, o EIA-RIMA e o licenciamento ambiental, ou seja estudos prévios para *dimensionamento* dos riscos, das *medidas mitigadoras*,[21] e até das conseqüências *inevitáveis* de um empreendimento.

Mas a Compensação SNUC não visa prevenir impacto ambiental; ela não se confunde com qualquer providência do empreendedor ou do Estado para evitar tal impacto; nem se destina a custear obra ou *sub-obra* para compatibilizar o empreendimento com a preservação do ambiente – para tanto existem as medidas mitigadoras. Não, a Compensação SNUC visa custear a implantação de uma unidade de proteção ambiental em outro local que não aquele onde se situa o empreendimento em questão. Isso não é prevenção, mas tentativa de reproduzir alhures um ecossistema significativamente impactado, ou pelo menos de reequilibrar aqule impacto negativo.

É preciso distinguir entre as medidas mitigadoras em sentido amplo (providências de reversão ou redução dos impactos ambientais) e as medidas mitigadoras em sentido próprio ou estrito, que são as medidas *compensatórias*, isto é, cabíveis no caso de "impacto irreversível", nas palavras de Sílvia Capelli,[22] quando "impossível evitá-lo" (na linguagem de Leme Machado.[23] Ambos os autores entendem que a compensação

in natura, prevista em Resoluções anteriores do Conama, como a *compensação financeira* da Lei do Snuc são exemplos de medidas *compensatórias*. Eis aqui uma questão terminológica a ser precisada cientificamente (cf. nota 18 acima).

A Compensação SNUC pretende, como está no nome, ***compensar*** uma perda ambiental, sendo um *posterius* em relação a uma ocorrência inevitável, o significativo impacto ambiental, regendo-se, portanto, pelo *princípio do poluidor-pagador*, na sua vertente de determinação de recuperação ambiental ou de *medidas compensatórias* ou *mecanismos de compensação*, na lição de Michel Prieur,[24] que elenca entre estes "a compensação econômica, *financeira* ou '*in natura*'" quando "não se pode substituir [ou recuperar, adite-se] um meio natural, um biotipo ou uma espécie desaparecida. Faz-se *o poluidor pagar por uma poluição* quando não há restituição *in integrum* possível; (...) A compensação *in natura* acompanha freqüentemente certas providências de licenciamento (...) ela se assemelha neste caso às múltiplas formas de recuperação de áreas a cargo do poluidor" (grifos nossos).

É evidente a semelhança desse instituto com a *Compensação* SNUC brasileira.

Não se perca de vista que a obrigação de pagar a *Compensação SNUC* é na verdade sucedânea financeira de uma anterior[25] obrigação de fazer: implantar estação ecológica/unidade de conservação. E se a prestação financeira é compulsória recai na categoria tributária (art. 146, III, da CF c/c art. 3º do CTN).

Wilfried Kluth[26] relata que certa lei da Renânia do Norte-Westfalia prevê que o causador de degradação ambiental realize em outro lugar medidas compensatórias de proteção da natureza ou tratamento paisagístico, como a plantação de sebes e árvores. *Se isso não é possível ou resulta insuficiente*, prevê o pagamento de *prestações pecuniárias* que se designam como *tributos compensatórios* por danos à natureza. Segundo o Autor, o Tribunal Federal do Contencioso Administrativo alemão "qualifica o tributo compensatório de 'tributo especial com características próprias'", como no caso da lei de Baden Wurtemberg.

A semelhança desse instrumento germânico com a *Compensação SNUC* salta aos olhos e corrobora a afirmação de que se trata de vero tributo.

Se assim é, houve infração ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I) e à separação de poderes (art. 2º), pois o Legislador demitiu-se do dever de prever os elementos essenciais da novel obrigação tributária, delegando ao Administrador mais do que a integração de conceitos jurídicos indeterminados através da aplicação de juízos técnicos de valor. Não caberia aqui nem a figura do regulamento intra legem, de que se socorreu o STF no caso do SAT, pois a Lei so Snuc sequer estabelece graus de impacto a serem objeto de integração ou concreção por norma infra legal.

Ainda que não se aceite a natureza tributária da Compensação, constata-se uma carta em branco, como exposto nas manifestações do Ministro Marco Aurélio (pois a lei apenas cogitou de "um patamar mínimo de 0,5% dos custos totais do empreendimento", "uma vera e extravagante comissão") e do Ministro Joaquim Barbosa (porque

"não [...] fixado um patamar superior, ou seja, um percentual máximo"). Não passaria pelo seus crivos, nem como indenização, nem como sancionamento.

7.2 Desnecessidade de fixação em percentual do custo total do empreendimento

As compensações *in natura* antecessoras da Compensação Snuc (citadas pelo Ministro Relator) foram concebidas com proporcionalidade "*ao dano ambiental*" (Resolução CONAMA nº 10/87) ou "*à alteração e ao dano ambiental*" (Resolução CONAMA nº 02/96).

Com a edição da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, é que se partiu para a cobrança de uma prestação *in pecunia* desamarrada do dano (*rectius*, *impacto* ou *perda*) ambiental, mas vinculada ao custo total do empreendimento, que *não guarda conexão com aquele*, embora o Embargante-Réu insista no argumento.

Nesse ponto se afigura correta a censura do STF (daí a interpretação conforme dando procedência parcial a ação direta de inconstitucionalidade). Todavia, anular a proporcionalidade face ao custo do empreendimento não poderia levar à *retirada* da exigência lógica de proporcionalidade da *Compensação* em *relação à perda ou negativo impacto ambiental* a ser por ela *compensada*.

E qual o critério legal para apuração do valor daquela perda ou daquele impacto ambiental? Simplesmente não há. A lei era omissa e continua omissa mesmo após a pretendida interpretação conforme. O acórdão embargado entende que o EIA-RIMA deve conter a compostura do impacto ambiental que dimensionar, deixando-se ao órgão ambiental a fixação do valor da compensação de acordo com o grau específico de impacto ambiental causado pelo empreendedor.

Mas a lei não estabeleceu uma escala de graus de impactos a que se possa imputar esse ou aquele grau específico de impacto. Diverge ela, assim, dos precedentes da Taxa do IBAMA e do Seguro de Acidentes do Trabalho, que o STF placitou exatamente porque nas respectivas leis estavam tipificados graus baixo, médio e alto de risco ou de potencial de poluição, ou risco leve, médio ou grave, respectivamente (cfr. RE nº 416.601 e RE nº 343.446).

Por outro lado, ao EIA-RIMA não cabe pré-fixar valor de perda ambiental, muito menos de dano ambiental. O Decreto nº 99.274/90[27] e a Resolução CONAMA nº 01/86, que regulam os EIA-RIMAs, estabelece que o EIA-RIMA deve apenas proceder a diagnóstico ambiental, isto é, "definir os limites da área [...] a ser afetada pelos impactos"; "considerar os planos e programas governamentais [...] na área de influência do projeto, e sua compatiblidade"; "contemplar as alternativas tecnológicas e de localização do projeto"; definir "as medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos, [...] etc."; e a "elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos" (art. 6º).

O EIA-RIMA, portanto, é um trabalho técnico de diagnóstico e avaliação (no sentido de crítica, não de estimativa de valor pecuniário) do impacto ambiental e das alternativas de eliminação, mitigação ou compensação da perda ambiental correspondente.

Não obstante, se se entender que compete ao EIA-RIMA pré-quantificar o impacto, então não haverá necessidade de ato administrativo de fixação da Compensação, como manda a lei e é óbvio que seja, pois se trata de ato de autoridade a exigência e a liqüidação de um ônus financeiro previsto em lei como Receita Pública, inclusive para ensejar contraditório, como quis ressalvar o STF.

8 A avaliação do significativo impacto ambiental

Com todas as vênias, a decisão da Suprema Corte expõe ainda mais as vicissitudes da Compensação SNUC, deixando o próprio Estado refém da aplicação de uma lei que até hoje não soube ou não conseguiu regulamentar.

É que inexiste no ordenamento jurídico pátrio definição do que seja *significativo* impacto ambiental.[28]

Mais, não há no ordenamento vigente indicação de *critérios* pelos quais a autoridade administrativa ambiental possa guiar-se na concretização desse conceito complexo, que recai na categoria dos *juridicamente indeterminados*.

E, ainda, não há na lei brasileira norma sobre a avaliação da perda ambiental ou do significativo impacto ambiental gerador da *Compensação*.

Além de a lei não estabecer os critérios de avaliação das perdas ambientais, e *a fortiori* da eventual fixação administrativa da *Compensação*, a própria autoridade normativa ambiental (CONAMA) *desde o ano 2000* (data da *Lei do SNUC*) até hoje não formulou esses critérios que pudessem minimamente orientar a Fiscalização Ambiental. Prova disso é que a RESOLUÇÃO nº 371, de 5 abril de 2006, citada nos embargos do Réu, *pretextando considerar* "a necessidade de se estabelecer diretrizes gerais que orientem os procedimentos para aplicação da compensação ambiental", ao final e ao cabo, assim dispõe:

> Art. 15. O valor da compensação ambiental *fica fixado em meio por cento*[29] *dos custos* previstos para a implantação do empreendimento *até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia* para definição do grau de *impacto ambiental* [...] (grifos nossos)

Se a Administração Ambiental não soube ou não pode até aqui formular metodologia acima, agarrando-se ao esdrúxulo e inconstitucional (e censurado) percentual do custo total do empreendimento, é de se perguntar como ela agirá na ausência deste.

Na verdade, a decisão do STF deixa o Executivo órfão de qualquer critério: o que tinha é inconstitucional; a valoração da perda ambiental, ele não sabe ou não pode realizar.

A Lei n. 9.985/2000 contenta-se com *menos do que relevante* impacto ambiental, bastando que este seja *significativo* (assim considerado *pela Administração*) para gerar o dever de *compensar*.

Desenganadamente, *significativo* é vocábulo volátil, de conteúdo rarefeito, difuso, impregnado que é de um sentimento subjetivo de percepeção da realidade. Já *relevante*, ao contrário, é algo que é necessário, essencial ou indispensável, que se pode, pois, aferir objetivamente, por sua densidade própria, como algo saliente, que sobressai (isto é: incomum, extraordinário).

Deve-se realçar que quando a Constituição Federal usa a locução "*significativa* degradação do meio ambiente" (art. 225, § 1°, IV) fá-lo apenas para exigir *estudo* de impacto ambiental; mas quando a Constituição usa o vocábulo *relevante* é para permitir algo *extraordinário* no regime presidencialista, que é a medida provisória,[30] forma de *delegação legislativa* que de outra forma seria proibida pelo princípio da separação de poderes (cláusula pétrea).[31]

O direito constitucional positivo não discrepa da lingüística: relevante é mesmo algo muito mais grave do que significativo.

Do ponto de vista ambiental, se *impacto relevante* equivale a destruição de um ecossistema (Resolução CONAMA nº 2/96), e se impacto *significativo* é menos que isso, ou *qualquer coisa menos* que isso, já que não há critério legal de discriminação, então a *Lei do SNUC* pretendeu dar à Administração ambiental um *bill de indenidade*, pondo-lhe em mãos uma caixa vazia, onde literalmente *tudo* poderá gerar a obrigação de compensar.

Bem se vê que a indigência semântica do vocábulo *significativo*, a deixar no completo arbítrio subjetivo e incontrolável dos agentes da Administração a sua concretização, sem parâmetros objetivos na ordem jurídica, configura *insuportável quebra da legalidade* e, portanto, da segurança jurídica, apanágios do Estado de Direito. À Administração delegaram-se poderes legiferantes, *sem contrapesos* de controle político ou jurisdicional.

Registre-se que a Constituição fala em hipótese de *significativa* degradação ambiental (art. 225, § 1°, IV) para fundar a exigência legal de *estudo* de impacto ambiental; não para autorizar a *cobrança* de qualquer indenização ou tributo ambiental.

Adite-se finalmente que não é no inciso IV em que a *Lei do SNUC* busca fundamento para a indigitada compensação ambiental, mas nos incisos I, II, III e VII do § 1° do seu art. 225, que em nenhuma linha se valem daquele qualificativo ou da expressão degradação ambiental ou impacto ambiental significativo.

9 A expressão econômica do dano ambiental

Quanto à *medida* dos recursos objeto da exação em tela percebe-se o déficit de qualidade legislativa: a *Lei do SNUC* se valeu de conceito jurídico indeterminado ("grau de impacto ambiental" – que deve ser, repita-se à exaustão, *significativo*) para desta feita proceder a uma pseuda valoração da compensação. E laborou mal. Sequer listou os graus de impactos possíveis de ocorrer. E sequer correlacionou a eles diferentes alíquotas ou prestações respectivas às diversas intensidades de comprometimento do Meio Ambiente em razão daqueles impactos variados.

O STF[32] teve oportunidade de placitar o uso dos conceitos jurídicos indeterminados na tipificação tributária, exatamente em matéria de base de cálculo e alíquota quando rejeitou a argüição de inconstitucionalidade das normas regentes do Seguro de Acidentes do Trabalho. Nesse precedente, o STF reconheceu que *a lei fixara* base de cálculo *conexa* ao risco coberto pelo SAT (a remuneração do obreiro com fundamento na qual é ele de ser amparado em caso de sinistro); *fixou* também *as três alíquotas* da contribuição por sua vez *conexas* às gradações de *risco* por ela mesma mencionadas expressamente: 1%, 2% ou 3% conforme o grau de risco da atividade preponderante da empresa seja considerado leve, médio ou grave.[33]

Não é esse o caso da *Compensação SNUC*. Não, aqui a *Lei do SNUC* não traz parâmetros, critérios, a serem interpretados ou concretizados e que ao mesmo tempo orientem o juízo técnico da Administração ambiental, que assim fica livre, completamente livre (isto é, insuscetível de ser controlada) para fixar o valor de uma exação pecuniária de acordo com "*um grau*" de impacto ambiental não indicado pelo Legislador como grave ou alto, médio, leve ou baixo, máximo ou mínimo.

10 Base de cálculo e legalidade

A falta de limites legais na *Lei do SNUC* para a quantificação da prestação a ser exigida do empreendedor é gritante. Dava-se um *piso*, mas não se estabelecia o *teto* da *Compensação*, tornando-se virtualmente incontrolável a sua *fixação* unilateral pela Administração. O defeito foi claramente criticado pelo Ministro Joaquim Barbosa, vencido nessa parte. Agora, o STF propõe que a interpretação ou o contraditório do EIA-RIMA seja o parâmetro da Administração credora.

Parece haver, assim, uma *concentração de funções* na Administração, graças a desafortunado recuo ou vácuo legislativo (havendo o Congresso Nacional se demitido de sua prerrogativa e dever de produzir norma jurídica) que inviabiliza o contraste da atuação administrativa conforme a lei; e pela decisão ora comentada o Judiciário terá extrema dificuldade de exercer o seu múnus de controlar objetivamente a execução da lei lacunosa.

Nesse diapasão, ambos os embargos declaratórios apontam, vácuo legislativo em decorrência da decisão embargada do STF, sendo certo que a Autora propõe que os efeitos da interpretação conforme somente se dêem após a regulamentação da lei, talvez com o advento da metodologia de apuração do grau de impacto ambiental que a pré-citada Resolução CONAMA nº 371/2006 (nem qualquer outra até aqui) não conseguiu produzir.

Ora, para Seabra Fagundes:[34]

> O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte de

> lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e *dentro dos limites* nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. (grifos nossos)

No Direito Tributário, sempre mais rigoroso com a legalidade, a lição tradicional de que a tipicidade tributária aparece como uma forma especial de legalidade, que, a par exigir reserva de lei formal, tem um conteúdo substancial, de maneira que os preceitos legais se devam formular de molde a "que não se transfira aos seus aplicadores a função de determinar o *an* e o *quantum* da obrigação tributária".[35]

E o STF[36] fulminou a uma pretensa *taxa de fiscalização ambiental* do IBAMA, pela Lei nº 9.960, de 2000, entre outras razões porque "*não foram definidas as respectivas alíquotas ou o critério* a ser utilizado *para cálculo* do valor devido".

Ad argumentandum ex abundantia, qualquer que seja a natureza jurídica que se pretenda para a *Compensação SNUC*, seja a indenizatória (aqui rejeitada), seja a tributária, seja ainda a da novel figura jurisprudencial de "compartilhamento de despesas com medidas oficiais", parece evidente que não se encontra atendido o princípio da legalidade genericamente positivado no art. 5º, II, da Constituição Federal, pelo qual "ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Insinua-se claro também que essa indigência legislativa leva à infringência de outro princípio cardeal do Estado de Direito, que é o da separação de poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inciso III).

11 Antecipação da obrigação ao dano

A *Lei do SNUC* determina que a *Compensação* é devida no *licenciamento* do empreendimento, com base nos respectivos custos totais *previstos*, antecipando esdruxulamente o débito da obrigação, isto é, a ocorrência de impacto ambiental.

Assim, se o momento em que surge o dever legal de *apoiar financeiramente* o Estado não é mais o da ocorrência de impacto ambiental, mas o do licenciamento ambiental, então, procede a divergência do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que como nos casos acima citados, dá-se *uma exigência antes de o respectivo fato gerador haver ocorrido*, violando-se uma "premissa inafastável", que é a prévia ocorrência de degradação ambiental, o que, como visto, soa injurídico, inverte a ordem natural das coisas (o Amo implacável a que aludiu Napoleão Bonarte) e fere a lógiaca do razoável a que se referiu Recacéns Siches).

Conclusões

A natureza jurídica da compensação ambiental (*Compensação SNUC*) não pode ser dada processualmente como já resolvida pelo STF, face aos embargos declaratórios interpostos, que reclamam efeitos infringentes.

O momento é de uma oportunidade histórica para o STF reexaminar a questão sua grandeza de Suprema Corte. E a tarefa da Doutrina é ser útil ao Tribunal na elevadíssima missão de construir a melhor solução para o País, que Legislativo e Executivo não souberam editar, e que a um só tempo o Judiciário preserve a integridade da Constituição.

A linguagem progressivamente aberta e indeterminada utilizada pela lei (está em Karl Engisch),[37] que representa um refluxo do Legislador, máxime no campo da legislação de cunho técnico, como é o caso da legislação ambiental, e a pretensão integradora do Administrador que se arvora em autoridade normativa, tudo isso impõe ao Judiciário assumir uma função ainda mais relevante na defesa da Carta Fundamental.

Embora o Autor seja tradicionalmente favorável à utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em suma: tipicidade aberta,[38] não parece prudente admitir que a Lei não traga os elementos essenciais das obrigações e demais providências imponha à Cidadania, pena de se instaurar o arbítrio em lugar do Estado de Direito, quando este é o Estado que deixa controlar transparentemente.

Nesse sentido, em se tratando de prestação pecuniária, minimamente, a lei deve trazer os critérios objetivos da medida do ônus que pretenda impor: causa e momento lícitos da exigência, ordem de grandeza legítima e parcela desta que corresponda ao objeto da providência que determinar.

Em sede de compensação ambiental, releva o alerta do eminente Professor Michel Prieur:[39]

> A 'idéia de compensar' as conseqüências prejudiciais é interessante, mas perigosa. A compensação pode ser técnica ou financeira. Pode ser a instalação de uma cortina de árvores [...] o financiamento de uma represa [...] de uma reserva natural [...]. Há então *uma espécie de comércio* [...] *É nisto que a compensação é perigosa* (grifos nossos)

Criticando certa lei francesa que preconiza *medidas de compensação a serem previstas no EIA-RIMA*, afirmando que tal orientação, inspirada em preocupações de ordem econômica, que procura "tudo compatibilizar, mesmo a natureza, é justamente sentida como tendo como um objetivo prejudicial".

Ora, a *Compensação SNUC* só poderia ser devida em face da prévia comprovação de uma perda ambiental quantificável conforme critérios, graus de impacto, previstos em lei e após a respectiva liquidação de fato e não presumida e projetada em Termo de Compromisso incontrolável na prática, ensejando toda sorte de abusos e demandas escusas dos atores envolvidos no processo de *negociação* citado por Prieur.

Das alternativas postas à consideração do STF, parece ser a tributária a que melhor responde à necessidade de dar segurança jurídica à Administração, gestora do interesse público ambiental, e aos Empreendedores socialmente responsáveis pelo impacto

que sua atividade empresarial gera no patrimônio de uso comum do povo, que é o Meio Ambiente, sem respeito ao qual não haverá sequer possibilidade de sobrevivência e fruição dos bens produzidos por este ou aquele empreendimento econômico, em prejuízo último à Cidadania e à Dignidade da Pessoa Humana.

Seja qual for o regime jurídico acolhido pelo STF para a *Compensação SNUC*, se não reconsiderar sua posição favorável a ela, como até aqui positivada, é fundamental que a Suprema Corte reflita sobre a exigência de lei para estabelecer critérios objetivos de avaliação de perdas ambientais decorrentes de significativo impacto ambiental (a definir-se), reflexão essa suscetivel a gerar, por exemplo, adições ou condicionamentos integradores de interpretação conforme. Estará assim homenageando os princípios da legalidade e da separação de poderes, que hoje demandam colaboração e não exclusão ou compartimentalização de funções.

: ARTIGO APROVADO (30/04/2009) : *RECEBIDO EM 04/11/2008*

NOTAS

1 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, cap. VI.

2 Ag In nº 2005.01.00.060479-0-DF.

3 *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

4 *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 396.

5 *"Compensação Ambiental:questões controvertidas", in Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, ano 11 – julho-setembro/2006, p. 101/114, especialmente à p. 111.

6 *op. cit.*, p. 108-110.

7 Cf., do autor, *Direito Tributário e Meio Ambiente*, *cit.*, cap. II.

8 A preocupação ambientalista no Brasil não é, porém, novidade da Constituição de 1988, pois o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934 - Art. 98 - proibindo construções capazes de *poluir* ou *inutilizar* a água do poço ou nascente alheia; Art. 109 – afirmando a ilicitude do *conspurcar* ou *contaminar* as águas; e Art. 110 – determinando o *custeio* ds trabalhos para a salubridade das águas *pelos infratores*, além da sua responsabilidade criminal), o Código Penal de 1940 (Art. 271 – criminalizando a *corrupção* ou *poluição* de água potável), a Constituição de 1946 (art. 141, § 38 – prevendo *ação popular* para anular atos lesivos ao patrimônio público, regulada pela Lei nº 4.717/65) e a Carta de 1967/69 (pondo sob *proteção especial* do Poder Público os locais de *valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis*, bem como as *jazidas arqueológicas* – art. 172, parágrafo único) foram antecedentes pioneiros da defesa ambiental no País.

9 O Convênio ICMS nº 101, de 12 de dezembro de 1997, prorrogado sucessivamente (até 30 de abril de 2007, pelo Convênio nº 10/2004), isenta do ICMS as operações com produtos também isentos de IPI ligados à conversão de energia eólica e solar. A *seletividade ambiental*, como a clássica, também determina a exoneração fiscal de bens essenciais, só que, agora, este vetor é o da *essencialidade ambiental*.

10 A idoneidade dos tributos ambientais "exige, antes de tudo, uma *adequada configuração dos fatos geradores e elementos quantitativos* do tributo ambiental [...] Esta relação exige, por regra geral, que as bases de cálculo não tenham caráter monetário, senão que se trate de *parâmetros em sentido estrito, constituídos por unidades de produtos contaminadores ou suscetíveis de produzir deterioração ambiental*." (*Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 166 – grifos nossos).

11 "Uma *conexão deve existir entre a poluição que o ecotributo* deseja prevenir e a entitade tributável. Se nenhuma conexão ou somente uma mínima conexão existir entre a base do tributo e a poluição, talvel não haja o impacto benéfico sobre a poluição." *Eco-Taxes in the European Union: The need for a uniform structure*, Wisconsin International Law Journal (2003), p. 198 (grifos nossos).

12 *Sistemas Integrados – 3.3 Procedimentos de Valoração, in Contabilidade Ambiental: teoria, metodologia e estudos de casos no Brasil* (MOTTA, Ronaldo Seroa da, coord.). Rio de Janeiro: IPEA, 1995, p. 35.

13 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

14 Esta, aliás, é a lição que se colhe no julgamento da medida cautelar na ADI n. 3.540, de que foi relator o Ministro Celso de Mello, em que o princípio do desenvolvimento sustentável é reconhecido como de "caráter eminentemente constitucional" (cf. ementa do acórdão).

15 HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Principios y Valores de la Fiscalidad Ambiental (Especial referencia a los tributos de tolerancia)*: apresentação no Congresso Internacional de Direito Tributário do Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Tributários, em 29.04.2005.

16 Correspondente ao mínimo existencial ambiental, onde a ação humana de subsistência não causa impacto.

17 Onde a incursão humana ultrapassa os padrões legais e é ilícita, sujeita a sanções repressivas.

18 Resoluções administrativas, aliás, inconstitucionais, porque não obedientes ao princípio da legalidade (art. 5°, II da Constituição).

19 *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991, p. 128-129.

20 Sobre o assunto cf. a coletânea *Direito Tributário e Políticas Públicas* (DOMINGUES, José Marcos, coord. São Paulo: MP Editora, 2008).

21 *Medidas mitigadoras* são providências "destinadas a *prevenir* impactos negativos ou *reduzir* sua magnitude" (FREIRE, William e MARTINS, Daniela Lara. *Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Mineira: 2003, p. 259) (grifos nossos).

22 *O Estudo de Impacto Ambiental, in Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão* (BENJAMIN, Antonio Herman V. – coord. São Paulo: RT, 1993, p. 152-169, esp. p. 163).

23 Leme Machado também inclui a recuperação ambiental como exemplo de medida compensatória.

24 *Droit de l'environnement*, cit., p. 128-129.

25 A Resolução CONAMA nº 10, de 3 de dezembro de 1987, preconizou compensação *in natura*, ou seja, a criação, pelos empreendedores, "*preferencialmente junto à área*", de unidades de conservação ambiental, privadas, com finalidade semelhante à que tem hoje, na "*Lei do SNUC*", a compensação financeira co-respectiva, isto é, uma prestação *in pecunia* em *apoio* a unidades de conservação mantida pelo Poder Público. Ulteriormente, a Resolução CONAMA nº 02, de 18 de abril de 1996, determinou a constituição de unidades de conservação públicas com recursos dos empreendedores "*na região do empreendimento*" (grifos nossos). Em todos estes casos dá-se uma avaliação econômica, patrimonial, financeira do

volume de recursos particulares a serem investidos pelo empreendedor ou por ele transferidos ao Estado, com a finalidade expressa de compor, estruturar uma área para *recompor*, re-equilibrar, o Meio Ambiente negativa e irremediavelmente impactado por determinado empreendimento econômico. Note-se, por fim, que o art. 36 da Lei do SNUC não se refere à necessária ou preferencial localização das Unidades de Proteção Integral na área ou na região do empreendimento.

26 *Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana*, *in Fiscalidad Ambiental* (Ana Yábar edª). Barcelona: Cedecs Ed., 1998, p. 194.

27 "Art. 17. [...] § 1º Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento, contendo, entre outros, os seguintes itens: a) diagnóstico ambiental da área; b) descrição da ação proposta e suas alternativas; e c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos. § 2º O estudo de impacto ambiental será realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental RIMA, (...)". Cf., no ponto, CAPELLI, *op. cit*., p. 162).

28 A Constituição Federal emprega o adjetivo no art. 225, § 1º, IV, sem todavia conceituá-lo; a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) também não o faz (art. 10, § 4º); a *Lei do SNUC* (art. 36) e seu Regulamento (art. 31 e segs.), ainda uma vez, não o fazem; e nem o faz a Resolução CONAMA nº 1/86, sobre estudos de impacto ambiental (art. 1º), restringindo-se a pretextar conceituar impacto ambiental (em pretensa adaptação do texto da Lei nº 6.938/81) pelo que esta define como "degradação" e "poluição".

29 Curioso, no mínimo, é notar que o Governo Federal pleiteou a Suspensão de Segurança nº 2.875-8-DF, *contra a concessão de liminar* que limitava o percentual da *Compensação SNUC* a *meio porcento* do custo total dos empreendimentos em causa, tachando-a de atentatória às finanças públicas, para, não obstante, *dois dias antes* de obter a providência no STF no dia 7 de abril, editar o CONAMA a Resolução nº 371, *estabelecendo* o *mesmo* limite.

30 "Art. 62. Em caso de *relevância* e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional." (grifos nossos).

31 Art. 60, § 4°, III, c.c. art. 2°.

32 Recurso Extraordinário nº 343.446-2/SC, Relator: Min. Carlos Velloso.

33 Art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação das Leis nº 9.528/97 e nº 9.732/98: "A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...] II. — para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

34 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1979, p. 94. No mesmo sentido é o pungente alerta de CIRNE LIMA, para quem a necessidade da lei é a "necessidade individual de proteção contra o arbítrio despótico no exercício da autoridade pública" (*Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Graf. Ed. Santa Maria, 1953, p. 71).

35 NOVOA, García. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 117.

36 ADIN nº 2.178-DF, acórdão unânime de 29.03.2000, fls. 81, publicado no DJ de 12.05.2000.

37 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* Lisboa: tr. port. da edição alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; e 7ª edição da tr. port. da edição alemã (1983), 1996, p. 206-208.

38 Cf. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita*. Rio de Janeiro: 2ª ed., Renovar, 1999, p. 88-106; DOMINGUES, José Marcos. *"Legalidade Tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta", in* RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sérgio André - coords. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 55-70.

39 Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 234 (grifos nossos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPELLI, Sílvia. O Estudo de Impacto Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 152-169.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DOMINGUES, José Marcos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____(coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008.

_____. Legalidade Tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sérgio André (coord.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* Lisboa: tr. port. da edição alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988; e 7ª edição da tr. port. da edição alemã (1983), 1996, p. 206-208.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara. *Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Mineira, 2003.

GARCÍA NOVOA. *El Principio de Seguridad Jurídica em Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

HOLZINGER, Amy J. *Eco-Taxes in the European Union: The need for a uniform structure*, Wisconsin International Law Journal (2003), p. 198, *passim*.

KLUTH, Wilfried. Protección del medio ambiente mediante tributos ecológicos en la República Federal Alemana. In: *Fiscalidad Ambiental* (Ana Yábar edª). Barcelona: Cedecs Ed., 1998, p. 194, *passim*.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo: RT, ano 11, jul-set/2006, p. 101-114.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. (coord.). Sistemas integrados – 3.3 procedimentos de valoração. In: *Contabilidade ambiental:* teoria, metodologia e estudos de casos no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1995.

LIMA, Ruy Cirne Lima. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Graf. Ed. Santa Maria, 1953.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação da receita. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 88-106.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.

José Marcos Domingues

Livre docente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Professor titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Rua Senador Vergueiro, 159, apto. 901
Flamengo – 22230-000
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
jm.domingues@globo.com

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: FUNDAMENTAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE

Valéria Ribas do Nascimento

THE HERMENEUTICS PHILOSOPHY FOR DEMOCRATIC JURISDICTION. VALIDATING/APPLYING THE LEGAL RULE IN PRESENT DAYS

RESUMO

O percurso para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito inclui a valorização da jurisdição constitucional. É necessário o desvelar da materialidade dos direitos fundamentais presentes na carta fundamental, principalmente, em países com profundas desigualdades sociais, como é o caso do Brasil. Dessa forma, considerando o papel da hermenêutica, desenvolvem-se alguns apontamentos sobre teorias que envolvem a interpretação das normas jurídicas, até o desenvolvimento da filosofia heideggeriana-gadameriana, bem como a influência desses autores para o direito na contemporaneidade, de forma a evitar decisionismos e arbitrariedades. Posteriormente, sublinha-se a transformação operada na jurisdição com o surgimento do neoconstitucionalismo. Vale observar que a discussão em torno do debate entre as teorias discursivas/argumentativas e a filosofia hermenêutica não pretende ser exaustiva, apenas traçar aspectos para auxiliar a busca pela resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto. Ainda que pesquisa indique a utilização de um método de abordagem dialético, opta-se por não se utilizar uma metodologia tradicional, já que os métodos fecham-se à realidade, bem como podem ser todos e nenhum ao mesmo tempo. Assim, entende-se que a fenomenologia hermenêutica é mais adequada aos objetivos deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE

Estado; constituição; jurisdição constitucional; hermenêutica; democracia.

ABSTRACT

The path towards the democratic Rule of Law's State includes the need for emphasis of constitutional law. It's necessary to remove the veil off of the fundamental rights present in the constitution, especially in countries with profound social inequalities, such as Brazil. Is this manner, taking in consideration the role of hermeneutics, some notions that involve rule of law interpretation are developed, including the progress of the heidegerian-gadamerian philosophy, as well as the influence of these authors to contemporary law, as a way to avoid early decisions and arbitrariness. In sequence, the transformation suffered by jurisdiction with the advent of neo constitutionalism is highlighted. It is important to note that the discussions concerning the debate between the discursive/argumentative theories and hermeneutics are not meant to be final, only to trace aspects in order to help the search for the best suited hermeneutics answer in each case. Should the research point towards a dialectician approach, a traditional methodology won't be used, since the methods are closed to reality and can be all and none at the same time. Therefore, we see that phenomenology hermeneutics is the best suited for the goals of this article.

KEYWORDS

State; constitution; constitutional jurisdiction; hermeneutics; democracy.

"Eu dizia que o mundo é absurdo, mas ia muito mais depressa. Este mundo não é razoável em si mesmo, eis tudo que se pode dizer. Porém o mais absurdo é o confronto entre o irracional e o desejo desvairado de clareza cujo apelo ressoa no mais profundo do homem. O absurdo depende tanto do homem quanto do mundo. Por ora, é o único laço entre os dois."
Albert Camus, O Mito de Sísifo

Considerações iniciais

A importância das chamadas divindades de Olimpo que embasaram as religiões da Grécia e Roma antigas, atualmente, não pertencem ao âmbito da teologia, mas à literatura, arte, poesia, ou seja, busca-se através do retorno à mitologia o resgate ao imaginário. Este, na contemporaneidade, muitas vezes, encontra-se aprisionado pelos paradigmas metafísicos desenvolvidos no decorrer da história. Nos dois capítulos deste artigo, citam-se, metaforicamente, *Jano* e *Sísifo*. A primeira personagem manifestando duas cabeças e, aparentemente, a possibilidade de dois lados a seguir, enquanto a segundo retrata a lenda da condenação de um homem em carregar uma pedra morro acima. As perguntas que giram em torno da relação de Jano com a busca pelo sentido na Constituição, ou da relação de Sísifo com o papel do intérprete na teoria hermenêutica, serão desenvolvidas no decorrer deste texto. Todavia, importa destacar, desde já, o objetivo de demonstrar a relação da hermenêutica com a jurisdição e vice-versa, em um processo recíproco de desvelamento, a fim de se levar a sério a análise dos casos concretos.

Por isso, na primeira seção desenvolve-se a trajetória da hermenêutica na superação da filosofia da consciência – teoria que procurou transformar o direito em uma ciência lógica e exata. Entretanto, o direito é uma ciência social aplicada, ou melhor, uma ciência histórica em constante modificação, por isso, foi necessário à superação do paradigma vigente no Estado Moderno. Dessa maneira, no século XX, surge a hermenêutica heideggeriana-gadameriana, em que se observa o "método" fenomonológico, como um binômio velamento/desvelamento ou, em outras palavras, como um círculo hermenêutico, que evidencia a compreensão implicada em um dar-se conta da própria condição humana.

Levando em consideração essa teoria objetiva-se traçar alguns aspectos desenvolvidos por Lenio Luiz Streck, ao interpretar Heidegger e Gadamer, que podem auxiliar a jurisdição constitucional na fundamentação/aplicação das normas jurídicas.

Na segunda seção procura-se apontar o novo enfoque trazido pelo constitucionalismo do pós-guerra e o crescente processo de juridicização da Constituição, ou seja, o aumento do papel da Justiça Constitucional na implementação de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. Pretende-se conduzir a dupla estrutura da linguagem presente na hermenêutica filosófica até a jurisdição constitucional, como forma de efetivação da materialidade constitucional.

Salienta-se que as críticas desenvolvidas em torno das teorias discursivas/argumentativas de cunho procedimental, que são abordadas no decorrer do texto, de forma alguma, têm a pretensão de esgotar a matéria, tendo em vista a complexidade e diversidade de enfoques abordados por diferentes autores que tratam do tema.

1 Da hermenêutica à jurisdição constitucional: Jano e a busca pelo sentido na constituição

Ao lançar o olhar para a Grécia e Roma antigas retoma-se a imagem e a importância das divindades, tanto em produções de poesia como de belas artes, antigas e modernas. Dentre as divindades romanas, estava Jano, que era considerado o porteiro do céu. Era ele que abria o ano, resultando assim, até hoje, a nomenclatura do primeiro mês anual. Como divindade guardiã das portas, era geralmente apresentado com duas cabeças, pois todas as portas se voltam para dois lados (BULFINCH, 2003, p. 17). Considerando a importância da interpretação e da busca pela resposta adequada à Constituição é importante perceber que entre os dois lados de Jano, haverá o lado que levará a "verdade", sob o ponto de vista transcendental, ou seja, uma atitude cognitiva ao fenômeno convergente, que leve a *resposta hermeneuticamente*[1] adequada e fundamentada ao caso concreto.

Peter Häberle (2008, p. 123) demonstra que o conceito de verdade é um valor cultural para o Estado Constitucional, principalmente após as experiências com o modelo totalitário; logo, é indispensável o estudo dessa temática na contemporaneidade. Não se trata de uma ilusão pela busca do "método", desenvolvido pelas ideias de Descartes e dos iluministas do século XVIII, que objetivava a certeza dos raciocínios matemáticos, mas é necessário que haja a estranhamento em face da constatação de que casos diferentes não exigirão respostas iguais, ou que casos iguais possam ter respostas diferente. É necessário que a angústia do estranhamente, desenvolvida por *Martin Heidegger,*[2] leve ao alinhamento de projetos compreensivos.

Nesse sentido, na busca de novos caminhos, a sociedade passa por transformações contínuas ao longo da história. Com a formação do Estado Moderno[3] rompeu-se a dominação medieval e a fragmentação do poder foi, gradativamente, substituída pela institucionalização do poder, o que implicou o abandono das doutrinas filosóficas vigentes até o momento. O paradigma da verdade baseado na fé em Deus, passou a ser o da verdade baseada na razão. Nessa sequência, o Estado assume uma roupagem absolutista, posteriormente liberal, até chegar ao Estado contemporâneo e suas diversas faces (Estado Social e Estado Democrático de Direito).

No âmbito dessas reflexões, interessa notar a importância da teoria hermenêutica, que busca traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Essas considerações demonstram a íntima relação entre Direito e linguagem, pois sempre existe uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na

situação concreta (STRECK, 2007, p. 126). Nas palavras do próprio Gadamer: "O homem somente conhece o texto, porque é um ser histórico" (2003, p. 311).

Assim, a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria da filosofia da década de 1920, é também a demonstração da *revolução copernicana*[4] que atravessa o direito a partir do segundo pós-guerra. O problema que gira em torno da construção de um caminho capaz de dar conta do sentido de um discurso de interpretação dos textos legislativos é fundamental para o acontecer de uma jurisdição constitucional apta a efetivar os direitos fundamentais da pessoa humana, essenciais para um Estado verdadeiramente democrático.

1.1 A trajetória da hermenêutica na superação da filosofia da consciência

A explicação etimológica que gira em torno de *hermènêus* e da *hermèneutike* é relacionada, em regra, com o *deus mediador Hermes*, portador da vara mágica que possibilitava aos humanos compreender os desígnios divinos. Surge, assim, a ideia de um mensageiro divino, que transmite e esclarece o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Na realidade, não se sabia o que os deuses tinham dito, somente, se sabia o que Hermes dizia acerca do que os deuses previam. Daí aparece a (inter)mediação. Dessa maneira, Streck (2007, p. 126, 127) refere que é na metáfora de Hermes que se localiza toda complexidade do problema hermenêutico, pois trata de como dar sentido às coisas.

Laurence Tribe e Michael Dorf (2007), levando em consideração essa constante atribuição de sentido e o papel da hermenêutica constitucional, rejeitam qualquer teoria originalista da Constituição. Os autores americanos defendem a interpretação das normas jurídicas constitucionais e das categorias jurídicas como proteção substantiva dos direitos fundamentais. Por isso é necessário encontrar princípios de interpretação que possam colocar a Constituição em uma realidade mais segura e determinada.

O desenvolvimento da reflexão em torno da hermenêutica traz a assinatura da modernidade. Todavia, diferentes concepções podem ser seguidas retroativamente na antiguidade. Ao lado dos racionalistas eletas e platônicos existia uma série de sofistas relativistas, os quais tinham conhecimento de perspectivas humanas relacionadas ao poder. É, pois, questionável, até onde a história da hermenêutica deva recuar no passado. A resposta depende do que se pretende entender por hermenêutica (GRONDIN, 1999, p. 47-48). O primeiro autor a apresentar essa ampliação quanto à pretensão de universalidade da hermenêutica foi Dannhauer, sendo também o primeiro a empregar a palavra hermenêutica. O seu programa filosófico encontrou numerosos seguidores no racionalismo dos séculos XVII e XVIII, como, J. Clauberg, J. E. Pfeiffer, J. M. Chaldenius e G. F. Meier. Igualmente, no iluminismo não faltaram hermenêuticas especiais (GRONDIN, 1999, p. 97, 98).

Não se pode deixar de mencionar que o nominalismo (conceptualismo) de Hobbes e de Locke é de fundamental importância para a questão política relacionada

à emergência das teses contratualistas acerca do Estado. Essas teorias mediaram o rompimento da possibilidade da existência de essências e verdades imanentes. O especial lugar que concederam à linguagem e sua posição contrária à existência de universais tornaram-se importantes instrumentos para o rompimento com os dualismos metafísico-essencialistas. *Não é temerário dizer que as teses nominalistas abrem os caminhos para o triunfo da viragem linguística ocorrida no século XX*. Entretanto, sublinha-se que Hobbes e Locke estavam diretamente influenciados pelas noções metafísicas, repletas de raciocínios matemático-dedutivos.

Nesse viés, a Idade Moderna foi marcada por um relevante momento histórico, iniciado no século XVIII, que se denominou iluminismo, ou "Século das Luzes". Na época ocorreu a predominância do progresso das ciências matemáticas e da técnica e a emancipação das ciências humanas da filosofia. Mas, ao mesmo tempo, o iluminismo produziu uma visão unilateral, pois estabelecia que a razão seria a única explicação para as coisas do universo. Isso caracteriza um retorno à metafísica, produzindo um constrangimento para o tipo de inventividade que justamente a tradição hermenêutica e a tradição filosófica tentam estabelecer (STEIN, 1996, p. 41).

A filosofia do direito aparece como título e sistematicidade na obra de Hegel. Todavia, por maior que exista um salto hegeliano na questão do direito, ele pensa as ciências jurídicas como um sistema absoluto. Ernildo Stein (2007, p. 101) afirma que no pensamento dialético a linguagem coincide com o objeto e o direito é exposto, não sendo interpretado, ou seja, na exposição dos sistemas dialéticos, a hermenêutica é apenas um apêndice.

Depois de Hegel, iniciou-se uma série de movimentos filosóficos, marcados pelo clima de transformação da revolução industrial. A filosofia via-se *envolvida por uma sociedade progressivamente transformada por novas formas de convívio, novos valores, novas teorias sobre psicologia, religião e a história sobre o papel dos novos tipos de homens* (STEIN, 2007, p. 102). Nesse contexto de fim das filosofias, surgiram, por volta de 1850, indivíduos como Marx e Darwin e um pouco mais tarde, Freud e Nietzsche. Aparentemente, a segunda metade do século XIX, apresentava a filosofia sem novidades, mas as transformações eram profundas. Depois de Hegel se volta a Kant, através do chamado neo-kantismo, e se passa à busca de alternativas contra o materialismo pela escola histórica alemã. (STEIN, 2007, p. 102).

O neo-kantismo percebia o direito como uma defesa da moral e do Estado. Não mais se buscava a razão, mas a defesa dos princípios e valores para justificar o direito. Era o começo do positivismo com regras e técnicas de interpretação, buscando-se um rigor lógico-dedutivo. Cita-se, ainda, a escola histórica alemã, com Ranke, Troeltsch, Dilthey, entre outros, que introduziria uma teoria da história, com certas hipóteses para encontrar o estatuto legitimador das ciências humanas (STEIN, 2007, p.102, 103).

As crises pela qual passava a filosofia da época são o pano de fundo para o surgimento da fenomenologia, com Husserl, na década de 1910. Posteriormente, Heidegger

radicaliza a hermenêutica, como será demonstrado a seguir. É importante destacar que a teoria desenvolvida por Streck, atualmente no Brasil, denominada de *Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)* ou *Nova Crítica do Direito (NCD)*,[5] tem como base justamente a desconstrução da metafísica vigorante do pensamento dogmático do direito, na modernidade também denominada de teoria do conhecimento (filosofia da consciência). Assim, reintroduzindo o direito no domínio das ciências da compreensão é possível recuperar sua função social e democrática. No decorrer destas reflexões objetiva-se demonstrar a importância da hermenêutica filosófica na elaboração de uma análise antimetafísica da jurisdição constitucional.

1.2 A hermenêutica heideggeriana-gadameriana e a compreensão na jurisdição constitucional

Martin Heidegger (1889-1976), um dos principais filósofos do século XX, deixou uma produção bibliográfica que ultrapassa mais de cem volumes. Para Rüdiger Safranski (2000, p. 18), as obras do filósofo formam capítulos excitantes da história, sendo necessário falar dele *no bem e no mal, e além do bem e do mal*.

O pensamento de Heidegger deve ser analisado a partir do momento histórico em que o mesmo se encontrava, pois no início do século XX iniciava-se na Europa uma espécie de desestruturação do pensamento filosófico. Na verdade, depois da crise das teorias ligadas ao pensamento absoluto, inicia-se uma espécie de desagregação do pensamento filosófico. *Essa desagregação se deve em parte ao surgimento das ciências humanas que começavam a se afirmar com autonomia*. Com efeito, foi o campo ideal para o retorno das teorias do conhecimento, chamadas de epistemologias. Entre elas, duas se sobressaem: a da lógica e a da linguagem, sendo que esta não aceitava explicações puramente científicas, destacando-se a fenomenologia de Edmund Husserl. No momento em que Heidegger observa a fenomenologia percebe que está diante da possibilidade do recomeço da filosofia, a qual se afasta da metafísica aprisionada ao esquema sujeito-objeto e visa a situação concreta do homem (STRECK, 2006, p. 425).

A análise de Heidegger é consagrada à questão do ser. Assim, em 1927, lança *Ser e tempo,* considerado um dos mais importantes livros da atualidade, em que consta a provocação em torno da *ontologia fundamental*[6] como analítica existencial. Importa referir que durante o desenvolvimento das demais obras de Heidegger ocorre o fechamento de alguns ciclos e a abertura de novos. Dessa forma, Gianni Vattimo (1996, p. 109-110) aborda três momentos da filosofia heideggeriana. Primeiro ciclo até a verificação de *Ser e tempo*. Dessa obra surgem algumas indagações como: o problema da diferença ontológica, do nada e da verdade, o que leva ao "segundo" Heidegger a reconstruir a história da metafísica e o "terceiro" a buscar uma compreensão não metafísica do ser. Salienta-se que os três momentos supõe um fio condutor unitário de aprofundamento dos temas abordados em sua grande obra (STEIN, 2004, p. 28).

Dessa maneira, para se compreender a linguagem, é indispensável contextualizá-la. As proposições dependem da situação histórica, cultural e do viés subjetivo. Heidegger recomendava ao ser humano estabelecer-se radicalmente ao nível da finitude, elaborando a própria estrutura preconceituosa como estrutura positiva e ontológica da compreensão, para perceber as próprias possibilidades, a partir da situação existencial. Recuperou o questionamento epistemológico do *historicismo*,[7] buscando um dar-se conta do ser-no-mundo, ou ser-aí (*Dasein*).[8]

Durante a década de 1930, vai tomando forma o movimento de ir além do projeto de *Ser e tempo,* denominado por Heidegger de *Kehre,* de viravolta. Nessa fase, ele indica o pensamento que põe o problema do ser mais além (meta) do ente como tal. Afirma que a metafísica está conaturalizada com o próprio estar-aí do homem (HEIDEGGER, 1991). Já, o Heidegger III procura afastar as cortinas com que se fecha o verdadeiro cenário do ocidente (STEIN, 2004, p. 27). Grande parte da obra publicada a partir do fim da década de 1940 poderia ser considerada um diagnóstico dos fenômenos fundamentais da segunda metade do século XX. Trabalhando com a questão da linguagem, da técnica, arte, poesia, pensamento, dentre outras, Heidegger retoma o seu pensamento para apresentar respostas aos problemas postos pela humanidade. Nesse sentido cabe lembrar que o direito se rege pela palavra. É interpretando a palavra escrita na lei que se faz a justiça do caso concreto.

Quanto ao filósofo Hans-Gerg Gadamer (1900-2002), pode-se dizer que ele é conhecido por várias obras, dentre elas está o livro *Verdade e método*. Gadamer destacava-se pela simpatia e humildade, além do enorme e indiscutível conhecimento filosófico. O autor detalhando os estudos de Heidegger buscou humanizá-lo. Ao completar 102 anos, disse a um jornalista da agência alemã DPA: "Queres saber uma coisa? O que eu penso não é tão importante. A única frase que quero defender sem restrição é que os seres humanos não podem viver sem esperanças" (GADAMER, 2002).

Na obra *Verdade e método,* que pode ser lida "Verdade contra método", desenvolve-se o acontecer da verdade, no qual sempre está presente a tradição. Evidencia-se a possibilidade de explicar fenomenologicamente esse acontecer em três esferas da tradição: na obra de arte, na história e na linguagem. *A hermenêutica que cuida dessa verdade não se submete a regras metódicas das ciências humanas, por isso ela é chamada de hermenêutica filosófica.* Assim, Gadamer inaugura um lugar para atividade da razão, fora das disciplinas da filosofia clássica e num contexto em que a metafísica foi superada (STEIN, 2007).

Gadamer retoma o diálogo com as ciências humanas, não para trabalhar essencialmente uma metodologia hermenêutica, mas, sim, para realçar a insustentabilidade da ideia de um conhecimento universalmente válido e o questionamento do historicismo. A controvérsia do historicismo, tangenciada por Heidegger, torna-se labor central para Gadamer (2003, p. 37-44), sendo que este reconstrói a estrutura ontológica do círculo hermenêutico heideggeriano. Destaca-se que a categoria do círculo hermenêutico,

ou do sentido reduplicado, é de fundamental importância para o direito e para jurisdição constitucional, pois a premissa filosófica demonstra que a história, a cultura e a tradição já estão na estrutura de compreensão do intérprete, formando uma circularidade (STEIN, 1996, p. 42). Isso sublinha a necessidade de fundamentação do julgador para se atingir a resposta hermeneuticamente adequada em cada processo.

É patente na leitura gadameriana a fundamentação vinculada à lógica de perguntas e respostas, ou seja, o fenômeno hermenêutica implica o caráter original da conversação na busca pelo sentido, no acontecer da verdade através da linguagem (GADAMER, 2003, p. 482). Somente se alcança a verdade do texto ao perguntar, ao analisar os argumentos apresentados no caso concreto.

Outro aspecto central da hermenêutica gadameriana é a questão da aplicação. Assim como Heidegger, Gadamer entende que compreender é sempre um compreender-se, e não reproduzir, mas, sobretudo, aplicar. Entender um texto do passado também implica trazê-lo para o presente. Relacionando a filosofia e o direito, Gadamer afirma que o saber acerca do direito e dos costumes sempre será completado através do caso particular. O juiz não apenas *aplica a lei* em concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para a evolução do direito (direito judicial). Assim, como o direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular* (GADAMER, 2003, p. 79). Dessa maneira, é ressalvada a importância da análise individual, fática, de cada caso em concreto, pois não se pode afirmar que o juízo só seja produtivo, mas, ao contrário, deve-se reconhecer a produtividade do juízo.

Segundo a filosofia gadameriana, *o ser que se pode compreender é linguagem*. Essa frase não quer dizer o domínio daquele que compreende sobre o ser, ao contrário, significa que o ser não é experimentado, assim algo pode ser construído (GADAMER, 2003, p. 612). Nessa lógica, concebe compreensão como poder de disposição, ou como participação em um significado, em uma tradição, enfim, em uma conversação. Não existe enunciado afirmativo, mas um ato em transformação.

Com Stein sublinha-se que, em Heidegger, a hermenêutica é adjetivo e em Gadamer, substantivo, o que revela uma diferença fundamental entre os dois autores. Para Gadamer a intenção ontológica se dirige para a nunca recuperável historicidade do compreender que é uma experiência fática em todo universo das ciências humanas (STEIN, 2007, p. 78).

A hermenêutica realiza a interpretação da faticidade humana, que tenta prestar contas da sua finitude como a do horizonte universal, a partir da qual tudo pode fazer sentido. Vislumbra-se sua importância não só como forma de interpretação das regras jurídicas, mas também como uma forma de adequá-las às constantes modificações sociais. O atual momento em que se encontra o direito constitucional necessita de meios para adquirir efetividade. Nesse passo, verifica-se a utilização da hermenêutica, que trabalha com o *dar sentido* ao texto jurídico, com o *Dasein* (ser-aí). Essa nova forma de exegese busca retirar o véu que encobre os operadores jurídicos, objetivando o

"des" velamento (*alétheia*)[9] da aplicação do Direito ao caso em concreto. Deve-se deixar claro que os momentos de fundamentação e aplicação das normas jurídicas não devem ser percebidos de forma separada, mas como processos interligados e contínuos, que evidenciem a situação histórica analisada.

Streck (2007, p. 82-83) demonstra que não surpreende aos juristas que, até a poucos anos, alguns tribunais sustentavam que o marido não podia ser sujeito ativo em estupro cometido contra a esposa, por lhe caber o exercício regular do direito. Com efeito, a ficcionalização do "mundo jurídico" em que ainda se utiliza como exemplo pensonagens comuns nas culturas dos manuais, vai levar à formação de juristas sem consciência crítica, de operadores jurídicos sem capacidade de perceber a realidade e a necessária importância da preservação dos princípios da dignidade humana e da igualização em sociedade, valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Diante do quadro de enfraquecimento ou esvaziamento da relação entre a legislação e a realidade, constata-se a relevância da hermenêutica, pois, paulatinamente, aconteceu um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição constitucional pela impossibilidade do legislativo de poder prever todas as hipóteses de aplicação. A chamada jurisprudencialização da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial,* ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da neutralidade do texto normativo (BOLZAN DE MORAIS, 2006).

Entretanto, no momento em que crescem as ações por direitos fundamentais, aumenta a necessidade de se discutir limites a atuação do Poder Judiciário na interpretação da Constituição (STRECK, 2007, p. 1-2). Não é possível aceitar que o arbítrio de juízes solipsistas prevaleçam sobre a Constituição e a democracia. Para ilustrar até onde podem chegar as decisões arbitrárias, cita-se julgado proferido em caso envolvendo suposta discriminação por homossexualidade.

O caso trata de uma queixa-crime, proposta por um jogador de futebol. Na decisão, o magistrado refere: "*Trazer o episódio à Justiça, outra coisa não é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro*".[10] Com a devida vênia, a sentença está repleta de preconceito contra homossexuais, cidadãos brasileiros, que possuem direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988. A arbitrariedade da sentença continua:

> [...] Ora bolas, se a moda pega, logo teremos o SISTEMA DE COTAS, forçando o acesso de tantos por agremiação... E não se diga que essa abertura será de idêntica proporção ao que se deu quando os negros passaram a compor equipes. Nada menos exato. Também o negro, se homossexual, deve evitar fazer parte de equipes futebolísticas de héteros (destaque do original).[11]

Pode-se perceber através da fundamentação as pré-compreensões do julgador, tanto com relação ao sistema de cotas, como no tocante à cor da pele. Na continuação da sentença dispõe que "*não se mostra razoável a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro porque prejudicaria a uniformidade do pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o idea [...]*" O grau de discriminação chega ao auge quando afirma que a presença de homossexuais causa o "*desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio com seu filho*". Para finalizar, ainda ressalta que: "*É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!*".[12]

Com o disposto no caso ora elencado, sublinha-se até que ponto pode chegar a arbitrariedade de juízes "iluminados" e solipsistas. Daí ser imprescindível o estudo da hemenêutica da faticidade, que para além da importância do caso concreto, destaca a *diferença ontológica e o círculo hermenêutico* como fundamentos da interpretação. Aquela expressão relaciona-se ao fato de que a busca pelo conhecimento não deve se dar de forma isolada, em uma entidade, como alto externo, mas, sim, através da relação observado/observador, na "diferença" entre os dois. Já, o círculo hermenêutico, como foi mencionado anteriormente, aparece na medida em que "somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos" (STEIN, 2006, p. 61). Em outras palavras, a hermenêutica filosófica demonstra a necessidade de a jurisdição observar a situação histórica, cultural e social das partes envolvidas.

Com Streck (2007, p. 6, 7), destaca-se que o pós-positivismo deve ser entendido como superação, como um constitucionalismo compromissário e transformador surgido no pós-guerra, que é aquilo que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo. Por tudo isso, há uma incompatibilidade entre o novo constitucionalismo e as várias formas de positivismos, teorias ainda aprisionadas à separação sujeito-objeto.

Não se discute a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a função de aplicar a legislação é um fator de transformação social, um instrumento de realização dos direitos fundamentais, de implementação de políticas públicas e de diálogo entre as partes do processo. Todavia, o fenômeno do neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário ocupa papel de destaque, necessita de meios para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas com o sentido material da Constituição, pois a ocorrência de arbitrariedades vai de encontro à democracia.

O debate que gira em torno do papel da jurisdição constitucional – da escolha entre respostas *conteudísticas e procedimentais* ou, se quiser, entre *verdade contra consenso*[13] – é de grande importância para o direito como um todo, pois o direito é linguagem e a linguagem necessariamente leva à interpretação. Por isso, na próxima seção pretende-se, por meio do fio condutor da hermenêutica da faticidade, abordar uma jurisdição constitucional apta a buscar respostas adequadas à materialidade da Constituição. Também, serão elencadas algumas discussões referentes às críticas que a filosofia hermenêutica têm recebido das teorias discursivas e argumentativas.

2 Da jurisdição constitucional à hermenêutica da faticidade: Sísifo e o acontecer de um discurso constitucional democrático

A lenda de Sísifo vem marcada pela imagem do homem condenado a arrastar uma rocha morro acima, e que sempre despenca tão logo ele chega ao topo. No entanto, esse é apenas o fim da história da vida de Sísifo. Antes disso, a personagem é conhecida como a mais astuta dos mortais, chegando até mesmo a enganar a morte, deixando-a presa, o que teria despovoado o inferno. A narrativa também é marcada por várias vitórias, como conquistas de cidades, até ele se tornar rei. Mas, um dia, a vida de Sísifo chegou ao seu termo, como a de todos os mortais. Júpiter resolve puni-lo por suas afrontas. Sísifo foi então levado a Tártaro e condenado a rolar uma enorme pedra até o todo de uma montanha. Tão logo chega ao cume, ela despenca, obrigando-o a recomeçar o trabalho, que se repete para sempre (BRANDÃO, 2000, p. 430-431).

Albert Camus (2006, p. 141), ao escrever sobre o homem absurdo e trazer o mito de Sísifo, entende que no instante sutil em que o homem se volta para o seu destino, percebe que foi criado por ele próprio, unido pela memória e em breve selado pela morte. Dessa maneira, a condenação de empurrar incessantemente a rocha até o alto de uma montanha, de onde tornava a cair por seu próprio peso, possui origem humana e tudo o que é humano sempre está em marcha.

Dos comentários sobre a narrativa de Sísifo, pode-se reter, entre tantas outras, duas ideias-chave para o direito e a para a jurisdição constitucional. A primeira permite reconhecer que a personagem lutava por seus objetivos, com isso, venceu muitas batalhas durante a vida. Ora, disso retira-se que o homem, como ente privilegiado, consegue transformar sua própria condição de ser-no-mundo, sendo responsável por seu destino. Para pensar o presente e o futuro é inolvidável estudar o papel do Estado e dos textos legais que regem as relações sociais. Assim, necessita-se de condições seguras para interpretação da legislação para se atingir a justiça na fundamentação/aplicação da norma jurídica. A segunda ideia é de que tudo que é humano sempre está em movimento, por isso a relevância de pesquisas referentes à linguagem e a interpretação. Ora, se a jurisdição constitucional caracteriza-se pela constante aplicação da Constituição como parâmetro nas decisões judiciais, é indispensável que se verifiquem alguns limites de atuação.

Segundo Gadamer (2003, p. 436), o "que há de verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica é que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação". A ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. *Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto*.

O filósofo alemão é claro ao afirmar que compreender uma ordem ou um mandamento significa aplicá-la à situação concreta a que se refere. Por isso não há dúvida de que o receptor tem de levar a cabo um certo desempenho produtivo na busca pelo sentido. A questão que envolve as condições interpretativas capazes de garantir a resposta

adequada diante da indeterminabilidade do direito e da crise de inefetividade da Constituição é uma preocupação crescente na contemporaneidade. A hermenêutica fenomenológica aplicada pela jurisdição constitucional pode levar de uma postura metafísica para uma verdadeira compreensão da materialidade constitucional. A seguir procura-se traçar alguns dilemas que têm enfrentado a jurisdição constitucional até a inserção da hermenêutica filosófica.

2.1 A construção da jurisdição constitucional e a herança de um modelo formal/material

O termo Constituição[14] consagrou-se com os americanos, na Revolução de 1776/1787 e, posteriormente, na Revolução Francesa de 1789, sendo que esta deu sua contribuição para todo Ocidente contemporâneo (SALDANHA, 2000, p. 118-119). Assim, o constitucionalismo surge como uma teoria normativa da política, ou, em outras palavras, uma forma de submeter o poder político ao Direito, limitar suas funções, garantir o direito de liberdade aos cidadãos e estabelecer a separação dos poderes. O aparecimento das Constituições, e a sua importância para a instituição e manutenção da democracia, representou verdadeira revolução, baseada no fato de que a Constituição representava afirmação da coletividade e, em razão disso, subordinadora do Estado (MOREIRA, 2001, p. 314-318).

A mudança de modelo de Estado, até então absoluto, centrado na pessoa e na vontade do príncipe, passou a curvar-se à Constituição, para, através dela, legitimar o poder do Estado. Com isso, pretendeu-se proteger os direitos da pessoa humana. Salienta-se o fato de que os ideais do mundo novo, surgido "pós" Revolução Francesa, estavam inebriados pelos princípios racionalistas cartesianos. Dessa forma, o exercício da jurisdição servia para alimentar e concretizar tais perspectivas, na medida em que se buscava a satisfação da classe liberal burguesa do final do século XVIII e início do XIX. Esse foi o período do Estado de Direito, baseado na submissão dos governos à lei. Acontece que a ideia de um Estado mínimo que, de forma alguma, interviesse na vida dos indivíduos não foi suficiente. No final do século XIX e início do XX, foi necessário dar-lhe uma dimensão social, inserido-lhe o ideal democrático. Desencadeou-se, então, o processo de democratização do Estado, no qual, além da submissão à lei, deveria haver a supremacia da vontade popular.

Para Lenio Luiz Streck (2006, p. 93-94) e José Luis Bolzan de Morais, "o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito". Com isso, impõe-se à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação da realidade, o que se poderia denominar de *plus* normativo em relação às transformações anteriores. Outrossim, com as mudanças ocorridas no Estado, também as Constituições sofreram modificações. Vale referir que, enquanto o Estado Liberal optava por uma concepção de *Constituição-garantia*, que tinha a função de preservar

o conjunto das liberdades individuais; o Estado Democrático (e Social) optou pela Constituição como um projeto social, integrado por um conjunto de valores compartilhados. Daí a ideia de *Constituição-dirigente* (CITTADINO, 2000, p. 246).

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, além de evidenciar a tese do constitucionalismo comunitário, também trouxe a lume teorias como a da *força normativa da Constituição*,[15] *Constituição como cultura*,[16] *Constituição aberta*,[17] bem como novos paradigmas de interpretação dos textos constitucionais. Essas questões implicaram uma espécie de intervencionismo dos tribunais constitucionais, denominado de *judicialização da política*.[18]

Dessa forma, as transformações ocorridas no constitucionalismo propiciaram modificações no papel que os juízes passaram a desempenhar na consolidação do modelo da democratização do Estado. Entretanto, a jurisdição constitucional, apresentando-se como uma forma de controle de constitucionalidade, pode evidenciar um sentido formal ou material. No primeiro, o controle é estritamente jurídico possuindo feição técnica, não perquirindo acerca do conteúdo ou substância da norma impugnada. O controle material, ao contrário, busca acomodar a regra jurídica ao espírito da Constituição e aos seus princípios (BONAVIDES, 2003, p. 299).

Destaca-se que, independentemente de o Brasil, atualmente, realizar um controle formal e material, é necessário indiscutivelmente a busca pelo controle material de constitucionalidade, porque a materialidade se refere ao conteúdo da regra e, somente assim, aparece a força normativa da Constituição. Com a Carta Fundamental de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. A nova ordem constitucional: ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), extinguindo o monopólio do Procurador-Geral da República; introduziu ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 102, I, *q*), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); previu a inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125); etc.

Ademais, a nova ordem constitucional tem dado especial relevância ao controle concentrado. Tanto é certa essa assertiva que foi estabelecida, através da Emenda Constitucional n. 3/1993, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que consiste em típico processo objetivo, destinado a afastar a insegurança jurídica e o estado de incerteza sobre a validade de lei, ou ato normativo federal. Depois da inserção do efeito vinculante através da ADC, foram incorporadas, ainda, as legislações infraconstitucionais n. 9.868/1999 e 9.882/1999 que, da mesma forma, dispuseram sobre o efeito vinculante e sobre o alcance das decisões do STF, para além do conhecido efeito *ex-tunc* e *ex-nunc*. Importa referir que essa é uma "(i)legítima" criação brasileira, não existindo nos demais Estados Democráticos.

Pode-se, ainda, citar como exemplo da abstrativação do controle de constitucionalidade a incorporação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, posteriormente regulamentada através da Lei n. 11.417/2006 e o Instituto da Repercussão Geral, efetivado com a Lei n. 11.418/2006, que estabelece a necessidade de comprovação de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Pelo que foi exposto, percebe-se que o atual modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil vem gradativamente assumindo características que podem acarretar a impossibilidade de análise do caso concreto pelo Poder Judiciário. É necessário (re)visitar a hermenêutica da faticidade para se resgatar a necessária materialidade constitucional que deve estar presente no fundamento/aplicação dos discursos decisórios democráticos.

2.2 O neoconstitucionalismo e a dupla estrutura da linguagem presente no discurso jurídico democrático: Resgate da materialidade constitucional

Nos dias atuais, o papel da Constituição e sua força normativa, bem como seu grau de dirigismo estatal, dependerão da opção por um dos eixos temáticos que balizam a discussão em torno da linguagem. De um lado, as teorias procedimentais, que abarcam a teoria argumentativa e a teoria discursiva, e do outro, as teorias materiais-substanciais, onde se encontra a hermenêutica da faticidade. As teses materiais colocam em evidência a regra contramajoritária (barreira às vontades de maioria enventuais), o que reforçaria a relação Constituição-democracia, salientando-se que o processo e a jurisdição possibilitam o diálogo entre as partes, o que ressalta o caráter democrático da jurisdição constitucional. Para os procedimentalistas, no entanto, existe uma falta de legitimidade da justiça constitucional, o que *coloniza* o mundo da vida na acepção de Jürgen Habermas (STRECK, 2007, p. 24-25).

Ainda, percebe-se que Habermas (1997) critica fortemente a invasão da política e da sociedade pelo direito, buscando utilizar a distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Dessa forma, o Judiciário como centro do sistema jurídico atua mediante discursos de fundamentação e discursos de aplicação, que demonstram uma atividade imparcial na aplicação do direito.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2004, p. 55) refere que a noção de paradigma jurídico proposta por Habermas pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, ao reconhecer a existência de um horizonte histórico de sentido, que pressupõe uma determinada "*percepção*" do contexto social do direito. Assim, a partir dessa percepção o direito pode cumprir seu papel de redutor de complexidades. Isso retiraria do ombro do intérprete um encargo hercúleo.

Habermas (1997, p. 264) dispõe que a crise do paradigma liberal e do modelo de bem-estar social possibilitou o estabelecimento de uma compreensão reflexiva do direito. O autor desenvolve uma teoria do direito e da política à luz da teoria do discurso,

pretendendo dar contornos nítidos a um terceiro paradigma, buscando uma compreensão procedimental do direito, ou seja, passa de uma postura excessivamente concretista para um viés de conexão entre autonomia privada e autonomia pública, a qual necessita ser interpretada caso a caso.

O filósofo, também, faz a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Aqueles se referem *à validade da norma, e se desenvolvem como o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas)*. Já os discursos de aplicação se relacionam à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, a serem argumentativamente problematizadas. (OLIVEIRA, 2004, p. 62-63). Todavia, o questionamento que se faz é como separar planos de fundamentação e aplicação? Trazendo a baila à teoria hermenêutica de Heidegger e Gadamer ressalta-se a diferença ontológica e o círculo hermenêutico que revelam a dupla estrutura da linguagem, demonstrando a impossibilidade de separações metafísicas entre ser e ente.

Como já foi mencionado, enquanto na teoria discursiva há uma cisão entre discursos de fundamentação e aplicação (ressalta-se que os adeptos da teoria habermasiana negam essa separação), na hermenêutica da faticidade, interpretar é aplicar, isso quer dizer que entre fato e direito, entre ser e ente, há apenas uma diferença que é ontológica. Habermas, também faz severas críticas à leitura que Alexy realiza do modelo construtivo do direito de Dworkin que, de certa forma, teria acarretado o gigantismo ou politização do Judiciário no pós-guerra.

O modelo de democracia habermasiano não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que determinam a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política. Logo, o papel das Cortes Constitucionais estaria restrito à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito, devendo zelar para que a cidadania disponha de meios para solucionar os problemas sociais.

Streck afirma que o problema fundamental das teorias procedimentais reside no fato de "procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa". Já os defensores das teorias substanciais da Constituição trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais evidenciam a condição de possibilidade de efetividade constitucional, percebendo a Constituição como elo conteudístico que une a política e o direito (STRECK, 2007, p. 26). Assim, o Poder Judiciário teria um papel central na aplicação dos direitos fundamentais, o que evidenciaria a relação direta com a democracia.

Salienta-se, com Gilberto Bercovici (2002), que o modelo substancialista, vai de encontro ao problema dos "ativismos judiciais", entendido como decisionismo, praticado a partir de discricionariedades interpretativas. A hermenêutica trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal e, principalmente, a partir da 2º Guerra, com a positivação dos direitos

sociais/fundamentais, a jurisdição constitucional tornou-se um fator imprescindível na execução de políticas públicas e na preservação dos direitos fundamentais.

Por essas razões, há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de ativismo judicial, ou jurisprudência dos valores, e a denominada Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como base teórica a filosofia de Heidegger e Gadamer. A tese desenvolvida por Streck (2007, p. 165-167) critica a metafísica, que, na modernidade, recebeu o nome de teoria do conhecimento ou filosofia da consciência. No campo jurídico, o paradigma dedutivista e objetificador afastou o direito da realidade, tornando-o refém do sistema, impedindo seu papel transformador.

A Nova Crítica do Direito objetiva, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento daquilo que no comportamento cotidiano é ocultado, o exercício da transcendência, no qual não apenas aparece o ser, mas também o ser-aí, o ser-no-mundo. O processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo, onde a linguagem deixa se ser um instrumento, uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, passando a ser condição de possibilidade.

Nesse viés, cita-se importante decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao Mandado de Injunção n. 721-7, em que a Corte brasileira efetivou importante remédio constitucional voltado à implementação das normas de eficácia limitada. A impetrante, servidora do Ministério da Saúde, atuava em ambiente insalubre e evocou o disposto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar inviabilizava o direito à aposentadoria. Então buscou a supressão da lacuna normativa, o que foi concedido pela Corte brasileira. O Tribunal aplicou, supletivamente, o art. 57, da lei n. 8213/91, legislação utilizada para os trabalhadores em geral (Brasil, 05.06.2008). Pode-se observar uma atuação em prol dos direitos sociais fundamentais. Tendo como base o referencial teórico aqui adotado, é inexorável reafirmar que a hermenêutica combate toda e qualquer forma de decisionismos buscando levar a Constituição a sério.

Toda e qualquer decisão judicial deve perceber que acontece no interior de uma circularidade que se dá em uma espécie de *espiral hermenêutica*. Nessa espécie de espiral, a autocompreensão se desdobra e se produzem paradas. *A lei é uma parada; a própria Constituição o é, em um nível superior, enquanto "matriz de sentido"* (STRECK, 2006, p. 231-232). A Constituição, como fundamento de sentido do ordenamento, é um lugar no qual se dá o sentido fundamental do ordenamento. No entanto, o sentido entre texto e intérprete se dá em uma relação recíproca, em processo de circularidade e na observância da diferença ontológica.

Antes de discorrer sobre a crítica à teoria da "ponderação" de princípio de Alexy (1997, p. 81-115), vale observar algumas premissas desenvolvidas pelo doutrinador. Ressalta-se que abaixo do conceito de normas, estariam as regras e os princípios, mas a grande questão se encontra nos mecanismos de aplicação de normas principiológicas.

Alexy admite como ponto de partida que o termo *princípio* não se contrapõe *à norma,* mas à *regra,* porque norma é o significado de um enunciado que diz que algo "deve ser", e como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo "deve (juridicamente) ser", ambos precisam ser entendidos como tipos de normas jurídicas. Assim, para o autor a diferença entre princípios e regras não é quantitativa (não é a maior ou menor generalidade/abstração que diferencia ambas as categorias), mas qualitativa. (ALEXY, 1997, p. 81-115). Daí, princípios seriam normas de otimização, que poderiam ser obedecidas em diferentes graus, ao passo que as regras seriam normas que só poderiam ser cumpridas ou não. Em consequência, os princípios não conteriam mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Pelo fato de se afirmar que um princípio valeria para um caso, não se concluiria que o mesmo resultado valesse para outro. Distinto seria o caso das regras, pois elas exigiriam que se fizesse exatamente como nelas estivesse ordenado.

No fundo, na era pós-positivista, com a utilização das teoria(s) da argumentação jurídica, os *hard cases* passam a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios, ou seja, a partir do momento em que eles entram em conflito, devem ser ponderados. "O problema é saber como é feita essa 'escolha'" (STRECK, 2007, p. 180). Observa-se que a ponderação evidencia o retorno ao decisionismo, que para o positivismo (Kelsen e Hart) era resolvido pela delegação ao juiz. Dessa forma, a presença da filosofia da consciência no procedimentalismo de Alexy é evidente. Até mesmo Habermas e seus adeptos criticam a teoria da "ponderação discricionária" de Alexy.

Entre os adeptos da teoria habermasiana que criticam a teoria alxyniana, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira faz importante análise de julgado brasileiro, denominado de "Caso Ellwanger" decidido pelo Supremo Tribunal Federal.[19]

No HC n. 82.424-2, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal procuraram compreender o caso a partir de uma suposta colisão entre os valores: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. O caso Elwanger envolve um editor de Porto Alegre que teria publicado livros de cunho antissemita. Em síntese, as advogados da parte acusada alegaram que embora as publicações fossem reconhecidamente discriminatórias aos judeus, não poderiam ser consideradas racistas. Sendo assim, o crime já estaria prescrito, ensejando a concessão do HC.

Considerando os votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Marco Aurélio, percebe-se que os dois chegaram a conclusões diferentes, mas ambos utilizaram a "ponderação" proposta por Alexy. Refletindo a posição majoritária, Mendes refere-se à liberdade de expressão, por se tratar de uma violação injustificável à dignidade humana; assim, propugna pela não concessão do HC. Já o Ministro Marco Aurélio reporta-se à promoção da democracia, do bem-estar e de uma cultura pluralista, argumentando ser proporcionalmente melhor que a opinião pública escolha e decida sobre o tema.

No Caso Ellwanger, todavia, não se deve discutir em termos de colisão entre valores, mas, sim, julgar se houve, diante do caso concreto, crime de racismo ou não, isso

tudo à luz da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é possível chegar-se à conclusão de que houve racismo, sem que para isso se tenha que renunciar ao caráter deontológico do Direito.[20]

Na verdade, não se deve ponderar valores, nem em abstrato, nem em concreto. Por isso, para a hermenêutica fenomenológica, o princípio da proporcionalidade não tem o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação, sendo considerado como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações arbitrárias Assim, *a* "'era dos princípios' não é [...] um plus axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz [...] em superjuiz que vai descobrir os "valores ocultos" no texto, agora auxiliado/liberado pelos princípios" (STRECK, 2007, p. 188-189). A hermenêutica heideggeriana-gadameriana, de forma nenhuma, dá margem a decisionismos.

Em outras palavras, o princípio acaba por desvelar-se na regras. Ainda com relação aos princípios é importante salientar a doutrina de Ronald Dworkin, em que o autor americano se mostra totalmente contrário a arbitrariedades, sendo que a garantia contra decisionismos está no acesso a uma moralidade institucional.[21] Antes de sustentar que a distinção "lógica" entre regras e princípios, para Dworkin, estaria no fato de que a regra se define na base do "tudo ou nada", deve-se perceber que ele está inserido na *common law* e desenvolve a teoria da resposta correta. Mais ainda, Dworkin não faz a cisão entre interpretar e aplicar, tampouco admite dedutivismos; logo, não se pode colocá-lo na mesma seara das teorias discursivo-argumentativas.

Na hermenêutica filosófica existe uma antecipação de sentido que se dá na aplicação, porque não há cisão entre interpretar e aplicar. Trata-se de trazer a resposta correta como a verdadeira, no sentido hermenêutico, como condições de possibilidades a partir das quais é possível desenvolver-se a ideia do que significa fundamentar e justificar (STRECK, 2007, p. 412).

Não há como se vislumbrar um Estado Democrático, sem o resgate de decisões conteudísticas que resgatem a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão. E esse vir-à-fala traz o sentido da metáfora da resposta correta, porque é apenas na aplicação que se leva a sério a jurisdição constitucional.

Considerações finais

Por derradeiro, se pode afirmar, nas pegadas deixadas por Sísifo até o alto da montanha, que a (re)construção do caminho e a (re)elaboração da trajetória até a "condenação" final, dependem de conjunturas que, necessariamente, envolvem a vontade humana. Isso porque o homem é um ente privilegiado ou um ser para possibilidades, que serão alcançadas no decorrer do tempo. Da mesma forma que a lenda de Sísifo está relacionada com fatos e tempo, o Direito, entendido como uma ciência aplicada às relações sociais, não deve jamais se afastar da concretude da história humana. Por isso, a hermenêutica

da faticidade busca o verdadeiro, entendido como uma metáfora no sentido da busca pela resposta hermeneuticamente adequada à Constituição.

Salienta-se que de forma alguma esta resposta ou verdade deve ser entendida como absoluta, no sentido metafísico aristotélico-tomista da antiguidade, ou com o sentido iluminista da modernidade. A Nova Crítica do Direito está para além do caráter lógico-argumentativo das teorias discursivas/argumentativas, ligando-se ao mundo prático, ao círculo hermenêutico e à diferença ontológica. O "caso concreto" somente pode ser entendido a partir da reposta adequada à faticidade e à historicidade, estabelecendo-se, assim, a impossibilidade de separação entre questão de fato e questão de direito.

Dessa maneira, a hermenêutica fenomenológica busca em discursos decisórios o sentido material do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, em tempos de neoconstitucionalismo, pode ser entendido como um órgão que possibilita o desvelar do sentido "democrático", pois a democracia não se manifesta de forma indireta por meio de representantes, mas possibilita aos cidadãos ou às entidades de classe o acesso à jurisdição. Todavia, deve-se atentar para o fato de que esse Poder Jurisdicional de forma alguma deve ser arbitrário, baseado em valores próprios inautênticos ou juízos de "ponderação".

É imprescindível que se superem os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, ainda impregnados na jurisdição constitucional brasileira. Para isso, relacionando com o que Stein e Streck afirmam sobre necessidade da retomada da filosofia pelo direito, com a denominação filosofia no direito, pode-se também pensar a filosofia na Constituição, ou seja, uma "sabedoria" presente na sua aplicabilidade em sociedade, naquilo que Hesse denominou de vontade de Constituição.

Nesse contexto, através de discursos decisórios atentos ao verdadeiro exame dos elementos antecipatórios dos enunciados aplicados aos casos concretos, propõe-se chegar à efetividade da Constituição, elo conteudístico que une Estado e sociedade. Talvez, se possa retornar a epígrafe deste artigo, que trata da "filosofia do absurdo", desenvolvida por Camus. O "absurdo" confronto entre o irracional e o desejo desvairado de clareza presente no mais profundo ser humano. Camus (2006, p. 35) resgata o espetáculo da vida e do mundo, para questionar as certezas absurdas e para reafirmar a relação homem/mundo. Com efeito, não há como fugir dessa relação, residindo também nela a importância da busca pela efetividade da Constituição, norma fundamental de proteção aos direitos do homem.

: ARTIGO APROVADO (25/06/2009) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

1 Teoria pesquisa e desenvolvida por Lenio Luiz Streck, na obra *Verdade e consenso*.

2 No decorrer deste artigo serão abordadas algumas pontuações a respeito da filosofia hermenêutica desenvolvida por Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica trabalhada por Hans-Gerg Gadamer, no sentido de auxiliar a fase atual em que se encontra a jurisdição constitucional.

3 Não há que se confundir o Estado (Moderno) com outra experiência que não seja a da modernidade, erigida como tal a partir do século XVI, sendo suas experiências anteriores tidas como formas estatais pré-modernas (Bolzan de MORAIS; STRECK, 2006).

4 Para Jorge Miranda, o Direito Público passou por uma revolução copernicana, ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam de uma ação do legislador, para uma fase em que se aplicam diretamente nas situações concretas da vida, através do aparecimento de uma justiça constitucional legitimada (MIRANDA apud STRECK, 2004, p. 18).

5 Para aprofundar o estudo, consultar as obras do professor Lenio Luiz Streck.

6 Heidegger critica a ontologia tradicional, preocupada unicamente com os entes, e que postulava a hierarquia dos níveis de entidade: natureza inanimada, plantas, animais, homem, etc. A ontologia fundamental foi um modo "transicional" de superar a ontologia tradicional, por meio do questionamento do seu "fundamento" – o outro lado da diferença ontológica – o ser. Assim, como a ontologia tradicional projeta os entes para a entidade, Heidegger projeta a entidade como ser para a sua verdade (INWOOD, 2002, p.132).

7 É importante ressaltar que o termo historicismo pode ter mais de uma significação, chegando a ser ambíguo. Relaciona-se com o homem, a história ou a razão (SCHNÄDELBACH, 1991, p. 49-52).

8 Certas palavras alemães parecem significar tudo. Uma delas é o *da*. Ela significa "lá" e "aí". Com o prefixo de sein, "ser", ela forma *dasein*, "ser aí, presente, disponível, existir (Inwood, 2002, p. 29). A compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou presença), não sendo esse modo uma "propriedade do ser", mas, sim, o próprio ser. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação resulta no único ente que compreende o ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é o cuidado (*sorge*); o cuidado é temporal (*zeitlich*) (STRECK, Lenio Luiz, 2007, p. 178). Salienta-se que os caracteres do *Dasein* levam o nome de existenciais, já as categorias são determinações do ser dos entes não conformes com o *Dasein* (VATTIMO, 1996, p. 26).

9 Para Heidegger, deve-se traduzir a palavra *alétheia* por "desvelamento" em lugar de "verdade", pois essa tradução não é somente mais literal, ela compreende a indicação de repensar mais originalmente a noção corrente de verdade como conformidade de enunciação, no sentido, ainda incompreendido, do caráter de ser desvelado e do desvelamento do ente (STRECK, 2007, p. 178).

10 Íntegra da sentença envolvendo o jogador Richarlyson. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317519.shtml>. Acesso em: 01 set 2007.

11 Idem.

12 Idem.

13 Para aprofundar o tema consular: *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito,* de Lenio Luiz Streck (2007).

14 A origem da palavra vem do latim *constitutio* do qual deriva o verbo *constituire*, que significa instituir, fundar. (Sartori, 1992, p. 15). É importante destacar a distinção realizada por Canotilho entre o conceito antigo e moderno de constitucionalismo (CANOTILHO, 2002, p. 52-55).

15 Konrad Hesse, em seu livro *A força normativa da Constituição*, contrapõe-se à tese defendida por Ferdinand Lassalle, em 1863, para intelectuais e operadores da antiga Prússia. Hesse pretende demonstrar que o desfecho entre fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se em desfavor desta (HESSE, 1991; LASSALLE, 2001).

16 O modelo de Constituição cultural é uma soma de atitudes, ideias, experiências, escalas de valores e expectativas subjetivas e correspondentes ações objetivas, dos cidadãos, das suas associações e dos órgãos estatais (VERDU, 1998, p. 21-273; HÄBERLE, 2000, p. 161).

17 A formulação do conceito de Constituição aberta deve-se a Peter Häberle, o qual afirma que a interpretação da Constituição é um processo aberto que envolve uma democracia de cidadãos. É importante sublinhar as dificuldades que a noção häberliana encontra em países como o Brasil, pois consoante Paulo Bonavides *o método concretista da "Constituição aberta" demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes [...] fatores difíceis de achar nos sistemas políticos sociais de nações subdesenvolvidas [...]* (HÄBERLE, 1997, p. 55; BONAVIDES, 2003, p. 516).

18 Sublinha-se que não é objeto deste artigo o aprofundamento dessa discussão.

19 Esse texto é disponibilizado pelo autor aos doutorandos da Unisinos, 2007.

20 Idem.

21 Para aprofundar o tema, consultar as obras de Ronald Dworkin: *Levando o direito a sério* (2002); *O império do direito* (1999); *Uma questão de princípio* (2000), entre outras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 82. 424-2. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05.09.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MI n. 721-7. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05.06.2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado.* 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ . Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; PEPE, Albano Marcos Bastos. Orgs. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 91-111.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2000.

BULFINCH, Thomas. Trad.: David Jardim. *O livro de ouro da mitologia. História de deuses e heróis.* 29.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo.* 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva.* Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais.* 3.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 247-257.

DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Gerg. *Verdade e método.* 5.ed. São Paulo: Vozes, vol. 1., 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia* – entre faticidade e validade, I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Trad.: Urano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo.* São Paulo: Editora Moraes, 1991.
_____. *Que é metafísica?* São Paulo: Nova Cultural, 1991.
_____. *Ser e tempo.* Petrópolis: Vozes, Parte I, 2002.
HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *Revista on line.* Ano 2, n. 9, 18.03.2002. Disponível em: <http://www.unisinos.br/ihu_online/uploadas/edições>. Acesso em: 12.08.2007.
INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
Íntegra da sentença envolvendo o jogador Richarlyson. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317519.shtml>. Acesso em: 01 set. 2007.
LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição.* 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Borsoi, t. II, 1963.
MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 314-318.
OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Coord. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
_____. *O caso Ellwanger:* uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Texto disponibilizado pelo autor aos doutorandos da Unisinos 2007, para disciplina Hermenêutica, Interpretação e Linguagem, ministrada pelo professor Lenio Luiz Streck.
SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger.* Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Trad.: Lya Lett Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000.
SALDANHA, Nelson. *Formação de uma teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
SARTORI, Giovani. *Elementos de teoria política*. Madri: Alianza Editorial, 1992.
SCHNÄDELBACH, Herbert. *Filosofía en Alemania, 1831-1933*. Madrid: Colección Teorema, 1991.
STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/wfil/gadamer.htm>. Acesso em: 12.08.2007.
_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipuc, 1996.
_____.Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico.* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 97- 110.
_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.
STRECK, Lenio Luiz. HEIDEGGER, Marin. In: BARRETO, Vicente. Coord. *Dicionário de filosofia do direito.* São Leopoldo: Unisinos. Rio de Janeiro, 2006, p. 426-430.
_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
_____.Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico.* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 125-144.
_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova visão crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
_____. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Trad.: Amarílis de Souza Birchal. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger.* Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Valéria Ribas do Nascimento

Rua Duque de Caxias, 1900/203
Centro – 97015-190
Santa Maria - RS - Brasil
valribas@terra.com.br

MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
DOUTORANDA EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FACULDADE DE DIREITO DE SANTA MARIA E UNISINOS
ADVOGADA

A PREVISIBILIDADE NAS CONDENAÇÕES POR DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO STJ SOBRE RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS

Júlia Caiuby de Azevedo Antunes [1]

THE PREDICABILITY OF MORAL DAMAGES LAWSUITS' RESULTS: A REFLECTION BASED UPON STJ' DECISIONS IN BANK-CONSUMER RELATIONS

RESUMO

A previsibilidade do resultado dos processos judiciais é uma das facetas do princípio da segurança jurídica, princípio este norteador do sistema jurídico pátrio. O método do livre arbitramento adotado pelo Código de Processo Civil concede ampla liberdade aos juízes na fixação do montante indenizatório por danos morais, o que pode significar que não há como prever o valor condenatório.

Por outro lado, a jurisprudência pode contornar a imprevisibilidade por meio da uniformização de suas decisões. A tendência em adotar determinados critérios na quantificação do dano moral ou em limitar a indenização à determinada faixa de valores permitiria um prognóstico do resultado que será obtido com a demanda indenizatória, caso procedente.

Pautada pelo objetivo de identificar como a opção legislativa do livre arbitramento é interpretada e aplicada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa restringiu-se às relações de consumo bancárias, cujos valores indenizatórios foram revistos pela corte especial, em sede de recurso especial, no período de outubro de 2000 e abril de 2007.

Em geral, a intervenção do Superior Tribunal de Justiça se faz sentir pela redução substancial dos valores fixados nas instâncias anteriores. Assim, o presente trabalho também põe em relevo a possibilidade de, na prática, haver um limite monetário ou tarifação dos valores indenizatórios, no âmbito da corte especial e de indagar se o suposto tabelamento pode funcionar, futuramente, como inibidor do ajuizamento de processos judiciais pelos consumidores lesados.

PALAVRAS-CHAVE

dano moral; consumidor; instituição financeira; indenização; quantificação.

ABSTRACT

The predictability of the lawsuits' results is one of the facets of the principle of legal certainty, wich is brazilian legal system´s guide. The method of free quantification adopted by the Civil Procedure Code grants freedom to judges when determining the moral damages compensatory amount, what may result in not being able to predict the indemnification value.

On the other hand, the courts may get around the impredictability trough their decisions' uniformization. The tendency in adopting certain criteria in damages quantification or in limiting the amount could allow litigators to forecast the result of a winning judicial cause. In order to identify how this legal option is interpreted by the judicial system, the present work is limited to bank consumers relations, whose amounts were revised by the Superior Tribunal de Justiça, from October 2000 to April 2007.

Generally, the Superior Tribunal de Justiça intervenes to reduce the amounts quantified by the inferior courts. Therefore, this work highlights the possibility that the court might establish a monetary limit or a "price control" to the moral damages and inquires if the suposed "price control" may work as an obstacle to future consumers' demands.

KEYWORDS

moral damages; consumer; financial institution; indemnification; quantification.

Introdução

O pedido de indenização por dano moral tornou-se parte do cotidiano dos tribunais, uma vez pacificado o entendimento de que a violação de um direito da personalidade, em seu aspecto extrapatrimonial, merece reparação. A indenização por danos morais decorrentes de fato lesivo advindo de relação de consumo, portanto, é plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência.

Não obstante a inclusão dos serviços de natureza bancária no campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor,[2] importa ressaltar que nem toda atividade bancária pode ser enquadrada como relação de consumo, e sim como uma relação de natureza estritamente comercial. A presente pesquisa cuida somente de atividades bancárias abrangidas pelo regime especial de defesa do consumidor.

Considerando que as relações bancárias são um palco propício ao surgimento de lesões aos consumidores, toca à presente pesquisa estudar a questão do valor indenizatório do dano moral em citadas relações. Indaga-se se a adoção, pelo ordenamento brasileiro, do sistema de livre arbitramento do valor indenizatório do dano moral, sem o estabelecimento claro de critérios ou limites, resulta na imprevisibilidade do valor da condenação. A existência de uma ampla gama de critérios e teorias que podem ser aplicados para o arbitramento do valor da indenização e a liberdade franqueada para a escolha dos fundamentos que cada juiz entende como justos e razoáveis pode resultar em condenações simbólicas ou milionárias. Inserido neste cenário, o Superior Tribunal de Justiça tem à sua frente a tarefa de harmonizar os valores condenatórios díspares dos tribunais pátrios.

1 Recorte da pesquisa

Como "em um debate, as generalidades oferecem a vantagem da simplicidade e da fluidez dos raciocínios, de sua compreensão fácil e, por conseguinte, de maior impacto sobre os ouvintes" (PAGE, 2005, p. 61), houve a restrição dos temas selecionados para avaliar a tendência no Superior Tribunal de Justiça. Buscaram-se assuntos de elevada incidência e que tratam de condutas que lesionam o mesmo direito da personalidade (no caso, a honra), o que diminui a possibilidade de as diferenças nos números encontrados resultarem de atribuir maior ou menor valor a um determinado bem jurídico. Escolheram-se os julgados relacionados a: (i) inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito; (ii) manutenção indevida do nome do autor em cadastro restritivo de crédito; e (iii) devolução indevida de cheques.

Para a realização do presente trabalho, foi realizada uma pesquisa no banco de dados do *site* do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br), entre os meses de agosto a dezembro de 2006 e maio e outubro de 2007, a partir de pesquisas com as seguintes palavras-chave: "dano e moral e *quantum* e indenizatório", "dano e moral e

inscrição indevida", "dano e moral e indevida e devolução e cheque" e "dano e moral e cadastro restritivo".

Após a leitura das ementas e relatórios dos julgados encontrados como resultado de cada uma das combinações de palavras-chave acima indicadas, selecionaram-se 163 acórdãos. O recorte temporal compreende os acórdãos cuja data da publicação do julgamento encontra-se entre outubro de 2000, quando a corte especial passa a apreciar de forma direta a fixação do *quantum* indenizatório por danos morais em relação aos temas objeto do presente trabalho, até abril de 2007.

Incluíram-se na análise todos os acórdãos que se referiam a julgamentos de recursos especiais cujo conteúdo estava compreendido no objeto de estudo e que traziam informações sobre os valores indenizatórios em todas as instâncias. Houve o descarte de agravos regimentais, pois, muitas vezes, repetem a discussão de valores já fixados no recurso especial, o que poderia influenciar o resultado da pesquisa, além de poucos casos que não trazem todas as informações relevantes do caso *sob iudice*. A análise dos julgados foi quantitativa, por meio da identificação dos percentuais em que o Superior Tribunal de Justiça efetuou a revisão da condenação, seja para aumentá-la, seja para diminuí-la.

A diretriz constitucional de motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição Federal e artigo 131 do Código de Processo Civil) consubstancia-se na indicação expressa, pelo magistrado, dos motivos conducentes à solução judicial apresentada como adequada ao conflito posto em juízo. A exigência de motivação das decisões judiciais tem por pano de fundo a racionalidade da sentença como pressuposto para o seu controle pelo tribunal hierarquicamente superior (MORAES, 2003, p. 272).

Celso Lafer, ao comentar o significado das obras de Miguel Reale, apresenta uma ideia defendida por este de que "a criação da norma jurídica representa a escolha de uma diretriz de conduta" (LAFER, 2005, p. A2). Não é menos verdade afirmar que, ao aplicar um dispositivo legal, a decisão judicial também refletirá a "escolha de uma diretriz de conduta", ainda mais se a regra contiver um campo de indeterminação a ser preenchido pelo juiz, como ocorre na quantificação do dano moral.

A despeito da obediência ao princípio da motivação, diversas decisões condenatórias não declararam especificamente os critérios adotados no momento da quantificação do dano moral ou os indicam, mas não explicitam o peso que cada um desenvolveu na determinação do valor indenizatório. Ainda que não se conheça a fundo o caminho mental percorrido, está evidente que certas escolhas acerca dos parâmetros para a quantificação foram efetuadas e são aquelas influenciadas pela convicção íntima do órgão judicante, que deve ser exteriorizada na decisão judicial. Ainda que o julgamento não comporte recurso (como, via de regra, ocorre com os recursos especiais), a motivação funciona como garantia do jurisdicionado contra arbitrariedades. A motivação das decisões judiciais, portanto, é essencial para que haja possibilidade real de conhecer os

critérios adotados na decisão e, assim, ponderar se a escolha está de acordo com a lei ou não, se é justa ou injusta, se merece ou não ser reformada.

Todavia, o que se depara é a ausência de indicação das balizas observada na quantificação da indenização por dano moral. A fundamentação do órgão judicante, ao orientar o comportamento no caso concreto, nem sempre transparece claramente nas decisões da corte especial. A ausência de motivação explícita em grande parte dos julgados dificulta a identificação dos casos em que a variação no valor da reparação é resultado das circunstâncias do caso ou da adoção de critérios diversos para sua quantificação. Assim, o recorte feito também teve por objetivo impedir – ou ao menos limitar – a possibilidade de que tais variáveis (por exemplo, opções teóricas do julgador sobre a função da indenização por dano moral) influíssem no resultado da presente pesquisa.

2 O sistema brasileiro de arbitramento do valor indenizatório

A efetiva tutela à dignidade humana[3] reclama que todo e qualquer dano causado à pessoa seja reparado, independentemente de o prejuízo afetar o patrimônio ou os interesses concernentes ao prisma da essencialidade da condição humana. A partir do princípio da tutela integral da pessoa, a jurisprudência atual é pacífica no sentido de admitir a indenização por dano moral, seja ele cumulado ou não com o pedido de indenização por dano material.

O conceito de dano moral encontra alguma variação na doutrina. Alguns o identificam pela dor, sofrimento, tristeza, angústia, vexame ou humilhação injustificadamente causados. Atualmente, não se enxerga o dano moral como a dor ou sofrimento, que são, na verdade, possíveis consequências ou manifestações advindas da lesão. O dano moral é a violação de interesses reconhecidos pelo sistema jurídico, interesses estes que não são dotados de valor patrimonial intrínseco. O dano moral, portanto, é a afronta a um dos direitos da personalidade.

Regina Beatriz Tavares da Silva destrincha o conceito a partir de dois critérios que distinguem o dano moral do material: a origem e o efeito do dano. Dano moral é aquele cujo prejuízo se origina da violação a um dos direitos da personalidade e que traz como resultado o abalo dos aspectos internos e/ou externos da personalidade da vítima (SILVA, 2004, p. 258).

O Superior Tribunal de Justiça,[4] no tocante à prova do dano moral, adota a teoria do fato da violação. Como não há como se adentrar na esfera íntima de sentimentos da vítima para comprovar concretamente o prejuízo, entende-se que o dano exsurge da própria violação a um direito essencial à pessoa humana (BITTAR, 2005, p. 25). Basta a demonstração do comportamento lesivo a um direito da personalidade para que seja reconhecida a existência de prejuízo daí advindo. O dano existe *in re ipsa*.

Perante a insuscetibilidade de reconstituição específica do bem jurídico prejudicado, em razão da natureza do dano moral, o seu ressarcimento processa-se por meio da

reparação patrimonial. Não se trata de entregar ao autor da ação o equivalente pecuniário, mas, sim, de lhe atribuir um valor pecuniário como atenuante do agravo suportado.

O pedido do lesado, na ação indenizatória, é o de condenação do autor da violação ao pagamento de uma importância em moeda. O Código de Processo Civil, em seu artigo 286, estabelece a regra geral de que o pedido deve ser certo e determinado. O pedido de indenização por danos morais, entretanto, enquadra-se na ressalva legal, permitida a definição do valor ou quantidade do bem da vida almejado *a posteriori*. Isto se dá porque não é possível ou recomendável indicar desde logo, na petição inicial, o valor da condenação. A estimativa unilateral pelo autor do valor que entende devido não significa que o magistrado se encontre adstrito à mesma (CAHALI, 2000, p. 694), sendo o valor da causa atribuído pelo requerente visto pela jurisprudência como mera sugestão.

Depara-se o órgão julgador, então, com a tarefa de ponderar o valor devido a título de condenação pela ação contrária ao direito. Entre os extremos da modicidade da indenização e condenações milionárias, o juiz deverá quantificar o dano moral de acordo com o ditado pelo bom senso. Mas o que deve ser entendido como uma condenação justa e razoável? Não fixa a lei, de modo expresso e sistematizado, quais os critérios a serem utilizados na operação de liquidação judicial. Vale dizer, não existem parâmetros seguros e indiscutíveis para auxiliar o julgador a arbitrar o valor a que o dano moral deve corresponder na relação litigiosa posta à sua apreciação.

O artigo 944, *caput*, do Código Civil dispõe que a indenização é medida pela extensão do dano. Críticas avolumam-se à aplicação deste artigo. Se o dano moral resulta de uma violação a um direito da personalidade e se estes direitos são, fundamentalmente, insuscetíveis de apreciação econômica, a extensão do dano não é medida compatível com sua natureza (SILVA, 2004, p. 262).

Sem embargo, a doutrina e a jurisprudência procuram outros parâmetros de orientação para o arbitramento da condenação. Critérios como o grau de culpa, o nível socioeconômico do autor e do réu, a repercussão do dano, o tempo decorrido entre a conduta lesiva e a propositura da ação, por exemplo, são citados como um guia seguro a nortear o órgão judicante quando do arbitramento da condenação por dano moral. São buscadas ponderações adequadas ao trabalho de quantificação de um valor indenizatório justo. Por justo deve-se entender uma quantia que não seja irrisória, mas que também não represente enriquecimento sem causa do lesado.

O direito à integral reparação dos danos, garantido tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código de Defesa do Consumidor,[5] implica a inexistência de teto indenizatório, isto é, a impossibilidade de se criarem indenizações tarifadas ou de se editarem dispositivos que circunscrevam a reparação a um determinado valor máximo,[6] a exemplo do que ocorria no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) e na Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967).

O sistema do tabelamento ou tarifação é tido como inconveniente porque requer a despersonalização, o que não se coaduna com os princípios da dignidade humana e da isonomia. Ao aplicar a tabela, situações diferentes são tratadas de modo semelhante, visto que não há espaço para a apreciação das peculiaridades do caso concreto. Uma vez afastado o sistema da tarifação pelo ordenamento jurídico pátrio, resta ao magistrado o método do livre arbitramento judicial motivado.

Assente a jurisprudência em que a reparação por danos morais deve ser integral, mas inexistência de balizas legais pode conduzir a distorções na escolha de um ou outro critério pelos juízes na apreciação quantitativa do dano, dificultando uma orientação uniforme do Poder Judiciário. Neste sentido, vale transcrever um extrato do voto da Min. Nancy Andrighi, *in verbis*:

> É da essência do dano moral ser compensado financeiramente a partir de uma estimativa *imprecisa* com o sofrimento causado, *justamente por inexistir fórmula matemática* que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro (grifos nossos).[7]

3 Dano moral no STJ

3.1 Competência do STJ e controle da quantificação do dano moral

Entre as atribuições constitucionais do Superior Tribunal de Justiça está a de julgar, em grau recursal, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados ou Distrito Federal, com intuito de uniformização da interpretação do direito federal (artigo 105, III, da CF). Ao apreciar o recurso especial, a corte de sobreposição não analisa matéria de fato, mas tão-somente questões de direito. Significa dizer que não há espaço para o reexame de matéria probatória, centrando-se a avaliação judicial na interpretação de dispositivos de lei federal. Tanto é assim que foi editada a Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".[8]

Não obstante o recurso especial não se prestar à apreciação de pontos fáticos controvertidos – e a ponderação sobre a quantia indenizatória é claramente uma questão de fato –, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reavaliado a quantificação do dano moral, sob o argumento de que é possível a revisão dos valores condenatórios. Em voto proferido no REsp 826.683/SP,[9] a relatora Ministra Nancy Andrighi defende a atuação da corte, considerando que, *in verbis*:

> […] em hipóteses excepcionais, pode o Superior Tribunal de Justiça rever o valor fixado em ação de compensação por danos morais, desde que haja discrepância insuportável com o que ordinariamente se entende por razoável em casos semelhantes.

3.2 Valores da indenização por dano moral nas relações de consumo bancárias

3.2.1 Média dos valores indenizatórios

A média dos valores indenizatórios demonstra radical variação entre as instâncias inferiores e o Superior Tribunal de Justiça. No universo dos julgados estudados, a média condenatória na primeira instância é de R$ 88.585,38; na segunda instância, eleva-se para R$ 105.920,86; e, no Superior Tribunal de Justiça, a média decai vertiginosamente para R$ 12.445,59. Se somente considerados os valores médios, a redução experimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é da ordem de 85,95% relativamente à quantia fixada na primeira instância e de 88,25% em relação à segunda instância.

3.2.2 Manutenção, majoração e fixação pelo STJ

Em 20,5% dos acórdãos, a corte manteve a quantia indenizatória, por entender que a fixação observou os padrões de razoabilidade. Nestes casos, a condenação média é de R$ 19.964,64, o que não destoa da média encontrada em todos os recursos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça. A média dos valores mantidos corresponde a um valor 81,15% inferior que a média das quantias arbitradas no segundo grau. Observa-se que a corte especial somente mantém as condenações que se encaixam no padrão médio dos valores por ela controlados.

O Superior Tribunal de Justiça procedeu à majoração do *quantum* indenizatório em somente três dos acórdãos pesquisados (REsp 752.469/RS, REsp 679.248/RJ e REsp 644.236/MG). O aumento foi dado com base no argumento de que a quantia fixada nas instâncias ordinárias mostrou-se como irrisória ou inadequada à lesão sofrida. Há compatibilidade entre os valores finais alcançados nestes casos (R$ 5.000,00, R$ 10.000,00 e R$ 30.000,00) e a média dos valores indenizatórios encontrada no Superior Tribunal de Justiça, que é de R$ 12.445,59.

Em 3,68% dos acórdãos, a fixação da quantia indenizatória deu-se pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. São hipóteses em que as instâncias ordinárias julgaram o pedido improcedente, mas a corte especial entendeu como configurado o dano moral. Com o amparo do princípio da economia processual, realizou-se o arbitramento do valor em grau recursal, com vistas às circunstâncias fáticas provadas, variando aquele entre R$ 1.000,00 e R$ 15.000,00.

É possível identificar que, quando o Superior Tribunal de Justiça intervém para majorar ou fixar a verba indenizatória, bem como quando mantém o valor da condenação, a corte não se afasta do valor médio das condenações finais. O curso da atuação da corte é, de certa forma, padronizado. Ainda que haja alguma diferença no valor final alcançado, a intervenção do Superior Tribunal de Justiça tem sempre em vista a mesma média de valor.

3.2.3 Redução no STJ

No universo pesquisado, o Superior Tribunal de Justiça optou pela redução do *quantum* indenizatório em 74,23% dos processos. Tão elevado percentual de revisão indica que o Superior Tribunal Federal percebe os valores arbitrados nas instâncias anteriores como exorbitantes ou desarrazoados, merecendo, portanto, sua diminuição a patamares considerados como adequados.

Uma vez que não existe um cálculo matemático das repercussões negativas da violação, as instâncias inferiores têm liberdade para aferir a quantia devida. A possível ocorrência de exacerbação nas pretensões indenizatórias (STOCO, 2004, p.1703) ou a chamada "indústria do dano moral", com a consequente banalização do instituto do dano moral, parece ser a principal preocupação do Superior Tribunal de Justiça ao rever o valor indenizatório.

O voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do REsp 265.133, denota claramente tal temor ao afirmar que, "em face de manifestos e frequentes abusos na fixação do *quantum* indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, é lícito ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle".[10]

A corte especial parece não acreditar que a proximidade do juiz de primeiro grau com a realidade fática apresentada no processo lhe empresta melhores condições de aferir o valor adequado ao caso concreto. Em 99,17% dos casos em que a corte interveio para reduzir a condenação, foi sustentado que o valor era excessivo, o que poderia ser entendido como uma visão de que os julgadores das instâncias inferiores não atuaram com a devida prudência e bom senso na tarefa de quantificação da indenização.

Ao lado da revisão dos valores em quase 80% dos casos, em regra, para diminuí-los, nota-se que há uma aparente padronização dos valores. Ainda que afastem a ideia de tarifação, diversos julgados fazem referência a outros, em que a verba indenizatória é igual ou similar a que se fixa após a redução pela corte especial.[11]

3.2.4 Distribuição de faixas dos valores condenatórios

Na primeira instância, os valores condenatórios variam de R$ 365,10 a R$ 900.000,00. Na segunda instância, há maior oscilação nos valores arbitrados: de R$ 1.000,00 a R$ 4.000.000,00. A discrepância das quantias é impressionante, demonstrando que, nas instâncias ordinárias, não há meio de prever o valor da condenação, tudo a depender, em grande medida, da inclinação teórica do órgão julgador a quantificar indenização por dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça não aceita o sistema de tabelamento das indenizações,[12] propugnando pela efetiva reparação dos danos conforme as peculiaridades do caso concreto, o que poderia levar a dissonâncias nos valores encontrados na jurisprudência. Este não é o panorama encontrado na corte especial. Após a revisão dos valores fixados pelas instâncias ordinárias ou manutenção destes, as condenações

finais são de R$ 300,00 a R$ 150.000,00, mas a disparidade não é um elemento que salte aos olhos se levado em consideração o fato de que 64,42% dos valores finais estão inseridos no intervalo de R$ 5.000,00 a R$ 30.000,00.

Não é de considerar a distribuição dos julgados do Superior Tribunal de Justiça como dispersa:

a) 28,83% dos valores condenatórios são inferiores a R$ 5.000,00;
b) a grande "fatia" das decisões (64,42%) considera valores compreendidos no intervalo de R$ 5.000,00 a R$ 30.000,00; e
c) somente 6,75% inclui valores superiores a R$ 30.000,00 (sendo o valor mais alto encontrado o de R$ 150.000,00, no REsp 291625).

Um dos meios de verificar uma possível padronização de valores é mediante o cálculo do desvio padrão em comparação com a média encontrada em cada uma das instâncias. A identificação do desvio padrão serve para verificar a dispersão dos dados em torno das médias. Segundo Freund, "a dispersão de um conjunto de dados é pequena se os dados estão concentrados em torno da média e é grande se os dados muito afastados da média" (FREUND; SIMON, 2000, p. 61), vale dizer, quanto menor o desvio padrão em relação à média, mais concentrados ou padronizados estão os dados analisados.

Na 1ª instância, foram obtidos como média e desvio padrão, respectivamente, R$ 88.585,38 e R$ 225.307,70, resultando em uma relação de 2,54. No Superior Tribunal de Justiça, foram atingidos os valores de R$ 12.445,59 e R$ 16.332,21 para média e desvio padrão, em uma relação de 1,31. Logo de plano se observa que a relação desvio padrão/média é inferior na corte especial, mas, quando analisada em conjunto com a redução da média indenizatória, o resultado é ainda mais expressivo. A redução da média indenizatória (85,95%) entre as instâncias analisadas é menor que a redução observada no desvio padrão (92,75%), a significar que os valores fixados no SJT, além de inferiores, são proporcionalmente mais concentrados que os da 1ª instância.

O mesmo se verifica ainda mais claramente na 2ª instância, na qual a relação desvio padrão/média é de 3,80. A redução da média indenizatória (88,25%) entre a 2ª instância e a corte especial é menor que a redução observada no desvio padrão (95,94%), demonstrando, novamente, que as quantias indenizatórias revistas pelo Superior Tribunal de Justiça são proporcionalmente bem mais concentradas que as da 2ª instância.

Conclusão

Tabelamento ou uniformização de jurisprudência pelo STJ?

A adoção do sistema do livre arbitramento da quantia indenizatória pelo ordenamento brasileiro, como consectário do direito à plena reparação dos danos morais sofridos,

implica a inexistência de prévio limite quantitativo, mas também a ausência de critérios definidos a nortear a tarefa de arbitramento judicial da indenização. Os órgãos julgadores balizam sua atuação em conceitos abertos, como *o prudente arbítrio do julgador*, o *bom senso* e a *razoabilidade*. Tais conceitos indeterminados, todavia, permitem a passagem da cadeia de valores do julgado ao interpretar a norma jurídica.

Tal liberdade concedida aos juízes pode redundar em enormes discrepâncias dos valores obtidos com a condenação judicial. A autorização para julgar conforme suas próprias convicções – ainda que motivadamente – e a ausência de critérios legais, passíveis de controle pelos operadores do direito, formam um campo propício à imprevisibilidade do resultado do arbitramento judicial da indenização por dano moral.

A imprevisibilidade, por sua vez, afeta a segurança jurídica. Não se pode falar em estabilidade social e dos direitos se os detentores do exercício do poder jurisdicional podem conformar de modo muito diferente a quantificação do dano moral de casos idênticos ou muito semelhantes, causando distorções em situações que deveriam receber tratamento igualitário.

Nas instâncias inferiores a variação de valores é considerável (de R$ 365,10 até R$ 4.000.000,00) e a distribuição dos valores é fragmentarizada, como se depreende do item 3.2.4 supra. No entanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não se percebe significativa variação dos valores finais e a relação desvio padrão/média indica uma concentração dos valores ao redor da média. Pode-se dizer, então, ser possível o prognóstico do valor indenizatório que será alcançado caso a discussão alcance a via recursal especial.

A redução do valor indenizatório é sintomática, sendo observada em mais de 70% dos casos levados à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. A diminuição tende a ser efetivada sem preciso aclaramento de quais elementos do caso concreto foram decisivos para a interferência excepcional da corte, muitas vezes com a mera indicação de que o "valor é excessivo". Nos casos em que houve manutenção do *quantum* determinado pelas instâncias inferiores, aquele já se encontrava em conformidade com o padrão médio dos valores por ela controlados, conforme observado no item 3.2.2.

A interferência do Superior Tribunal de Justiça no arbitramento do valor condenatório denota a tentativa de conceder valores condenatórios aproximados para situações que cuidam de temas assemelhados, independentemente das circunstâncias de cada caso levado a juízo. Tal constatação leva ao questionamento se, na prática, o Superior Tribunal de Justiça não adotou um "tabelamento" da quantia condenatória, diferentemente do que ocorre nas instâncias inferiores.

Ainda que os julgados do Superior Tribunal de Justiça refutem a ideia de tarifação da indenização, a ausência de indicação das peculiaridades do caso *sob iudice* que basearam a revisão quantitativa da indenização somada à tendência dos valores condenatórios finais apontada acima servem como indício de que existiria, na prática, um tabelamento da indenização por dano moral nas relações de consumo bancárias.

Influências teóricas na quantificação da indenização por dano moral

A exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor sinaliza que o diploma legal, ao concretizar a direção dada pela Constituição Federal, teve como norte a justiça e a segurança que devem permear o desenvolvimento econômico-social brasileiro, o que inclui a reparação satisfatória por danos sofridos na relação de consumo.

Com isso, há oscilações de entendimento do que deve ser considerado como o valor justo a reparar o dano moral sofrido, dissonâncias estas que são muitas vezes influenciadas pela teoria adotada quanto às funções da indenização por dano moral.

A despeito da existência de classificações particulares, é possível identificar como três as funções da indenização por dano moral:

> (i) compensação, satisfação ou reparação – seria o papel fundamental da indenização. Dada a impossibilidade de retorno à situação anterior, o pagamento em moeda funciona como compensação pela dor ilicitamente infligida, como recompensa pelo desconforto;
> (ii) punição ou sanção – imposição de uma reprimenda pelo comportamento lesivo, para que o causador da lesão não se mantenha impune. A sanção revela-se pela diminuição do patrimônio como retribuição pelo mal praticado;
> (iii) prevenção, desestímulo, inibição ou sanção indireta – tem por finalidade desestimular o ofensor a repetir o ato lesivo. Ao figurar como advertência de não-aceitação de comportamento lesivo, a indenização exerce o papel de prevenir futuras ofensas.

Em uma parcela dos julgados, aparece a discussão sobre as funções que a indenização por dano moral deve desempenhar. Pode-se afirmar que a escolha valorativa é refletida na quantificação do dano moral? Por exemplo, os julgados que sustentam que a indenização não pode representar um enriquecimento ilícito, afastando a ideia do caráter punitivo da indenização, adotam um patamar indenizatório inferior àqueles que abarcam a função punitiva da indenização?

Na maioria dos acórdãos, a opção teórica não é apontada de forma clara como critério para fixar o valor indenizatório, daí a dificuldade em aferir qual a relevância de uma ou outra teoria no resultado da revisão de quantias efetuada pelo Superior Tribunal de Justiça. Não obstante não ser esta discussão objeto do presente trabalho, entendemos ser relevante destacá-la como um aspecto interessante a ser incluído em futuras pautas de pesquisa.

Previsibilidade das quantias indenizatórias e interesse em demandar

Os seres humanos realizam muitas de suas escolhas baseadas em uma ponderação entre "o valor daquilo que se paga (ou usufrui) agora, de um lado, e o valor daquilo que se espera alcançar (ou deverá ser pago) mais adiante, de outro (GIANNETTI, 2005, p. 9).

Racionalmente, as pessoas abrem mão de algo no presente em razão da expectativa de receber um benefício no futuro. Se a vantagem futura esperada não for atraente o suficiente para se sobrepor ao custo presente, a decisão penderá para o valor mais próximo no tempo.

Quando, perante a possibilidade do ajuizamento de uma demanda, a pessoa lesada está diante das seguintes alternativas: (a) ousar, propondo a ação judicial cabível, para a obtenção, no futuro, da indenização pleiteada ou (b) conformar-se, no momento atual, com o prejuízo experimentando, porém furtando-se do encargo de realizar despesas financeiras com a contratação de um advogado e de assumir o risco de ser sucumbente ao final do processo.

Os valores a serem despendidos com eventuais condenações na esfera judicial fazem parte do custo de produção de qualquer pessoa jurídica. Financeiramente, é razoável afirmar que ao diretor de uma empresa afigura-se como melhor opção o pagamento de um valor de cerca de R$ 12.000,00, diluídos em anos até a decisão judicial se tornar definitiva e exigível, do que gastar quantias superiores em estudos e implantação de sistemas que alterem seu *modus operandi* e minimize a ocorrência de defeitos na prestação de serviço ou nos produtos inseridos na cadeia de consumo.

Se o pretenso ofensor conhece antecipadamente o limite quantitativo a que pode ser submetido em uma condenação judicial, poderá avaliar os custos e concluir que, em termos monetários, mais vale a pena infringir a lei do que modificar seu comportamento. Assim, cabe indagar se as condenações fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, após diversos anos de litígio, são um incentivo suficiente para que o agente violador altere seu comportamento.

Ademais, a revisão sistemática dos valores fixados nas instâncias inferiores, com redução em 74,23% dos casos, aliada ao fato de a média do valor condenatório no Superior Tribunal de Justiça ser drasticamente inferior àquela fixada pelas instâncias ordinárias, podem servir como incentivo às empresas-rés a recorrerem, arrastando a disputa judicial, visto que têm condições de suportar os gastos de um prolongado processo judicial e, ao mesmo tempo, como desestímulo aos consumidores lesados em buscar a via judicial para obter a reparação do dano moral experimentado.

O direito tem como papel primordial estimular comportamentos socialmente desejáveis e tornar desinteressantes condutas indesejáveis. Sem embargo, se o aplicador do direito perder de foco o objetivo pretendido pela norma jurídica protetiva, o direito passa a atuar de modo contrário ao esperado. A indenização por danos morais foi estabelecida como meio de garantir o respeito aos aspectos primordiais da personalidade. Todavia, no momento em que o *quantum* indenizatório não se mostra como apto a desestimular comportamentos lesivos, a finalidade que a norma procurava proteger se esvai na disputa pela obtenção dos maiores lucros econômicos possíveis.

As decisões judiciais têm vocação para modificar condutas lesivas. A gradual convergência de entendimento na aplicação das normas é medida salutar para resguardo

da segurança jurídica. No entanto, é importante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com significativa redução do *quantum* condenatório fixado nas instâncias inferiores aliada à aparente tarifação da indenização por dano moral, poderá encorajar a reiteração de ofensas pelos fornecedores, se lhes afigurar como financeiramente mais vantajoso o dispêndio de uma quantia não considerável, a título de indenização, ao final da longa duração de um processo judicial. Desse modo, as normas consumeristas perderão seu valor como indutoras de comportamentos desejados e os efeitos persuasivos das decisões judiciais não produzirão os efeitos positivos que poderia ter.

A jurisprudência serve como um dos fatores a serem considerados na escolha pela propositura de uma ação. Observa-se a tendência dos julgados em casos análogos, a fim de identificar a probabilidade de sucesso. Pode ou não ser a jurisprudência um indicador preponderante a levar alguém a litigar em juízo, mas não é menos verdade dizer que é um elemento relevante levado em conta tanto pelo advogado quanto pelo pretenso autor. Ao sofrer um dano moral decorrente da conduta lesiva de um fornecedor de produto ou serviço, o consumidor buscará a via judicial se acreditar como devida a indenização e se for razoável a expectativa de sair ganhador.

Especialmente na jurisdição brasileira, ao lado da incerteza sobre a solução definitiva que será obtida, soma-se a impossibilidade de prever o período de duração do processo até o trânsito em julgado do ato judicial final, sendo conhecido o fato de que os processos judiciais se arrastam por vários anos. Os fatores negativos de tempo prolongado e desconhecimento do resultado podem ser relegados ante o vislumbre de uma indenização em valor significativo adicionada à probabilidade de sucesso na empreitada jurisdicional.

Pode-se afirmar que o número de demandas resolvidas favoravelmente ao consumidor, com a aplicação das normas protetivas, serve como estímulo pela eleição do litígio judicial. Por outro lado, os valores indenizatórios fixados pelo tribunal de superposição em matéria federal podem não se mostrar suficientemente encorajadores se comparados com o que se aguarda como "prêmio" pela longa espera pela indenização.

Do ponto de vista das empresas, a preocupação no cenário econômico atual é de manter ou aumentar as margens de lucratividade. Para que a iniciativa privada atinja seu objetivo dentro do ritmo acelerado da economia, vige, como ressaltado pelo professor José Eduardo Campos de Oliveira Faria, "a lógica do sistema financeiro: o máximo de lucro possível, no menor espaço de tempo, com o máximo de segurança e o menor risco" (FARIA, 2007, p. 18).

O resultado judicial reflete o modo de tratamento de direitos. As decisões judiciais não só atendem ao objetivo primordial de pacificação de conflitos, como também ultrapassam os limites da lide para delinear o caminho a ser trilhado pelos demais componentes do corpo social. No momento em que o *quantum indenizatório* é percebido pelos ofensores como insuficiente para desestimular o comportamento

contrário ao direito, a norma não concretiza, no campo fático, a proteção dos sujeitos que visava a resguardar. A finalidade de harmonização de relações intrinsecamente desequilibradas, portanto, não é atingida.

O direito é formalmente aplicado, com a condenação das instituições bancárias que violam o direito à honra dos consumidores. No entanto, o papel de regulador de condutas na direção desejada pode não ser materialmente satisfeito. Cabe indagar se, na prática jurisprudencial cotidiana, o Estado brasileiro tem cumprido a determinação política inscrita na Constituição Federal de 1988 de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

: ARTIGO APROVADO **(15/09/2008)** : *RECEBIDO EM 18/03/2008*

NOTAS

1 Especialista em responsabilidade civil pelo GV*law*. Advogada em São Paulo.

2 Cabe destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos serviços prestados pelas instituições bancárias, conforme o julgamento da ADI 2591/DF em 07.06.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 18 jun 2007.

3 Princípio insculpido no artigo 1.º, III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

4 Neste sentido: "A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 602.401/RS, rel. Min. Cesar Rocha, j. 18.03.2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=dano+moral+quantum+indenizatorio&b=AC OR>. Acesso em: 30 maio 2007.

5 A plena ressarcibilidade é decorrência lógica da leitura das disposições contidas no artigo 5º, incisos V, X e XXXV, da Constituição Federal. Mais especificamente em relação às lesões ocorridas nas relações de consumo, o artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, define como um dos direitos básicos dos consumidores a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos.

6 O Código Brasileiro de Telecomunicações cuidava de estipular algumas balizas para a quantificação do dano moral, mas foi revogado antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da edição do Código de Defesa do Consumidor. A Lei de Imprensa trazia um teto indenizatório de 200 salários mínimos para a reparação por dano moral causado pelos meios de comunicação por ela englobados. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 281: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 281. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/toc.j sp>. Acesso em: 31 maio 2007).

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 663.196/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.10.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=663196&&b=ACOR& p=true&t=&l=10&i =2>. Acesso em: 26 out 2006.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/toc.jsp>. Acesso em: 31 maio 2007.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 826683/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.05.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=826683&&b=ACOR&p=true&t =&l=10&i=1>. Acesso em: 26 out 2006.

10 Ainda que não trata especificamente dos temas de inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito ou devolução indevida de cheque, o caso em julgamento cuida de responsabilidade civil e dano moral, o que é adequado ao objeto da presente pesquisa e denota a preocupação da corte especial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp 265.133/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.09.2000. Disponível em: <http://www.s tj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=265133&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 26 out 2006.

11 REsp 457734/MT, REsp 331535/RJ, REsp 442642/PB, REsp 655691/RS, REsp 790694/RJ, REsp 856296/SP, REsp 705 371/AL, REsp 845416/SP, por exemplo.

12 No voto da Min. Nancy Andrighi, proferido no julgamento do REsp 826683/SP (vide nota 11), é afirmado que o reconhecimento dos excessos e adequação dos valores indenizatórios à jurisprudência do STJ não se trata de uma tendência à tarifação do dano moral, mas, quando necessária a redução de valor discrepante do razoável, adota-se montante próximo de paradigmas da corte. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/to c.jsp?tipo_visualiza cao=RESUMO&livre=dano+moral+quantum+indenizatorio&b=ACOR>. Acesso em: 30 maio 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização é um problema, não um destino. *Revista Getúlio*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 16-23, 2007.
FREUND, John E.; SIMON, Gary A. *Estatística aplicada*. 9. ed. Porto Alegre: Bookman, 2000.
GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. A quantificação dos danos morais pelo STJ. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2007.
LAFER, Celso. Reale aos 95. *O Estado de S.Paulo*, ano 126, n. 40906, 16 out. 2005. Espaço aberto, p. A2.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
PAGE, Martin. *Como me tornei estúpido*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 3 v.
SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.
SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. cap. 11, p. 257-268.
STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

Júlia Caiuby de Azevedo Antunes

Especialista em Responsabilidade Civil pelo GV*law*
Advogada em São Paulo

Rua Isabel de Castela, 450, apto. 11
Vila Madalena – 05445-010
São Paulo – SP – Brasil
juliaantunes@gmail.com

DOSSIÊ DIREITO E DESENVOLVIMENTO: BALANÇO E PERSPECTIVAS

José Rodrigo Rodriguez, Editor da Revista DIREITO GV

Os dois textos reunidos neste dossiê são balanços abrangentes da literatura sobre direito e desenvolvimento dos últimos 40 anos. Separados por mais de dez anos (1995 e 2008), oferecem um bom panorama da produção acadêmica na área, especialmente artigos em língua inglesa de origem norte-americana, e discutem as principais referências teóricas do campo. A leitura conjunta dos dois artigos introduz o leitor a grande parte dos resultados empíricos obtidos pelas pesquisas em direito e desenvolvimento e aos paradigmas teóricos utilizados no campo.

"As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento", de Brian Z. Tamanaha, publicado em 1995, analisa, principalmente, os paradigmas teóricos que orientam os estudos na área. Grande parte do texto é dedicada a apresentar e criticar a "teoria da modernização e a "teoria da dependência", além de escritos sobre o denominado "direito ao desenvolvimento", com os quais o autor gasta menos tempo.

Além disso, Tamanaha reinterpreta a crise que se abateu sobre o campo, cujo marco é o texto de 1974 "Acadêmicos auto-alienados...", de David M. Trubek e Marc Galanter (Revista DIREITO GV 6, v.3, n.2, p. 261-304), não como algo que lhe seja específico, mas como manifestação de um contexto mais geral, marcado pela hegemonia do pensamento pós-moderno que enfraqueceu a crença no poder heurístico das ciências sociais e apontou para um relativismo radical que levava à inação.

Por razões óbvias, o autor não discute a produção mais recente na área, comentada pelo segundo texto, "A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos", de Kevin E. Davis e Michael J. Trebilcock, publicado em 2008.

Davis e Trebilcok interrogam outro corpo de literatura e com preocupações diferentes. O que eles desejam saber, em suma, é o seguinte: há evidências empíricas suficientes para justificar investimentos em programas de reforma jurídica ao redor do mundo?

O texto não esconde sua simpatia pela posição cética sem, no entanto, decidir a questão de uma vez por todas. Pois, assim como Tamanha, os autores também estão preocupados com as perspectivas futuras para o estudo do direito e desenvolvimento, e não apenas em apontar suas mazelas. Afinal, os problemas teóricos e a escassez de evidências empíricas conclusivas identificados nos textos examinados não devem obscurecer o papel central que estes estudos tiveram, e ainda têm, na internacionalização da pesquisa em direito, norte-americana e de todos os países do globo.

Ademais, a preocupação com o desenvolvimento, à luz das críticas de Trubek e Galanter, implica, necessariamente, na relativização das instituições postas em nome de projetos de reforma institucional que desestabilizam as relações sociais e as posições de poder político, econômico e social a elas correspondentes. Este "cerne emancipatório" dos estudos sobre direito e desenvolvimento, que David M. Trubek menciona em sua entrevista a esta revista (Revista DIREITO GV 6, v. 3, n. 2, p. 305-329), está presente já nos primórdios deste campo, posto a serviço do combate ao autoritarismo, identificado com os países socialistas da época.

Como disse Trubek na *mea culpa* escrita em parceria com Marc Galanter, em certo momento, ficou claro que, na verdade, tratava-se não de uma luta entre o bem e o mal, mas um combate entre autoritarismos de esquerda e de direita, que instrumentalizou ideias e pesquisas em função de objetivos ideológicos. A despeito desta origem problemática, o campo do direito e desenvolvimento, especialmente se olhado a partir de seu cerne emancipatório, ainda tem muito a oferecer, ainda mais se for enriquecido por pontos de vista como aqueles dos países em desenvolvimento, dos movimentos sociais feministas, indígenas, afro-descendentes e tantos outros atores sociais.

Novos pontos de vista implicam em novas questões e novas maneiras de interrogar as instituições, nacionais e internacionais, em função de variados projetos e visões sobre a relação entre direito e desenvolvimento. A perspectiva emancipatória do campo reside exatamente aí, na possibilidade de desnaturalizar e desestabilizar o que está posto, em nome de objetivos e valores, sempre em mutação; uma postura muito distante do etnocentrismo anticomunista dos primeiros tempos e do quietismo relativista pós-moderno.

ORIGINALMENTE PUBLICADO EM: TAMANAHA, BRIAN Z. REVIEW: THE LESSONS OF LAW-AND-DEVELOPMENT STUDIES. *THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*. WASHINGTON: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, V. 89, N. 2, 1995, PP. 470-486.

AS LIÇÕES DOS ESTUDOS SOBRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Brian Z. Tamanaha

THE LESSONS OF LAW AND DEVELOPMENT STUDIES

TRADUÇÃO *Tatiane Honório Lima* REVISÃO TÉCNICA *José Rodrigo Rodriguez* REVISÃO DA TRADUÇÃO *Fábio Luiz Lucas Carvalho*

RESUMO

A PARTIR DA LEITURA DE DUAS COLETÂNEAS DE TEXTOS SOBRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO, QUE REÚNEM ARTIGOS PUBLICADOS DESDE A DÉCADA DE 1960, ESTE TEXTO, PUBLICADO EM 1995, AVALIA OS RESULTADOS DA PESQUISA NA ÁREA E DISCUTE SEU DIRECIONAMENTO FUTURO. OS DOIS PRINCIPAIS PARADIGMAS DESTE CAMPO, A "TEORIA DA MODERNIZAÇÃO" E A "TEORIA DA DEPENDÊNCIA", SÃO EXAMINADOS E CRITICADOS EM FACE DO CONTEXTO SÓCIO-POLÍTICO E INTELECTUAL; E DA CRISE QUE DOMINOU OS ESTUDOS SOBRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO, A PARTIR DO TEXTO DE DAVID M. TRUBEK E MARC GALANTER, "ACADÊMICOS AUTO-ALIENADOS..." DE 1974. SÃO DISCUTIDOS TAMBÉM TEXTOS DE DIREITO INTERNACIONAL QUE TRATAM DO "DIREITO AO DESENVOLVIMENTO" E A PRODUÇÃO DA ÉPOCA NO CAMPO DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO. A PARTE FINAL DO ARTIGO MOSTRA OS RESULTADOS E AS DEFICIÊNCIAS DESTA TRADIÇÃO TEÓRICA E MOSTRA QUE A CRIAÇÃO DA ÁREA É A MANIFESTAÇÃO DE UMA CRISE MAIS GERAL, RESULTANTE DE UMA PERDA NA CRENÇA NAS CIÊNCIAS SOCIAIS RESULTANTE DO PÓS-MODERNISMO.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITO; DESENVOLVIMENTO; MODERNIZAÇÃO; DEPENDÊNCIA; PÓS-MODERNISMO.

ABSTRACT

THIS ARTICLE, PUBLISHED IN 1995, EXAMINES AND CRITICIZES THE RESULTS OF LAW & DEVELOPMENT RESEARCH SINCE THE 60'S, BASED UPON TWO COLLECTIONS OF TEXTS PUBLISHED IN THE 90'S. IT PRESENTS AND SHOWS THE SHORTCOMINGS OF THE TWO MOST IMPORTANT THEORETICAL PARADIGMS IN THE CHAMP, THE MODERNIZATION THEORY AND THE DEPENDENCY THEORY, AND EXAMINES THE NATURE OF THE CRISIS THAT DOMINATED THE L&D STUDIES SINCE THE PUBLICATION OF THE 1974 ARTICLE "ACADEMICS IN SELF-ESTRANGEMENT..." BY DAVID M. TRUBEK AND MARC GALANTER. IT ARGUES THAT THE CRISIS THAT DOMINATED THE CHAMP IS A MANIFESTATION OF A BROADER CRISIS THAT RESULTS FROM THE HEGEMONY OF POST-MODERN THOUGHT AND ITS LACK OF CONFIDENCE ON SOCIAL SCIENCES HEURISTIC POWER. THE ARTICLE ALSO EXAMINES INTERNATIONAL LAW TEXTS ON THE "RIGHT TO DEVELOPMENT" AND THE THEN RECENT PRODUCTION ON L&D.

KEYWORDS

LAW, DEVELOPMENT, MODERNIZATION, DEPENDENCY, POST-MODERNISM.

A relação entre direito e desenvolvimento tem sido um campo de estudo acadêmico por cerca de trinta anos. A recente publicação de duas compilações de artigos sobre o tema oferece a oportunidade de rever os avanços alcançados pela área, bem como seu estado atual e futuro direcionamento no contexto da resenha de dois livros.

*Law and Development**, editado por Anthony Carty, traz artigos do início da década de 1970 e final da década de 1980. A primeira parte do livro refere-se aos dois principais paradigmas que dominaram a área – teoria da modernização e teoria da dependência; a segunda parte reproduz o debate, na direita, pelo desenvolvimento; e a parte final lida com o tema de direito internacional e desenvolvimento. Essa coletânea, amplamente representativa, contém diversos artigos influentes sobre a temática de Direito e desenvolvimento e fornece, ainda, uma consistente introdução com vistas ao progresso desse campo de estudo.

Editado por Sammy Adelman e Abdul Paliwala, *Law and Crisis in the Third World*** é composto de artigos recentes dos principais estudiosos sobre Direito e desenvolvimento, os quais lidam com uma gama de assuntos atuais, partindo da teoria jurídica até chegar ao constitucionalismo, ao direito penal, à litigância resultante de movimentos sociais (*social action litigation*), ao comércio internacional, à crise da dívida e a vários aspectos concernentes à relação mulher e Direito em países em desenvolvimento.

Juntas, essas obras oferecem um rápido e sofisticado acesso ao florescente campo da literatura.[1] Uma revisão dessa área é oportuna, uma vez que os estudos sobre direito e desenvolvimento têm existido por tempo suficiente para progredirem em direção à maturidade. Não obstante, tal campo de estudo tem sido caracterizado por um aspecto extraordinariamente peculiar: a persistência com a qual seus participantes têm-se declarado estar "em crise". Tal estado foi anunciado pela primeira vez em 1974 em um artigo de autoria de David Trubek e Marc Galanter, intitulado "Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina direito e desenvolvimento".[2] Quase vinte anos depois, Adelman e Paliwala declararam que a crise persiste.[3] Inúmeras questões são suscitadas por esse estado de crise que aparentemente aflige a área, as mais importantes sendo: (1) qual é a natureza da crise? (2) Há alguma solução?

Proponho rever essa área de conhecimento a fim de sugerir os principais ensinamentos que ela produziu. Muitas dessas lições estão implícitas no material. Elas se relacionam não apenas ao papel que o Direito desempenha em países em desenvolvimento, mas também à natureza e ao efeito do estudo do Direito nestes. Para tanto, procederei da seguinte forma: primeiramente, farei um esboço das teorias da modernização e da dependência. Minha intenção é ir além da habitual e perene discussão acerca dessas teorias para colocá-las em um contexto sócio-político-intelectual mais amplo. Demonstrarei de que forma essas teorias se relacionam e influenciam a literatura acerca do campo direito e desenvolvimento. Em seguida, discutirei a tensão debilitante que transpassa o campo, os ensinamentos que acredito que devam ser aprendidos e, ainda, discorrerei a respeito da suposta crise.

1 Teoria da modernização

1.1 Movimento de desenvolvimento político

A teoria da modernização, paradigma que primeiro instruiu o movimento de desenvolvimento político, surgiu em consequência da 2ª Guerra Mundial, originalmente por meio dos esforços de economistas americanos, cientistas políticos e sociólogos.[4] Suas bases teóricas deviam fortemente ao funcionalismo estrutural de Parsons. Em sua forma mais simples, essa teoria defendia que o desenvolvimento era um inevitável e evolucionário processo de crescimento de diferenciação social, o qual produziria, em ultima instância, instituições econômicas, políticas e sociais semelhantes àquelas no ocidente. O resultado de tal processo seria a criação de um sistema de mercado livre, de instituições políticas democrático-liberais e do chamado império do direito (*rule of law*).[5]

De acordo com essa teoria, eram essenciais quatro elementos para que houvesse o desenvolvimento político.[6] O primeiro, *racionalização*, baseava-se nas conhecidas dicotomias encontradas nas teorias sociais de Durkheim, Weber, Tonnies e Parsons, envolvendo mudanças do particular ao universal, da atribuição à realização e da afetividade à neutralidade afetiva – todas supostamente acompanhando a diferenciação funcional de sociedade. O segundo elemento consistia numa ênfase na integração nacional ou *construção da nação*, especialmente importante em virtude dos diversos conflitos étnicos que ameaçavam os países em desenvolvimento. O terceiro elemento referia-se à *democratização*, a qual enfatizava o pluralismo, a competitividade e a responsabilização (*accountability*). Por fim, o último elemento dizia respeito à *mobilização* ou participação a ser alcançada, em especial, pela educação, com o objetivo de expandir a proporção de populares oriundos de extratos sociais mais baixos ativamente envolvidos na disputa política.

A autoconfiança e a convicção no progresso que caracterizavam os teóricos da modernização na década de 1950 e início da de 1960 tinham sucumbido a um profundo pessimismo no fim da década de 1960, pessimismo esse induzido pelo fracasso dos países em desenvolvimento em progredir economicamente como previsto e, ainda, pela desintegração de instituições políticas e pela proliferação de regimes militares autoritários, desvirtuando, portanto, as hipóteses da teoria a respeito do desenvolvimento político. Assim, a realidade demonstrava-se obstinadamente resistente à teoria.

A reação inicial foi enxergar o fracasso como consequência de problemas internos dos países em desenvolvimento. O diagnóstico predominante era de que tais países careciam de atitudes adequadas, isto é, a cultura "política" ou "cívica" adequada, necessárias à manutenção bem-sucedida de instituições ocidentais. Essas atitudes consistiam em uma série de orientações direcionadas à comunidade nacional, à legitimidade do governo, à democracia, à obediência às leis do Estado, à função e às

obrigações dos atores políticos e burocráticos e, por fim, à responsabilidade dos cidadãos em relação ao sistema político.[7]

Contudo, rapidamente, a própria teoria da modernização foi submetida a um intenso e crítico exame minucioso. Provou ser alvo fácil às investidas do etnocentrismo, do evolucionismo, do raciocínio teleológico inválido e da ingenuidade. Além disso, o paradigma funcionalista estrutural que fundamenta a teoria da modernização foi alvo de crescente ataque, especialmente pelo fato de que era uma teoria social conservadora orientada à preservação de um *status quo* injusto, disfarçado em uma ciência neutra.[8]

Uma eminente crítica interna foi defendida pelo cientista político Samuel Huntington, o qual argumentava ser um equívoco equiparar modernização e desenvolvimento político.[9] Huntington notou ainda que muitos aspectos referentes à modernização – urbanização, progressivo letramento, industrialização e difusão dos meios de comunicação de massa – coincidiram com um lento desenvolvimento político nos países em desenvolvimento, ou mesmo com a deterioração de instituições políticas. Os preceitos surpreendentemente autoritários desse teórico visavam favorecer a construção de instituições políticas, em especial um partido político hegemônico que pudesse exercer um controle substancial em detrimento da participação. O estabelecimento da ordem deveria ser o objetivo primordial, e Huntington não tinha nenhum escrúpulo em incitar a ideia de que "o apoio americano deveria se dirigir ao mais forte dos partidos cujos objetivos fossem compatíveis com os nossos".[10] A partir desses preceitos, a *Realpolitik* havia invadido a academia.

A teoria da modernização e o movimento de desenvolvimento político influenciado por aquela "perderam as forças no início da década de 1970".[11] Antes de migrar para uma discussão específica a respeito da relação direito e desenvolvimento, visto que se relaciona com a teoria da modernização, um aspecto raramente mencionado deve ser enfatizado. Muitos dos eventos supradescritos devem ser compreendidos no contexto do movimento de direitos civis e dos protestos contrários à Guerra do Vietnã que haviam cindido a sociedade americana no fim da década de 1960 e início da década seguinte, numa proporção inédita desde a Guerra Civil. Acadêmicos foram profundamente afetados, porquanto os *campi* universitários foram terreno para alguns dos mais intensos conflitos. A desordem induziu, para alguns, uma nova ênfase aos valores da ordem e, para muitos, a um questionamento do sistema americano e de seus ideais.

O movimento de desenvolvimento político começou a lograr êxito no período de otimismo que sucedeu o triunfo do bem sobre o mal na 2ª Guerra Mundial, e entrou em colapso quando da perda da inocência que caracterizava os Estados Unidos no final da década de 1960. Por conseguinte, o fim da teoria da modernização não foi ocasionado única ou talvez mesmo fundamentalmente pelo seu malogro em ter se originado fora dos países em desenvolvimento. Muitos teóricos desenvolvimentistas estavam bem cientes de que a teoria da modernização era um modelo que

consistia em uma série de ideais que poderiam ser alcançados unicamente por meio de um grande esforço em longo prazo. Tal teoria estava condenada pelo fato de que, segundo vários estudiosos aflitos, esses ideais por si só não mais pareciam autoexplicativos ou dignos de exportação.

1.2 O movimento direito e desenvolvimento

O movimento direito e desenvolvimento entrou em curso, de fato, somente a partir da metade da década de 1960,[12] quando o declínio deste já havia sido iniciado.[13] A maior parte das levas iniciais de artigos sobre esse tema foi publicada no decênio 1965–1975,[14] coincidindo diretamente com as mudanças na sociedade americana. Consequentemente, pelas mesmas razões que levaram o movimento de desenvolvimento político à queda, o movimento direito e desenvolvimento estava fadado ao fracasso, a despeito da situação do Direito em países em desenvolvimento. Embora eu pretenda estabelecer isso brevemente com mais detalhes, um simples fato fornece um apoio inicial: Trubek e Galanter anunciaram o fim do movimento direito e desenvolvimento em 1974 – menos de dez anos depois de começar a ser levado a sério. Contudo, dez anos é tempo suficiente para avaliar o sucesso ou fracasso do que era universalmente reconhecido ser um projeto de dificuldade monumental.

O movimento direito e desenvolvimento adotou os princípios básicos da teoria da modernização, aderindo à noção de que o progresso evolucionário resultaria, em última instância, em ideais e instituições jurídicas semelhantes àqueles vistos no ocidente. Conforme descrito por Galanter no artigo "The Modernization of Law", publicado 1966: "progressos na Europa e em qualquer outro lugar devem ser vistos como fases em uma transformação mundial para sistemas jurídicos desse tipo 'moderno'. Essa espécie de modernização perdura, atualmente, tanto nos novos Estados quanto nos antigos".[15]

Um primoroso debate teórico acerca da função que o Direito desempenha em questões de desenvolvimento foi incluído no artigo "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", de Trubek, reproduzido na compilação de Carty.[16] Em teoria, o direito é essencial ao desenvolvimento econômico, porquanto fornece elementos necessários ao funcionamento de um sistema de mercado. Esses elementos incluem leis universais uniformemente aplicadas, as quais geram previsibilidade e permitem planejamento; um regime de lei contratual que assegure expectativas futuras; e lei de propriedade para proteger os frutos do trabalho. Na teoria, o Direito auxilia o desenvolvimento político servindo de espinha dorsal ao estado liberal democrático. Além disso, é o meio pelo qual o governo atinge seus objetivos e, ainda, serve para restringir ações governamentais opressivas ou arbitrárias.

Trubek e Galanter detalharam as características centrais do modelo de império do direito liberal, como se segue:

> 1) A sociedade é composta de indivíduos que anuem ao Estado pelo seu próprio bem-estar;
>
> 2) O Estado exercita controle sobre os indivíduos por meio da lei e é, ao mesmo tempo, limitado por esta;
>
> 3) As leis são destinadas a alcançar propósitos sociais e não oferecem vantagem especial a nenhum indivíduo ou grupos dentro da sociedade;
>
> 4) As leis são aplicadas igualmente a todos os cidadãos;
>
> 5) Os tribunais são as principais instituições jurídicas responsáveis por definir e aplicar a lei;
>
> 6) O julgamento é baseado em um amplo corpo de regras e doutrinas oficiais, e decisões judiciais não estão sujeitas à influência externa;
>
> 7) Os atores legais obedecem às restrições da lei, sendo que a maioria da população as internalizou, e, onde há violações às leis, a coação irá garantir a conformidade.[17]

Valendo-se implicitamente desse modelo, intelectuais da área judiciária americana foram aos países em desenvolvimento dispostos a agir. O foco destes, consistente com a visão de Direito como meio de engenharia social, foi a reforma da educação e da profissão jurídicas nesses países como instrumento de alcance de objetivos de desenvolvimento.

Assim como ocorrera no movimento de desenvolvimento político com relação à teoria da modernização, em sua obra "Acadêmicos auto-alienados...", Trubek e Galanter criticam o modelo judiciário liberal por ser "etnocêntrico e ingênuo".[18] Esses autores identificaram duas maneiras pelas quais o modelo era etnocêntrico. Primeiramente, contrastava nitidamente com a realidade dos países em desenvolvimento. Em vez de pluralismo político, havia estratificação social, diferenças de classes acentuadas e governos autoritários. O Estado era fraco em comparação a um clã ou a uma vila. A grande maioria da população não havia internalizado as normas jurídicas. Frequentemente as leis eram promulgadas para atender aos interesses da elite econômica. E os tribunais eram tipicamente fracos ou irrelevantes. Em segundo lugar, Trubek e Galanter argumentavam que era potencialmente danoso exportar uma visão instrumental do Direito. Quando o Estado é cooptado por grupos autoritários, o Direito, visto em termos fundamentalmente instrumentais, não pode servir de mecanismo controlador. Desprovido de seus próprios valores internos e

objetivos, se torna um instrumento daqueles que controlam e estabelecem as metas do Estado.

Trubek e Galanter não ofereceram, contudo, nenhuma sugestão acerca do que deveria substituir o modelo ocidental. Em vez disso, propuseram uma abordagem puramente negativa, uma "crítica eclética", na qual os elementos do paradigma jurídico liberal eram "tratados como inerentemente problemáticos".[19] Pouco tempo depois da publicação do artigo desses dois teóricos, o movimento direito e desenvolvimento nos Estados Unidos quase expirou: o dinheiro parou de circular nos fundos, vários institutos e programas voltados ao assunto regrediram ou terminaram e os intelectuais voltaram-se a outras questões.

Esses eventos ocorridos na academia jurídica norte-americana, no entanto, não significaram o fim da teoria direito e desenvolvimento. Focando em antigas colônias, estudiosos franceses e ingleses, em especial, juntamente com um determinado número de acadêmicos africanos, latino-americanos e indianos, continuaram a pesquisar e a escrever a respeito do tema, desenvolvendo um rico conjunto de material. Mais significante, advogados (nativos e expatriados), em países em desenvolvimento, continuaram, a passos acelerados, a apropriar-se de leis e a construir instituições jurídicas baseadas nos modelos do ocidente. As Nações Unidas e seus vários mecanismos também foram envolvidos no trabalho de desenvolvimento jurídico, participando desde o delineamento de modelos de contratos até a promoção de códigos de conduta com vistas a proteger os interesses dos países em desenvolvimento. Sinais da crescente "globalização do Direito" eram agora visíveis; nesse processo, países em desenvolvimento foram incluídos em regimes jurídicos mundiais, como o GATT[20] e o direito dos mares, e a homogeneidade estava crescendo nas leis nacionais internas em áreas como direito contratual, direito comercial, e até mesmo no direito constitucional.[21]

A crise entre teóricos da área de direito e desenvolvimento não se infiltrou nas classificações daqueles engajados na prática jurídica em países em desenvolvimento – *os primeiros* se defrontando com tarefas concretas e essenciais a serem resolvidas. Eles não poderiam ser indulgentes para com a magnificência da crítica eclética. Desse modo, a realidade e a necessidade do desenvolvimento jurídico permaneciam incólumes em relação à paralisia na teoria do desenvolvimento.

Apesar disso, a obra "Acadêmicos auto-alienados…", de Trubek e Galanter, permanece, indubitavelmente, como a única de maior influência nos estudos sobre o tema em questão, conforme foi evidenciado pelo fato discutido nas introduções de ambas as coletâneas aqui resenhadas. Um sinal marcante desse domínio contínuo e uma indicação de fracasso em progredir é a seguinte declaração de Adelman e Paliwala imediatamente abaixo do cabeçalho "Pauta para o Futuro": "o fio que liga as contribuições a esse volume é *a crítica do Direito liberal e da teoria do desenvolvimento* e a relevância dessa crítica à vida das pessoas nos países em desenvolvimento" (p.22;

grifo do autor). Essa pauta para o futuro é apenas mais do mesmo. A crítica por si só, sem um esforço igual ou maior de construção positiva, apenas deixa um legado de destruição. Consequentemente, é imprescindível libertar-se da coação de pensamento na área imposta pelo raciocínio refletido em "Acadêmicos auto-alienados…".

1.3 *Auto-alienação* é nacional e pertence à pátria

Não há melhor maneira de colocar os eventos em perspectiva do que pensar na passagem do tempo. Trubek, depois da coautoria em artigo consideravelmente bem-sucedido, começou a se tornar figura central no movimento crítico de estudos jurídicos (Critical Legal Studies – CLS).[22] "Acadêmicos auto-alienados…", embora tivesse sido publicado antes mesmo do nascimento "oficial" do movimento, foi peça fundamental na erudição do CLS, por meio de seu ataque ao liberalismo jurídico e dedicação ao método crítico.

Essa ligação íntima com o CLS é significante por dois motivos. Primeiramente, não há dúvidas de que os primeiros estudiosos eram profundamente influenciados pelos protestos antiguerras e de direitos civis da década de 1960 e início da década seguinte. Assim, o CLS foi um movimento nascido exclusivamente a partir das experiências americanas. Em segundo lugar, mesmo no auge de sua proeminência, o CLS não se estendeu para além do círculo de acadêmicos esquerdistas das faculdades de Direito dos Estados Unidos; era um fenômeno de poucas conexões evidentes com a realidade da prática jurídica.

Inquestionavelmente, a tradição liberal do império do direito (*rule of law*) requer constantes lembretes acerca das formas nas quais malogra em corresponder às suas várias reivindicações exageradas. O CLS prestou-se à valiosa função de manter a crítica viva em uma tradição jurídica demasiadamente segura de si. Não obstante, é crucial ter em mente que essa iniciativa crítica coexistiu simbioticamente com as já robustas tradições do império de direito predominantes no ocidente.

Independentemente da relação com o CLS, o fato de "Acadêmicos auto-alienados…" estar muito mais relacionado com eventos internos do que com a situação nos países em desenvolvimento pode ter sido conclusivamente estabelecido pelo próprio artigo. Dessa forma, Trubek e Galanter listaram apenas quatro fontes para o desafio ao liberalismo jurídico: (1) "conhecimento empírico do terceiro mundo"; (2) "perda da crença no legalismo liberal como retrato da sociedade norte-americana"; (3) "incertezas acerca da universalidade da experiência americana ou desejo por ela"; (4) e "descrença em relação aos motivos políticos (tanto do governo dos Estados Unidos quanto daqueles do Terceiro Mundo)".[23] Três dessas quatro fontes foram original ou exclusivamente relacionadas a eventos ocorridos nos Estados Unidos.

Apenas a primeira fonte citada, referente ao vácuo entre o modelo e a realidade, foi inteiramente baseada na situação existente nos países em desenvolvimento. Mas mesmo essa primeira fonte foi basicamente ligada à desordem política vivenciada nos

Estados Unidos. Trubek e Galanter admitiram que "o pensamento legalista liberal sobre desenvolvimento *sempre reconheceu* que haveria lacunas entre o modelo e a realidade jurídica no terceiro mundo. De fato, o propósito do modelo era precisamente permitir ao reformista situar essas lacunas e traçar projetos para preenchê-las" (grifo do autor).[24] Particularmente sobre esse aspecto há uma investigação de um exemplo primordial citada por Trubek e Galanter para adesão continuada ao liberalismo jurídico:[25] o artigo "The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?", escrito por Thomas Franck em 1972 e reeditado na coleção Carty (p. 3-37). Franck engajou-se em uma longa discussão sobre as limitações da relevância do modelo americano (p. 18-24). O autor concluiu que apenas aspectos selecionados desse modelo eram transferíveis e, mesmo assim, somente com o máximo de prudência. Dessa forma, até mesmo os supostos pecadores estavam bem cientes dos problemas identificados por Trubek e Galanter.

Depois de reconhecer que a discrepância entre o modelo e a realidade empírica nos países em desenvolvimento já era largamente percebida, Trubek e Galanter começaram a admitir que o problema real era a recém-despertada consciência "do vácuo entre o modelo de Direito na sociedade e as realidades jurídicas dos Estados Unidos propriamente dito.[26] Portanto, no final, todas as razões citadas por esses autores, para desafiar o modelo jurídico liberal, estavam ligadas a eventos "domésticos".

A ironia em tal situação é patente: Trubek e Galanter atacaram teóricos do direito e desenvolvimento pela exportação etnocêntrica destes do modelo liberal de império do direito, embora eles tivessem feito a mesma coisa – transmitiram aos países em desenvolvimento uma atitude e metodologia críticas geradas por uma crise interna nos Estados Unidos em relação ao império do direito. A crítica eclética pode ser essencial ao funcionamento adequado dos sistemas de império do direito já estabelecidos no ocidente. As questões são, contudo, completamente distintas quando essa mesma técnica negativa e implacável é aplicada em países que ainda têm de estabelecer o império do direito.

Um argumento final contra o ponto de vista expresso em "Acadêmicos auto-alienados..." é o de que enquanto Trubek e Galanter tinham razão em alertar sobre os perigos de instigar uma visão instrumental do Direito em países em desenvolvimento, esses teóricos fracassaram em acrescentar que essa visão instrumental também era francamente questionada nos Estados Unidos (pelos conservadores), porquanto eram vistas como depreciação do império do direito. Na verdade, Roberto Unger, principal filósofo do movimento CLS, afirmou que a ascensão de uma visão instrumental do Direito era aspecto central da desintegração do império do direito e da mudança para uma sociedade pós-liberal e um estado de bem-estar social.[27]

Eu poderia sugerir que, em uma notável contradição, a implicação da objeção de Trubek e Galanter a respeito das atitudes instrumentais acerca do Direito está em conflito direto com o ímpeto do argumento e o legado de tais teóricos ao campo de

estudo em questão: o que é necessário em um país em desenvolvimento – para proteger-se contra os perigos de uma visão meramente instrumental do Direito – é um sistema estabelecido e operante de império do direito, orientado de maneira formalista! O instrumentalismo funciona melhor quando inserido como um aspecto do Direito, não como a essência do império do direito. Na ausência de forças sociais vigorosas para fiscalizar o estado, e a menos que alguma outra solução antes não engendrada seja delineada, apenas o respeito ao império do direito pode efetivamente conter governantes autoritários.

A análise comparativa de Yash Ghai acerca das constituições liberal e socialista na África (em ADELMAN; PALIWALA, p. 51-75) fornece apoio adicional para esse argumento. Ghai demonstrou que a diferença essencial entre essas duas formas é que as constituições liberais retratam o Direito enquanto autônomo e imparcial, orientado a proteger os indivíduos do governo; ao passo que as constituições socialistas veem o veem em termos meramente instrumentais, como forma de induzir uma sociedade socialista e alcançar os objetivos do partido predominante. Ghai sustenta que a fachada neutra das constituições liberais frequentemente mascara e permite a manifestação de desigualdades sociais e econômicas existentes, mas que, apesar disso, a ideologia do império do direito não está totalmente desprovida de efeito positivo.

> Por conta do poder próprio dessa ideologia, o declarado comportamento inconsistente em relação a esta – por parte dos governantes ou dos governados – é passível de ser posto em dúvida. Desse modo, a ideologia age para restringir os excessos oficias e assegurar, em certa medida, os direitos e as liberdades dos cidadãos (Id., p. 55-56).

Uma das principais fontes de opressão e ganância em países em desenvolvimento atualmente diz respeito aos governos autoritários. A premissa central do sistema liberal de estado do direito é a proteção dos indivíduos da tirania do governo. Teóricos da área de direito e desenvolvimento devem empenhar-se em delinear maneiras pelas quais o modelo de império do direito possa ser adaptado às circunstâncias locais e incentivado a amadurecer, em vez de despender a maior parte de seus esforços desmantelando o modelo.

Embora fosse instrutivo, o paradigma jurídico liberal elucidado por Trubek e Galanter era seriamente capcioso, na medida em que insinuava que todos os elementos descritos eram pré-requisito ao sistema de império do direito. Mesmo os Estados Unidos, como observado pelos teóricos, não satisfaziam a descrição. Muitas variações do império do direito atuam ao redor do mundo nos dias atuais, coexistindo com culturas tanto de cunho individualista quanto com as de teor comunitário. Ademais, tal paradigma sempre consistiu mais em uma série de ideais do que um conjunto específico ou necessário de acordos institucionais.

Uma descrição minimalista do império do direito exigiria apenas que o governo aceitasse e executasse as leis promulgadas pela autoridade política competente e tratasse seus cidadãos com o mínimo de dignidade, e que, além disso, haveria acesso a um judiciário, ou outras instâncias responsáveis pela tomada de decisões, de caráter justo e neutro (até o alcance possível) para atender às reivindicações ou resolver disputas. Esses elementos básicos são compatíveis com muitos acordos socioculturais e, não obstante os conflitos em potencial, tais elementos têm muito a oferecer aos países em desenvolvimento.

1.4 Uma pauta para o futuro

Terminarei esta parte contrastando brevemente dois ensaios presentes na coletânea de Adelman e Paliwala – "Law's Infamy", de Peter Fitzpatrick (p. 27-50) e "Third Generation Rights and Social Action Litigation", de Jill Cottrell (p. 102-126).

O ensaio de Fitzpatrick é uma exposição provocante acerca da natureza mítica do Direito. O teórico foca principalmente o Iluminismo, defendendo, de maneira convincente, que o Direito tem sido envolvido em imagens de progresso e ordem ao ser contrastado com uma imagem inventada de selvageria. De acordo com o autor, o Direito é virtualmente irredimível, e conclui que "o displicente amparo do Direito na causa do desenvolvimento é invalidado em seu próprio princípio" (p.27).

Esse ensaio, contudo, discorre muito pouco acerca da relação direito e desenvolvimento ou sobre os países em desenvolvimento, e é implacavelmente negativo, enfatizando os diversos acontecimentos terríveis que têm ocorrido em nome do Direito, mas, por outro lado, não mencionando nada a respeito do benefício oriundo desse "mito". Sem oferecer alternativas, a explanação de Fitzpatrick são de falta de perspectiva, crise e autoestranhamento. É o exemplo perfeito do "pessimismo autoindulgente que tem caracterizado a teoria e a prática do direito no desenvolvimento".[28]

Mais do que qualquer outra coisa, o campo de direito e desenvolvimento precisa de explanações nítidas acerca dos usos positivos do Direito. O ensaio de Cottrell é uma descrição pormenorizada da postura ativa de certos julgamentos na Corte Suprema indiana no tocante a litígios de interesse público (PIL). Essa corte agiu de forma eficaz em questões como impedir prolongadas detenções pré-julgamentos de suspeitos (em muitos casos, tais detenções ocorriam por muito mais tempo do que o máximo possível em punições), reforçar leis de proteção ambiental e investigar a detenção de crianças menores de dezesseis anos. Em cada uma dessas instâncias, a Corte logrou certo sucesso, apesar da recalcitrância ou assídua oposição por parte do Estado. Cottrel identifica os vários problemas relacionados ao tratamento dos casos de PIL pela Corte, incluindo o fato de que nem todos os juízes indianos se interessavam por eles. Ademais, a autora aponta ainda razões pelas quais tal prática possa vir a não funcionar em outros países em desenvolvimento. Entretanto, conclui que tais casos servem de modelos a serem seguidos em outras jurisdições.

Outros tipos valiosos de explanações são as descrições instrutivas de Bruce Zagaris (em Carty, p. 121-165) sobre as ciladas e poderes de um programa sólido de desenvolvimento do Direito no Caribe, bem como o artigo de Paul e Dias (em Carty, p. 303-330) concernentes aos exemplos da abordagem "ascendente", às técnicas de desenvolvimento que enfatizam a organização da população pobre das regiões rurais para formar associações e reunir seus bens com vistas a um bem comum, e o uso do Direito para combater as ações do Estado ou estimular o governo a agir.[29]

A reunião de mais exemplos similares auxiliará a imaginação, de forma pontual, a projetar variações ou soluções análogas em outros contextos.[30] Depois de muitas décadas de trabalho devotado de pessoas em países em desenvolvimento, o resultado final poderá ser a realização de mudanças nativas bem-sucedidas do império do direito ao redor do mundo, mantendo seus elementos centrais mesmo alterando-os para se adaptarem às circunstâncias locais. Essa mensagem de esperança estipula uma agenda para o futuro.

2 Teoria da dependência

2.1 Precedentes

A teoria da dependência, de inspiração marxista, preencheu o vácuo deixado pelo colapso da teoria da modernização em meados da década de 1970. Essa teoria foi elaborada no mundo em desenvolvimento, fundamentalmente por estudiosos latino-americanos. Em oposição à teoria da modernização, a qual enfocava exclusivamente fatores internos aos países em desenvolvimento enquanto causas do fracasso para o desenvolvimento, a teoria da dependência defendia que as origens do subdesenvolvimento poderiam ser encontradas na história e na estrutura do sistema capitalista.

Colonizadores exploraram os recursos naturais e o trabalho das áreas colonizadas, venderam seus produtos a estas, restringiram as colônias de competir com produtos produzidos pelos países colonizadores e, além disso, estabeleceram e protegeram corporações, plantações e encraves de colonizadores brancos em colônias, frequentemente acompanhados de licenciamento exclusivo, direitos de comércio e regimes jurídicos das colônias.[31]

O fim da colonização não pôs fim a esse sistema de exploração. Países em desenvolvimento foram incorporados ao sistema de mercado mundial em evidente desvantagem; esses países careciam de uma base industrial estabelecida e de uma tecnologia atualizada de transporte e infraestruturas de comunicação. Desenvolver os aspectos necessários envolvia a atração de investidores estrangeiros, a obtenção de empréstimos financeiros do ocidente e a aquisição de equipamentos industriais e tecnologia ocidentais. Muito do desenvolvimento consequente voltou-se à criação de bens mais para exportação ao ocidente do que para o consumo doméstico. Essa política

econômica deixou os países em desenvolvimento com bases produtivas pouco diversificadas, sujeitas aos caprichos dos consumidores no ocidente, vulneráveis às barreiras comerciais estabelecidas por Estados ocidentais, a fim de proteger seus produtores domésticos, e dependente da saúde geral das economias ocidentais. Em suma, a imagem projetada pela teoria da dependência era a de um centro ocidental e uma periferia em desenvolvimento, em que a riqueza do primeiro é baseada na manutenção da última em um estado de permanente dependência e subdesenvolvimento.[32]

A teoria da dependência alegava que, nos países em desenvolvimento, as elites locais formavam alianças de classe com capitalistas estrangeiros e, frequentemente, com funcionários públicos locais, os quais, por sua vez, apoiavam os interesses da elite. As vítimas desse processo global eran as massas de população rural pobre e os moradores de bairros urbanos carentes nos países em desenvolvimento, os quais compartilhavam dos poucos benefícios do desenvolvimento que ocorre.

Há um inegável poder na visão da teoria da dependência, que integrava um conjunto de fenômenos políticos, econômicos e sociais discrepantes e fornecia uma explanação abrangente e singular, a qual deu origem a um nacionalismo econômico agressivo em uma série de países em desenvolvimento, notavelmente na América Latina e na Índia,[33] gerando políticas que enfatizavam a substituição de importação associada a medidas protecionistas voltadas à indústria local.

O ensaio de Joseph Jova "Private Investment in Latin America: Renegotiating the Bargain" (escrito com C. Smith e T. Crigler, p. 333-362), presente na coletânea Carty, fornece uma descrição detalhada dos esforços da América Latina para lidar com alguns dos problemas identificados pela teoria da dependência. Esses esforços incluíam a aplicação de restrições à repatriação dos lucros de investidores estrangeiros, a pressão pelo despojamento do controle majoritário por certo período em favor da posse por nacionais, a imposição de limites de preços para compra de tecnologia, e a exigência de que disputas sobre compensação por expropriação de bens estrangeiros fossem examinadas em cortes internas. Os resultados foram díspares. Os negócios indicavam prontidão para se adaptar às restrições, mas nos países de pior sorte essas medidas resultaram na redução do investimento estrangeiro (p. 360).

A despeito do poder explanatório e dos muitos convertidos à teoria da dependência, a realidade demonstrava-se obstinadamente resistente, como o fez com a teoria da modernização. Há uma ampla evidência de que o desenvolvimento industrial genuíno ocorreu e continua a ocorrer em países em desenvolvimento – muito mais do que a teoria da dependência imaginava ser possível. "Na verdade, as estatísticas estão facilmente à mão para mostrar que a vitalidade do crescimento econômico em grande parte do terceiro mundo é substancialmente maior do que no norte."[34]

O Relatório de Investimento Mundial de 1994 apontou que, em anos recentes, o investimento estrangeiro 'flui nos países em desenvolvimento em crescimento contínuo' ao mesmo tempo em que o investimento nos países desenvolvidos passava por

uma recessão.[35] Também é aparente que uma mudança fundamental está ocorrendo na distribuição global da produção, como refletido em manifestações crescentes de angústia no ocidente acerca da vantagem competitiva injusta dos baixos custos de mão-de-obra em países em desenvolvimento, bem como sobre a transferência acelerada de trabalhos não qualificados a países em desenvolvimento. Além disso, como a populosa China tem demonstrado repetidas vezes nos últimos anos o poder de barganha, vinculado ao fato de o país ser um grande consumidor de mercado em potencial, que não deve ser subestimado.

Outro problema para a teoria da dependência era a insuficiência de sua estrutura marxista, a qual designava a dinâmica do capitalismo e das classes como fatores explicativos exclusivos. O impacto difuso de rivalidades religiosas, nacionais, étnicas e de clãs, dentro e através dos países em desenvolvimento, não poderia ser simplesmente explicado pela teoria da dependência. Ademais, tornava-se cada vez mais óbvio que a ampla disparidade entre os países em desenvolvimento no âmbito do crescimento poderia ser explicada apenas por fatores internos a cada país – precisamente como a teoria da modernização havia argumentado –, diferenças essas, por exemplo, no tocante a recursos naturais, níveis de educação, orientações culturais acerca do trabalho e da poupança, da cultura política e da natureza, e da história das instituições políticas e econômicas.

Deve ser ressalvado que esses problemas que a realidade apresentava à teoria da dependência eram consistentes com os princípios da teoria da modernização. Como observado, "poderia aparentar, mesmo em retrospecto, que os escritos da dependência representavam apenas a perspectiva limitada e de curto prazo, enquanto a abordagem [da modernização] comprovava-se melhor capacitada para explicar o curso de mudança no terceiro mundo por um tempo relativamente longo".[36]

Especulações à parte, o prestígio da teoria da dependência padeceu claramente. Atualmente, os modelos mais proeminentes para o desenvolvimento são os recém-industrializados países da Ásia e sua industrialização voltada às exportações. O modelo japonês "incorporado" de (1) cooperação estreita entre governo e indústria; e (2) pregação das virtudes do livre comércio internacional, enquanto secretamente mantinham-se as barreiras às importações, atraiu um interesse considerável dos países em desenvolvimento. Além disso, em vez de democracias liberais no estilo ocidental, estes, países mais bem-sucedidos, são *de facto* estados de um só partido, caracterizados por um autoritarismo brando.[37] Abordagens atuais combinam aspectos tanto da teoria da modernização quanto da teoria da dependência, rejeitando, ao mesmo tempo, aspectos de ambas.

Enquanto isso, os dois dogmas predominantes do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, sacralizados como condições vinculadas à provisão de empréstimos a países desenvolvidos, eram: (1) o inevitável e severo programa de ajuste estrutural, que envolvia a abertura da economia nacional às forças do merca-

do internacional, permitindo às moedas serem livremente convertidas (resultando em desvalorização), eliminando subsídios para a indústria local e forçando a privatização de empresas estatais; e (2) a "boa governança" – isto é, impedir o governo de interferir no mercado, mantendo um orçamento balanceado e desenvolvendo uma democracia multipartidária, bem como o império do direito.[38] Como essas medidas de caráter exclusivamente interno revelam, a teoria da dependência detém pouca influência sobre essa massa controlada pelo ocidente.

2.2 Teoria da dependência e o direito: direito internacional de desenvolvimento

Os teóricos da dependência, na verdade, "prestaram pouca atenção ao Direito",[39] pois – condizentes com a visão marxista do direito como mera superestrutura à base econômica – acreditavam que "as formas e as ideias legais são secundárias e basicamente derivativas".[40] As discussões jurídicas dedicadas à teoria da dependência geralmente focavam medidas aprovadas por países em desenvolvimento para melhorar a situação, ou como o Direito servia de instrumento à expansão colonial ocidental.[41]

A teoria da dependência, contudo, serviu de inspiração para o chamado Direito Internacional de Desenvolvimento. Quase três quartos da coletânea Carty lida com o assunto, o que inclui o direito ao desenvolvimento, refletindo, assim, a atenção desproporcional que recebeu na literatura. Em essência, o Direito Internacional de Desenvolvimento envolve um esforço para assegurar aos países em desenvolvimento tratamento preferencial e direito de posse referente ao auxílio de desenvolvimento, geralmente relacionado a preferências de comércio, alívio de débito, empréstimos com juros baixos ou concessões totais, bem como transferência de tecnologia a baixo custo. Promover o direito ao desenvolvimento como um direito humano fundamental é a parte mais ambiciosa de tal projeto.

Quase desconhecido há vinte anos, o Direito Internacional de Desenvolvimento veio à tona no final da década de 1970 por meio de uma série de relatórios, resoluções, declarações e conferências patrocinadas pelas Nações Unidas, clamando pela criação de uma "Nova Ordem Econômica Internacional", para corrigir as iniquidades estruturais no sistema econômico mundial, as quais foram atribuídas, sobretudo, às consequências da colonização.[42] Daí a conexão com a teoria da dependência, embora esta seja raramente invocada de forma direta na literatura.

Apenas o direito ao desenvolvimento será tratado aqui. Na maioria dos casos, o Direito Internacional de Desenvolvimento compreende os mesmos assuntos e utiliza a mesma análise, mas recusa-se a afirmar que um "direito" está envolvido. Carty compilou um conjunto de artigos consideravelmente contrastantes sobre o tema – o pró, apresentado por Roland Rich em "O Direito ao Desenvolvimento enquanto um Direito Humano Emergente" (p. 223-264), e o contra, por Jack Donnelly em "Em busca do Unicórnio: A Jurisprudência e as Políticas do Direito ao Desenvolvimento" (p. 169-205).

De acordo com Rich, as fontes do direito ao desenvolvimento incluem a "metamorfose do Direito Internacional de um direito de coexistência para um direito de cooperação", o reconhecimento de que os poderes coloniais devem uma restituição a suas antigas colônias, o reconhecimento de que o subdesenvolvimento "foi um subproduto do desenvolvimento dos países do Oeste"; além dos conceitos morais comuns de equidade e justiça (p. 225-231). Rich admite, contudo, que o Direito Internacional é fundamentalmente baseado na anuência. Assim, o autor prosseguiu a relatar detalhadamente todas as evidências imagináveis para essa anuência, apontando para as diversas declarações e resoluções das Nações Unidas e seus meios no sentido de que aos países em desenvolvimento é devido tratamento preferencial, bem como às várias práticas de estado que proporcionavam esse tratamento, desde a concessão de auxílio ao desenvolvimento às preferências comerciais para os países em desenvolvimento autorizados pelo GATT (p. 231-250).

A evidência fornecida por Rich e outros é, na melhor das hipóteses, uma tentativa. Nenhuma das resoluções ou declarações citadas possui efeito legal, e há um caráter incômodo em relação ao argumento de prática do estado, o qual se utiliza do fato de que os países do ocidente concederam auxílio ao desenvolvimento e preferências no passado (com os estados beneficentes afirmando assiduamente que agiam dessa forma sem boa vontade, não por obrigação legal [Carty, p. 424, nota 73]), para defender que o tratamento era compulsório.

Talvez o aspecto mais estranho e problemático do caso apresentado por Rich envolva a identificação do sujeito em favor do qual o Direito se estabelece. A alegação de que o direito ao desenvolvimento é um direito coletivo, associado ao fato de que os estados são os sujeitos principais do Direito Internacional, quase impelem à conclusão de que o direito é conferido ao Estado, embora também se tenha identificado como um direito dos indivíduos e das "gentes" (CARTY, p. 190-197). O argumento é estranho porque a sugestão de que o Estado é "um beneficiário em seu próprio direito de legislação dos direitos humanos" (CARTY, p. 251) é um oximoro e ofende a origem e a história dos direitos humanos como proteção *contra* o Estado. Além disso, há pouca atratividade em sustentar que os governos do terceiro mundo, muitos dos quais possuem terríveis registros de violação aos direitos humanos e cobiças fiscais por ganhos privados, devam ser autorizados pelo direito a se beneficiar do ocidente.

Não há necessidade de repetir o argumento mordaz de Donnelly contra o direito ao desenvolvimento. Considerando o fracasso de tal direito disposto a resultar em qualquer coisa além de uma proliferação de livros e artigos sobre o assunto, de autoria de estudiosos do Direito Internacional, a crítica filosófica desse autor está quase destruída. O direito logo não será mais reconhecido.

Isso não significa dizer que a discussão acadêmica do direito, a qual mostra sinais de afilamento a partir de seu auge na metade da década de 1980, tornava-se inútil. Não há dúvidas de que usufruía de um valor simbólico na comunidade da área de

Direito Internacional, e tenha, talvez, facilitado a aceitação dos casos mais modestos apresentados em outras áreas do Direito Internacional de Desenvolvimento. Há razões otimistas para se acreditar que ramos focados mais na proteção dos interesses dos países em desenvolvimento do que na imposição de obrigações afirmativas no ocidente obterão certo sucesso. Esses esforços variam desde tentativas de assegurar-lhes uma parte da "herança comum da humanidade", em assuntos que vão da exploração do mar às atividades no espaço,[43] até a adoção de códigos de conduta para corporações transnacionais e transferência de tecnologia que levem em conta sua situação especial.[44]

Contudo, um caráter utópico permeia a discussão do Direito Internacional de Desenvolvimento. Apesar de a situação poder mudar, a realidade do Direito Internacional – incorporada no princípio de anuência – tem sido, em grande medida, política, doméstica e global, como, ditada pelos interesses próprios de nações-Estado e seus governantes.

O problema potencialmente catastrófico que aparece de forma funesta sobre todo o restante, confrontando os países em desenvolvimento atualmente é a pesada crise da dívida. Esta é tema favorito na literatura sobre direito e desenvolvimento e é discutida em ambas as coletâneas aqui resenhadas. O pagamento da dívida resulta em uma enorme transferência de riqueza dos países em desenvolvimento para os desenvolvidos. De acordo com uma fonte, essa transferência em rede atingiu 200 bilhões de dólares entre 1982 e 1987.[45] Esse grande ônus é excessivo para ser superado pelos primeiros. A solução uniformemente sugerida na literatura de direito e desenvolvimento é o cancelamento da dívida em larga escala. Essa é uma atitude meramente política, a qual será, basicamente, fundada naquilo que é entendido como sendo o melhor para o sistema bancário ocidental. Como Adelman e Espiritu apontaram, "o Direito tem sido utilizado a fim de lidar com a crise, e assim aparenta ser epifenomenal.

2.3 Trabalhando dentro da lei

Colocando de lado os méritos e deméritos específicos da teoria da dependência, não há como negar que os países em desenvolvimento padecem com severas desvantagens no atual sistema econômico mundial. Infelizmente, no que tange à análise jurídica, o próprio Direito é incapaz de gerar quaisquer soluções, embora possa servir como meio essencial para incorporar e auxiliar a implementação das criadas e decidas por outros; na verdade, algumas das mais óbvias e possíveis aos problemas mencionados anteriormente são extrajudiciais – por exemplo, a organização de um cartel, por devedores de países em desenvolvimento, que ameace paralisar o pagamento *en masse* a menos que haja um perdão significativo da dívida; ou a recusa conjunta de pagar *royalties* sobre temas como tecnologia, fármacos e livros, que diversos países em desenvolvimento possuem a capacidade de copiar e produzir por iniciativa própria (alguns já o fazem), exceto se esses itens forem fornecidos a custos mais baixos.

Sugerir essas políticas não significa endossá-las. Antes, a questão é que todos os esforços para lidar com a situação por meio do Direito, interno ou internacional, por meio daqueles próprios atos, pressupõem e reforçam sua eficácia e legitimidade. O próprio Direito Internacional é, em grande parte, uma extensão dos princípios da tradição liberal do império do direito para a arena internacional. A noção de Direitos Humanos, por sua vez, é completamente liberal. Embora a tentativa de obter reconhecimento dos Direitos Humanos coletivos tome um rumo decididamente não liberal, isso não precisa ser interpretado como rejeição da tradição liberal; pode, em vez disso, ser considerado como uma construção e uma modificação da tradição, utilizando-se dos ideais que esta incorpora, exatamente como ocorreu na evolução dos sistemas jurídicos do ocidente.[46] O debate perpetuamente irresoluto entre igualdade substancial e formal demonstra que o conceito de igualdade no cerne do liberalismo pode fortalecer as reivindicações por uma distribuição mais equitativa da riqueza.

Se o Direito Internacional de Desenvolvimento reúne muitos êxitos ou não, sua própria existência representa um momento decisivo no desenvolvimento do Direito. Ao longo de muitos séculos, a história do desenvolvimento jurídico foi caracterizada pela difusão das leis ocidentais e instituições legais através da imposição colonial ou mesmo empréstimo voluntário. Muito frequentemente, ele tem sido cinicamente usado como um instrumento opressor pelos poderes coloniais ou por seus interesses comerciais; de modo crescente, estudiosos de países em desenvolvimento e outros simpáticos à sua causa tentam responsabilizar o ocidente por alguns dos ideais jurídicos que apoiou ao longo dos anos. Essas reviravoltas revelam, mais uma vez que, apesar de o império do direito ter sido manchado de sangue pelos muitos pecados cometidos em seu nome, os ideais que ele representa resistem e possuem uma vida própria.

3 Autodestruição e o fardo do etnocentrismo

O fim do paradigma da modernização foi sucedido pela adoção de seus opostos ideológicos. Em termos gerais, isso levou a (1) culpar o imperialismo do ocidente por todos os males dos países em desenvolvimento; (2) defender o socialismo em detrimento do liberalismo; (3) e defender que as culturas dos países em desenvolvimento devam ser protegidas contra a invasão dos valores ocidentais, em especial preservando os costumes ou modos de vida locais do alcance expansivo das leis de estado. Dentre muitos estudiosos focados em direito e países em desenvolvimento, isso resultou em uma atitude de "lei de estado ruim" ou "lei popular boa".[47]

Essa reação, contudo, especificamente o fato de a responsabilidade do etnocentrismo ter sido a clava usada (inicialmente por acadêmicos ocidentais) para abater praticamente tudo que fosse oriundo do ocidente – disseminou as sementes de uma tensão autodestrutiva que produziria amargos frutos em longo prazo. Essa tensão é, em parte, evidente no atrito entre os itens 2 e 3 supracitados: o socialismo é um produto

tanto do ocidente como do liberalismo, e muitos movimentos comunistas nos países em desenvolvimento têm explicitamente se oposto aos "meios tradicionais", especialmente no que tange ao apoio a condições igualitárias para as mulheres. Para estabelecer ainda mais essa tensão e suas implicações, irei contrastar brevemente dois assuntos – um ainda não discutido em nenhuma das compilações, mas notavelmente proeminente.

O assunto que não foi discutido diretamente por nenhum dos colaboradores das compilações refere-se às violações dos Direitos Humanos nos países em desenvolvimento, as quais surgem em dois contextos: ações governamentais e práticas culturais. Os governos do terceiro mundo acusados desse tipo de violação têm respondido regularmente que as necessidades de construção da nação e rápido desenvolvimento justificam (temporariamente) a prevalência de outros interesses sobre a observância dos Direitos Humanos,[48] e, além disso, que os Direitos Humanos são noções etnocêntricas do ocidente. Certas práticas culturais repugnantes, dentre elas os famigerados sistemas de castas e a amputação do clitóris, são defendidas integralmente como forma de preservação da cultura,[49] e os Direito Humanos transgredidos são rotulados como sendo meras noções ocidentais etnocêntricas.

Os Direitos Humanos são amplamente apoiados por estudiosos do direito e desenvolvimento, mas aqueles são indubitavelmente de origem e conteúdo ocidental e liberal. Os acadêmicos que rejeitaram o império do direito liberal e os valores que representava, e que incumbiram às gerações anteriores de teóricos a exportação etnocêntrica de ideais culturais do ocidente, são incapazes de ajustar uma refutação consistente às justificas de violação dos Direitos Humanos por parte dos governos de terceiro mundo.

O tema proeminente refere-se às mulheres em países em desenvolvimento. Quatro dos doze artigos da compilação de Adelman e Paliwala lidam com a questão feminina, refletindo um aumento marcante na recorrência desse tema na literatura de direito e desenvolvimento e comparando o perfil acentuado dos assuntos de direito da mulher no ocidente. Adelman considerou o impacto das Zonas de Processamento de Exportações (EPZs) sobre as mulheres; Ann Stewart tratou a aplicabilidade do feminismo ocidental às mulheres nos países em desenvolvimento; Anne Hellum examinou o impacto da lei de Estado em mulheres sem filhos por meio do contraste do regime de direitos consuetudinários; e Paliwala discutiu a relação entre o fim dos sistemas de família ampliada e as disposições da lei de Estado em relação à custodia de filhos e auxílio financeiro a mulheres em casos de divórcio.

Essa questão apresenta um dilema para os teóricos do direito e desenvolvimento que desejam proteger culturas nativas de regimes de lei de Estado transplantados, pois para as mulheres em muitos dos países em desenvolvimento, como posto sucintamente por uma escritora, "a lei popular é a culpada".[50] Muitas culturas tradicionais, como as ocidentais, favorecem os homens em detrimento das mulheres, às vezes a um extremo intragável.

Tanto Hellum quanto Paliwala chegaram basicamente à mesma conclusão, quase a contragosto, de que as mulheres estariam em melhor situação com as leis de Estado ocidentais de teor individualista sobre estabelecimento de propriedade, pagamentos de auxílio e custódia de filhos, mesmo se fossem contra o costume. A maioria dos problemas das mulheres foi produzida mais por mudanças na sociedade – em especial pelos elos debilitantes da família ampliada – do que causada pelo Direito. O que este fez foi fornecer alternativas urgentemente necessárias às mulheres.

Um lembrete que precisa ser feito é o de que as leis que Hellum e Paliwala endossaram são exatamente as mesmas transplantadas do ocidente e aquelas instituições jurídicas censuradas no ataque ao liberalismo jurídico. Tal situação é ímpar, visto que os analistas tiveram a chance de apoiar o resultado que a lei de Estado dispôs, *não obstante se entrava em conflito com modos costumeiros*. Mesmo a gratidão de mulheres nativas pelo Direito não poderia fazê-lo sequer menos ocidental em sua origem e natureza, ou mesmo menos liberal.

A tensão a que me referi anteriormente pode agora ser elaborada. Os estudiosos da área de direito e desenvolvimento que condenaram a exportação de valores ocidentais, leis e instituições jurídicas estavam condenando muito daquilo que prezavam. Qualquer tentativa posterior de argumentar em favor desses valores coloca-os exatamente na mesma situação daqueles "exportadores" que eles outrora condenaram.

Adelman tropeçou nesse problema em sua defesa do Código Internacional do Trabalho para proteger os trabalhadores nas EPZs. Muitos países em desenvolvimento opuseram-se ao Código por um motivo razoável: os critérios que este impunha serem uma forma de protecionismo que enfraqueceria a única vantagem que os países em desenvolvimento têm de reduzir os custos de mão-de-obra. Mesmo líderes trabalhistas do ocidente defenderam abertamente que requerer dos países em desenvolvimento a adoção do Código é interesse econômico dos países desenvolvidos e de seus trabalhadores.[51] Mas Adelman descarta a oposição dos países em desenvolvimento sem responder a ela em seu mérito, dizendo: "alguns dos mais cínicos regimes argumentam, como vimos, que o Código Internacional do Trabalho é prejudicial a seus valores sociais, políticos e culturais" (ADELMAN; PALIWALA, p. 210).

Por mais que tentem, é impossível aos teóricos do direito e desenvolvimento explicarem por que o paradigma jurídico liberal é etnocêntrico, ao passo que os Direitos Humanos, as leis transplantadas apoiando os interesses das mulheres e o Código de proteção aos trabalhadores, de esboço ocidental, não o são. Os problemas não terminam por aqui. O próximo grande tema aparente no horizonte – o meio-ambiente – resultará no mesmo ônus de o ocidente impor seus valores e preocupações em diminuir a velocidade do progresso dos países em desenvolvimento.

O Etnocentrismo é um fardo facilmente aplainável, difícil de defender e maleável o suficiente para apoiar quase qualquer reivindicação. Em vez de favorecer um apelo para a cessão do uso dessa poderosa arma retórica, finalizarei esta seção argumentando que

duas percepções pós-modernas centrais irão enfraquecê-la em última instância: (1) inevitavelmente, nós enxergamos as coisas a partir de nossa própria perspectiva (formada por paradigmas étnicos, culturais, de classe, profissionais, científicos, marxistas, liberais e outras comunidades interpretativas); (2) e não há critérios ou fundamentos máximos dos quais se possa determinar a superioridade de uma concepção baseada em uma perspectiva sobre outra.

O teórico social Zygmunt Bauman descreveu as implicações da pós-modernidade na seguinte passagem:

> A visão de mundo pós-moderna acarreta a dissipação da objetividade. O elemento mais visivelmente ausente é uma referência ao terreno supracomunal e extraterritorial da verdade e do sentido. Em vez disso, a perspectiva pós-moderna revela o mundo como sendo composto por um número indefinido de agências geradoras de significado, todas relativamente autossustentadas e autônomas, todas sujeitas às suas respectivas lógicas e munidas de seus próprios recursos de validação da verdade. A relativa superioridade destas pode ser exclusivamente debatida de um modo pragmático e abertamente autorreferencial, sem reivindicação feita à autoridade supracomunal.[52]

O fardo do etnocentrismo – o qual, de fato, diz que "isso é de sua perspectiva, a qual não tem autoridade nenhuma em relação à minha" – é o precursor antropológico das duas percepções pós-modernas, bem como a versão popular destas.

Sempre que indivíduos se engajam em discursos sobre qualquer tema fora da área de sua própria comunidade interpretativa, inevitavelmente, eles se tornam etnocêntricos. Essa é a condição humana. Sob tais circunstâncias, acusar alguém de etnocentrismo é meramente reafirmar (em termos polêmicos) as condições epistemológicas de todo discurso voltado para o mundo exterior. Quando o reconhecimento da inevitabilidade dessas condições é amplamente disseminado e internalizado, o fardo do etnocentrismo tornar-se-á redundante. Podemos, então, voltar à discussão sobre quais ideais e visões de mundo devem ser adotados, sabendo que carecem de fundamentos básicos e estando cientes de que as únicas fontes de apoio serão encontradas em suas consequências na vida real. Até que esse dia chegue, contudo, muitos teóricos da área de direito e desenvolvimento serão prisioneiros de uma tensão autodestrutiva de criação própria destes.

4 As lições dos estudos de direito e desenvolvimento

Eu sugeriria que, depois de trinta anos de estudos sobre direito e desenvolvimento, aprendemos, pelo menos, as oito lições a seguir:

• *A modernização é necessária, mas não suficiente, para o desenvolvimento econômico*. Isso é verdade porque o sistema de mercado mundial bem estabelecido está gradualmente resultando em uma homogeneização global de leis comerciais. Para tomar parte nesse sistema, é preciso um mínimo de infraestrutura composta por essas leis e pelas instituições necessárias para reforçá-las. Países ou grupos isolacionistas podem seguir seu próprio caminho, mas por sua conta e risco. Contudo, mesmo com um mínimo de infraestrutura jurídica no local, o ritmo e a natureza do desenvolvimento econômico serão determinados por uma miríade de outros fatores.

• *A aparência de que um império do direito existe é proveitosa, mas não suficiente, para o desenvolvimento político*. Ao redor do mundo, muitos dos principais elementos da ideologia do império do direito têm se tornado importantes meios de legitimação simbólica para o aparato político estatal. Yash Ghai indicou que nas gerações recentes, mesmo as constituições comunistas começaram a enfatizar "a importância da legalidade e dos direitos dos cidadãos" (em Adelman e Paliwala, p. 58). De forma semelhante, mesmo com sua conhecida forma semiautoritária, o império do direito também é regularmente adotado como aspecto integral do modelo Asiático.[53] De que tamanho a distância entre a aparência e a realidade possa vir a ser, antes que o sistema político padeça depende das circunstâncias de cada localidade, embora as evidências sugiram que a distância possa ser, de fato, bem grande.

• *Além de tais mínimos, o Direito não é de importância primordial.* O centro de gravidade em cada sociedade baseia-se numa mistura de suas peculiaridades históricas, culturais, econômicas, políticas e materiais (população, recursos naturais, tecnologia de base, entre outros). O reconhecimento da natureza derivativa e da influência secundária do Direito é um refrão virtualmente unânime de todos os lados do debate.[54] Isso não nega que o Direto desempenhe sua própria e significante função como estrutura institucional e simbólica dentro da sociedade – apenas que algumas poucas soluções aos problemas serão geradas a partir do próprio Direito. Sistemas jurídicos são recursos do poder institucionalizado que se prestam a muitos usos. E, para grande desgosto daqueles que desejam reformar a sociedade por meio do Direito, na maioria dos sistemas jurídicos ao redor do mundo os juristas são técnicos que executam decisões elaboradas por outros.

• *A teoria da dependência estava parcialmente certa e parcialmente errada; a teoria da modernização estava equivocada em parte, e ainda é muito cedo para dizer se estava parcialmente certa; contudo, o império do direito é compatível com ambas*. A teoria da dependência diagnosticou corretamente que as aflições econômicas dos países em desenvolvimento estavam diretamente relacionadas ao legado do colonialismo e à posição desfavorável no sistema de mercado mundial; mas, por outro lado, subestimou claramente os efeitos

potencialmente benéficos desse sistema e enganou-se ao negar a importância de fatores internos. A teoria da modernização errou ao ignorar o efeito do sistema mundial e, provavelmente, também incorreu em erro a respeito da expansão de instituições políticas democráticas e liberais – o autoritarismo brando é um rival firmemente entrincheirado. Mas, se essa teoria, em última instância, está certa – a respeito da trajetória do desenvolvimento –, isso é algo que não será conhecido até que várias gerações tenham passado. O império do direito pode lidar com ambas as teorias, ou com uma combinação das duas, ou, ainda, com a maioria das teorias econômicas e com os variados acordos políticos.[55]

• *Países em desenvolvimento irão se beneficiar – isto é, a qualidade de vida de seus cidadãos irá melhorar –, se desenvolverem suas próprias variantes do conteúdo mínimo do império do direito.* Tendo em mente que esses objetivos sempre serão realizados imperfeitamente, esse conteúdo mínimo inclui assegurar (1) que o governo atue de acordo com as regras estabelecidas na arena política e respeite os direitos civis de seus cidadãos, (2) e que haja um corpo jurídico ao qual recorrer e que incorpore a ética de tratar todos os casos, antes do recurso, de forma neutra e justa. As realidades cotidianas contrastantes dos países desenvolvidos e em desenvolvimento demonstram que o império do direito é decisivamente importante para se adquirir quando ausente, e, quando presente, é importante ser crítico em relação a ele.

• *O conteúdo mínimo do império do direito pode ser mais bem estabelecido por meio de esforços voltados ao desenvolvimento jurídico – isto é, à criação de instituições jurídicas e do corpo da doutrina jurídica.* Somente com bases fortes e uma existência estável é que o Direito pode servir de efetiva limitação às ações governamentais, assim como juízes podem desenvolver éticas jurídicas e exercitar a independência necessárias à sua função essencial. Infelizmente, os estudos sobre Direito e desenvolvimento têm minimizado, em grande medida, a importância do trabalho da doutrina e dos princípios de criação de instituição.[56]

• *O trabalho dos teóricos de direito e desenvolvimento sempre foi substancialmente um reflexo das questões e das preocupações ocidentais.* Muitos países em desenvolvimento têm focalizado a construção do Direito ao longo desse período (ao menos quando não estavam distraídos com agitações internas), e se esforçado para lidar com os diversos problemas que resultam do choque entre as leis e as instituições transplantadas e seus arredores. Reconheciam que não haveria volta, e entraram em uma crise por suas próprias razões. Repito: foi absurdo declarar o fracasso do projeto de direito e desenvolvimento depois de passados apenas dez anos. Repetidas vezes, a literatura repercutiu preocupações, em relação ao Ocidente, da subida da orientação crítica ao Direito à recente proeminência

dos temas femininos e ao crescente interesse pelas questões ambientais. Apesar de muito ter sido aprendido sobre Direito e países em desenvolvimento, indiscutivelmente, mais ainda tem se aprendido acerca do Direito como processo social, bem como sobre sistemas jurídicos do ocidente – e não há nada de errado com isso.

• *A teoria de direito e desenvolvimento, em particular, e estudos sobre direito e desenvolvimento, em geral, podem ser vistos, em grande medida, como uma discussão acadêmica do Ocidente, no mínimo no que se refere ao presente.* A explicação não é apenas a de que a maioria dos estudiosos envolvidos é oriunda do Ocidente ou trabalham em universidades ocidentais. Há uma razão mais básica, até mesmo mundana. Veja a descrição dramática de Ghai acerca da situação das universidades africanas:

> O encolhimento de recursos e carência de divisas internacionais levaram a uma cobrança severa de taxas das bibliotecas. Até em um país relativamente rico como a Nigéria as bibliotecas de universidades são incapazes de manter suas assinaturas dos principais artigos sobre Direito e periódicos dos países do *Commom law*, incluindo a Inglaterra. Dar-es-sallam, na Tanzânia, apesar de ser uma faculdade de Direito notável, tem sido capaz de encomendar poucos livros novos ou jornais por anos; a situação nas universidades de Makerere, em Uganda, e Legeon, em Gana, não tem sido muito melhor. Há ainda uma falta aguda de papel, de modo que mesmo os materiais locais não podem ser mimeografados para distribuição aos estudantes. Textos ou livros de caso escritos nas décadas de 1960 e 1970 estão esgotados; estudantes competem por uma cópia esfarrapada na biblioteca; alunos se valem muito mais das anotações feitas durante as aulas. Em muitos casos, periódicos locais cessaram a publicação por falta de apoio financeiro, e às vezes pela falta de artigos.[57]

A situação que Ghai descreve é extrema, mas a falta de materiais básicos é praxe nos países em desenvolvimento. A maioria dos livros e artigos sobre direito e desenvolvimento estão claramente indisponíveis. Embora a mensagem possa, apesar disso, ser de lentamente difundida a ponto de influenciar a discussão sobre questões naqueles países, o debate imediato é ocidental.

5 Lidando com a crise

A crise na teoria de direito e desenvolvimento têm sido atribuída, pelos teóricos do assunto, a um colapso tanto na teoria da modernização como na teoria de dependência, devido a uma incapacidade de ambas elucidarem a realidade adequadamente. Há um elemento de verdade nessa atribuição. Outro fator é a tensão autodestrutiva, por meio da qual acadêmicos que anteriormente acusaram os desenvolvimentistas de

etnocentrismo se veem incapacitados de argumentar a favor de uma pauta positiva sem se exporem à mesma acusação. Mas acredito que haja dois outros fatores, talvez de maior importância, que tenham gerado a crise.

O primeiro, como enfatizei, tem relação com a crise no Ocidente, com os ideais e as instituições ocidentais. Dentre as principais perdas estão as ciências sociais, em que muitos teóricos do direito e desenvolvimento são educados. A crise na ciência foi declarada na obra de Gouldner, que se tornou clássica do dia para a noite, *The Coming Crisis in Western Sociology,* citada em "Acadêmicos auto-alienados…",[58] por Trubek e Galanter. Mais evidências do crescimento dessa crise podem ser encontradas no relatório "Law and Development", *do International Legal Center,* de 1974, escrito por alguns dos maiores acadêmicos da área, o qual afirmou: "ouve-se muito nestes dias sobre a 'crise' nas ciências sociais; em nenhum lugar a crise é mais aguda do que no campo de estudos desenvolvimentistas".[59] Essa crise quase destruiu a certeza anterior de que as ciências sociais poderiam fornecer respostas concretas e objetivas a muitos problemas da vida. Com a perda dessa crença, a teoria social caiu nas garras do pós-modernismo, o que gera "um estado mental marcado, acima de tudo, por seu caráter destrutivo completamente escarnecedor, desgastante e desagregador". [60]

Meu posicionamento é de que a crise na teoria de direito e desenvolvimento não é isolada, mas meramente uma manifestação dessa crise mais ampla. A atitude crítica que tanto caracteriza o pós-modernismo é a mesma que caracteriza o CLS, as teorias de direito e desenvolvimento e, de fato, muitos dos trabalhos gerados pela comunidade sociolegal ocidental. Não tenho nenhuma solução para isso – apenas uma observação extraída de minha experiência pessoal. Aqueles que atingiram a maioridade quando a crise estava em plena atividade experimentaram-na de uma maneira muito diferente. Desde o começo eles aprenderam que os ideais eram menos que perfeitos e menos que perfeitamente realizáveis, e que a ciência não possuía todas as respostas. Desse modo, não há sentimento de traição ou de perda irreparável, se os ideais são corrompidos ou se a teoria não "funciona" no mundo real. Nenhum evento levaria a uma crise – apenas sugeriria que mais trabalho precisa ser feito. Ideais são algo pelo qual devemos nos esforçar para obter, e teorias são somente ferramentas.

O segundo fator na crise da teoria de direito e desenvolvimento tem relação com dois tipos de impotência. Primeiramente, o Direito não pôde resolver por si só os diversos problemas que confrontam os países em desenvolvimento. A frustração e o desapontamento dos estudiosos da área de direito e desenvolvimento, cada vez que essa incapacidade é descoberta e anunciada sob nova forma, são quase palpáveis. Entretanto, talvez a impotência seja apropriada: recorrer ao Direito para resolver problemas essencialmente sociais e políticos é, de certo modo, uma tentativa de conjurar a pauta social na realidade insistindo que o Direito requer isso.

Em segundo lugar, todos os acadêmicos estão cercados de dúvidas quanto à relevância ou impacto de nosso trabalho. Conforme citado acima, teóricos do direito e

desenvolvimento têm razões ainda maiores do que o habitual para sentir uma sensação de impotência. Talvez o único remédio para essa dúvida incômoda e incessante seja empenhar-se no trabalho concreto nos países em desenvolvimento, assim como muitos desses teóricos já o fazem.

NOTAS

***** CARTY, Anthony (Ed.). Law and Development. The International library of essays in law and legal theory. New York: New York University Press, 1992 (Legal cultures, 2).

****** ADELMAN, Sammy; PALIWALA, Abdul (Ed.). Law and Crisis in the Third World. London, New York: Hans Zell, 1993 (African discourse series, no. 4).

1 A única disciplina negligenciada nessas coleções é a antropologia jurídica, embora muitas de suas percepções tenham sido incorporadas aos artigos. Para um panorama da literatura sobre Direito e desenvolvimento, veja a bibliografia de TAMANAHA, Brian Z. Law and Developing Countries (F1 S9 95)

2 David Trubek & Mark Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis* In *Law and Development Studies* In *the United States*, 1974 WIS L. REV. 1062 (a partir de agora *Self-Estrangement*). [N. E. : Publicado em português como "Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina direito e desenvolvimento", In: *Revista Direito GV 3*, v. 3, n. 2, p. 261-304, 2007 e na coletânea TRUBEK, David M. *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. Texto selecionados de David M. Trubek. José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009].

3 Adelman e Paliwala, *Law and Development in crisis,* In: Adelman e Paliwala, p. 10.

4 Ver, por via de regra, Tony Smith, *Requiem of New Agenda for Third World Studies*, POLITICAL SYSTEM AND CHANGE 347 (Ikuo Kabashima e Lynn T. White III eds., 1986).

5 Para uma discussão instrutiva sobre a teoria da modernização, veja David Apter, Rethinking Development: Modernization, Dependency, And Postmodern Politics (1987).

6 Ver Samuel P. Huntington, *Political Development and Political Decay*, in: Political System And Change, *supra* nota 4, em 96.

7 Ver Gabriel A. Almond, *The Intellectual History of the Civil Culture Concept,* In The Civil Culture Revisited 1, esp. 26-29 (G. Almond e S. Verba eds., 1980).

8 O exemplo principal dessa crítica está em Alvin W. Gouldnetrh, The Coming Crisis Of Western Sociology (1970).

9 Huntington, *supra* nota 6.

10 *Id.* p. 138.

11 Tony Smith, *supra* nota 4, em 349.

12 Ver John H. Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origns, Styb, Decline & Revival of the Law and Development Movement, 25 Am. J. Comp. L. 457,457-58 n.4 (1977).

13 Essa cronologia contradiz a alegação de Adelman e Paliwala de que "the crisis in law and development emerged far earlier than that in development studies as a whole" (p. 10). A afirmação dos autores está incorreta. Como Tony Smith aponta, "by around 1970 [the field of political development] had become relatively moribund." *Supra* nota 4, em 347.

14 Ver Elliot M. Burg, Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of "Scholars in Self-Estrangement" 25 AM. J. COMP. L. 492, 496-98 nn.17, 18,22 (1977).

15 Ver Marc Galanter, The Modernization of law, in Modernization 156 (Myron Weiner ed., 1966).

16 David Trubek, Towards a Social Theory of law: An Essay on the Study of Law and Development, 82 YALE L.J. 1 (1972).

17 Trubek & Galanter, *supra* nota 2, em 1071. Tal explicação é uma versão abreviada da versão dos autores.

18 *Id.* em 1080.

19 *Id.* em 1099.

20 General Agreement on Tariffs and Trade – GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio ou Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio). N.R.

21 Ver, por via de regra, Michael J. Shapiro, *The Globalization of Law,* 1 IND.J . Global Legal Stud, 37, 1993.

22 *Ver* John *H.* Schlegel, *Notes toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies,* 36 STAN. L. REV. 391, 1984. Embora Galanter nao tenha aderido ao CLS, o autor tornou-se um influente estudioso sócio-jurídico.

23 "Acadêmicos auto-alienados...", nota 2, supra, em 1089. Galanther listou várias das discrepâncias em seus 196 artigos (nota 15, supra, em 156-165). Muitos dos mesmos pontos podem também ser encontrados em um artigo anterior de Lawrence M. Friedman, *On Legal Development,* 24 RUTGERS L. REV. 11, 1 969.

24 "Acadêmicos auto-alienados...", nota 2, supra , em 1090, (grifo do autor).

25 Idem, 1096 n. 92.

26 Idem, 1091.

27 UNGLER, Roberto. Law In Modern Society, p. 192-200, 1976.

28 Adelman & Paliwala, nota 3, supra, em 10.

29 Para uma discussão mais elaborada desses temas, ver *Lawyers in The Third World: Comparative and Developmenptal Perspectives.* (Dias, J.; Luckman, R.; Lynch, D. O.; Paul, J. C. N. Eds., 1981).

30 Em outro trabalho demonstrei como as leis transplantadas dos Estados Unidos e instituições jurídicas trabalharam razoavelmente bem na Micronésia, permanecendo limitadas principalmente a crimes graves e transações comerciais, não interferindo nos sistemas tradicionais efetivos do restante. Ver TAMANAHA, Brian Z. *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplantated Law*, 1993.

31 Uma excelente descrição dessas atividades é demonstrada na obra *Law-and-Development in Light of Dependency Theory,* de David Greenberg's, no volume Carty, p. 89-119.

32 Para uma explicação complete da teoria da dependência, ver Francis *G.* Snyder, *Law and Development in the Light of Dependency Theory,* 14 LAW& *SOC'Y* REV. 723, 1980.

33 Adelman e Paliwala, nota 3, supra, em 5.

34 Smith, nota 4, supra , em 364.

35 Unctad World Investment Report, em xix, 1994.

36 Idem. em 369.

37 Ver A. Leftwich, Governance, The State and the Politics of Development 25 DEV &. CHANGE 363 , 377-380, 1994.

38 Ver World Bank, Managing Development: The Governance Dimension, 1991.

39 Ver Snyder, nota 31, supra , em 761. Ver também Greenberg, nota 30, supra, em 98.

40 Snyder, nota 31, supra, em 780. Ver também Yash Ghai, *Law, Development and African Scholarship*, 50 MOD. L. REV. 750, 771 (1987) ("They regarded law as peripheral, a mere emanation of the economic forces of society.").

41 Ver, por via de regra, Greenberg, nota 30, supra.

42 Ver Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, GA Res. 3201, 29 UN GAOR, 6th Spec. Sess., Supp. N. 1, em 3, UN Doc. A/9559 (1974). Ver, por via de regra, Mohammedb Edjaoui. *Towards A New International Economic Order*, 1979; Milan Bulajic. Principles of International Development Law: Progressive Developmoent of the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order, 1966.

43 Ver, por exemplo, David Heywood, Deep Seabed Mining: Alternative Schemes for Protecting Developing Countries from Adverse Impacts, 12 GA. J . INT'L & COMP. L. 173 (1982); Stephen Gorove, Utilization of the Natural Resources of the Space Environment, in Light of the Concept of Common Heritage Mankind, in Third World Attitudes Towards Inernational Law 775 (SNYDER, F. E.; SATHIRATHAI, S. Eds. 1987.

44 Ver, por exemplo,, CODES OF CONDUCT OF MULTINATIONALST: THEIR IMPACT ON THIRD WORLD COUNTRIES (Aloysius Fonseca ed., 1984); S. K. Agrawala, *Transfer of Technology to LCDs: Implications of the Proposed Code,* 23 INDIAN *J* . INT'L L. 246 (1983).

45 A. G. Frank, *Debt Where Credit is Due.* In: SINGER, H. W.; SHARMA, S. Eds. Economic Development and World Debt 34, 1989.

46 Como afirma Jack Donnelly, no cerne do liberalismo encontra-se um conjunto de princípios adaptáveis que podem auxiliar no reconhecimento de direitos sociais e econômicos, como o direito à alimentação, à saúde e ao trabalho. Jack Donnelly, *Human Rights and Wester1 l Liberalism,* In: DENG, F. M.; AN-NA'IM, A. A. Eds. Human Rights in Africa 49, 1990. Não há motivos para que esses princípios não nos leve mais longe.

47 *Ver a afirmação de* Antony N. Allott. In: ALLOTT, Antony N.; WOODMAN, Gordon. Eds.. *Introduction* to Peoples' Law and State Law: The Bellacio Papers, 1985. Richard Seidman é uma proeminente exceção; por todo esse período, ele continuou a angariar o Direito como instrumento essencial ao desenvolvimento, indo contra as atitudes na maior parte das vezes negativas que prevaleciam sobre o Direito. Ver SEIDMAN, Richard. The State, Law, and Development, 1978.

48 Para uma repetição desses argumentos, ver J. Silk, Traditional Culture and the Prospects for Human Rights in Africa. In: human Rights in Africa, nota 45, supra, em 2290-2328.

49 Para uma discussão dos temas envolvidos, ver *A. A. An-Na'im, Problems O f Universal Cultural Legitimacy for* Human Rights. In: Human Rights in Africa, nota 45, supra, em 331-367; Fernando R. Tesón, International Human Rights and Cultural Relativism, 25 VA. J. INT'L L. 869 (1985); R. A. Dundes, The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights, 7 HUM. RTS. Q . 514, 1985.

50 Ver *K . O. Adinkrah, Folk Law Is the Culprit: Women's "Non-Rights" in Swaziland, 30-31 J.* LEGAL PLURALISM, 223 (1990-1991).

51 Jack Sheinkman (Presidente do Amalgamado Clothing and Textile Workers' Union), The Sweatshops for Children Are Unfair all Around, INT'L HERALD TRIB.,1994, p. 4, Aug. 12 (editorial).

52 Ver BAUMAN, Zygmunt. Intimations of Postmodernity 35, 1992.

53 Os paralelos substanciais entre esse modelo e o estado de direito também foram observados. Ver L. Theberge, *Law and Economic Development,* 9 *J.* INT'L L. & POL'Y 231, 237, 1980.

54 Ver, por exemplo, idem, em 236-238; Franck em Carty, p. 24-26; "Acadêmicos auto-alienados...", nota 2, supra, em 1083; Snyder, nota 31, supra, em 780; Adelman/Paliwala, em 182; idem, em 286-297.

55 Como Joseph Raz afirma, o estado de direito é ainda compatível com sistemas não democráticos. RAZT, Joseph. The Authority of Law, p. 210-229, 1979.

56 Esse exemplo foi primeiramente evidenciado em um relatório emitido pelo International Legal Center que incitava explicitamente uma rejeição da pesquisa dogmática. Ver International Legal Center, Law and Development: The Future of Law And Development Research 18, 48 (1974).

57 Yash Ghai, Law, Development and African Scholarship, 50 MOD. L. REV. 750, 775 (1987).

58 "Acadêmicos auto-alienados...", nota 2, supra , em 1069.

59 International Legal Center, nota 55, supra, em 23.

60 BAUMAN, nota 51, supra, em vii-viii.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADINKRAH, K.O. Folk Law Is the Culprit: Women's Non-Rights in Swaziland. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Birmingham: Foundation for the Journal of Legal Pluralism African Studies Center, v. 30-31, 1990-1991, p. 9-32.
AGRAWALA, S. K. Transfer of Technology to LCDs: Implications of the Proposed Code. *Indian Journal of International Law*. New Delhi: The Indian Society of International Law, v. 23, 1983, p. 246-336.
ALLOTT, Antony N.; WOODMAN, Gordon R. (Eds.). *People's law and state law*: the Bellagio papers. Dordrecht; Cinnaminson: Foris Publications, 1985.
APTER, David Ernest. *Rethinking development*: modernization, dependency, and postmodern politics. Newbury Park: Sage Publications, 1987.
BAUMAN, Zygmunt. *Intimations of Postmodernity*. [s.l.]: Ebooks Corporation, 1992.
BEDJAOUI, Mohammed. *Towards a new international economic order*. Paris: Unesco ; New York: Holmes & Meier, 1979.
BULAJIC, Milan. *Principles of international development law*: progressive development of the principles of international law relating to the new international economic order. Dordrecht: M. Nijhoff; Belgrade: Exportpress; Hingham: Kluwer Academic Publishers, 1966.
BURG, Elliot M. Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement". *The American Journal of Comparative Law*. New York: American Society of Comparative Law, v. 25, n. 3, 1977, p. 492-530.
DIAS, J.; LUCKMAN, R.; Lynch, D. O.; PAUL, J. C. N. (Eds.). *Lawyers in the Third World*: comparative and developmental perspectives. Uppsala: Scandinavian Institute of African Studies; New York: International Center for Law in Development, 1981 (Studies of law in social change and development, 3).
FONSECA, Aloysius Joseph. *Codes of conduct of multinationals*: their impact of Third-World countries. Rome: Herder, 1984.
FRIEDMAN, Lawrence M. On Legal Development. *Rutgers Law Review*. Newark: Rutgers Law School, v. 24, n. 1, 1969, p. 11-64.
GALANTER, Marc. WEINER, Myron (Ed.).The Modernization of law. In: *Modernization* 156, 1966.
GHAI, Yash. Law, Development and African Scholarship. *The Modern Law Review*. Oxford: Blackwell Publishing, v. 50, n. 6, 1987, p. 750-776.
GOROVE, Stephen. Utilization of the Natural Resources of the Space Environment in Light of the Concept of Common Heritage Mankind. In: SNYDER, Frederick E.; SATHIRATHAI, Surakiart (Eds.). Third World attitudes toward international law: an introduction. Dordrecht; Boston : M. Nijhoff, 1987.
GOULDNER, Alvin Ward. *The coming crisis of Western sociology*. New York: [s.n.], 1970.

GREENBERG, David. Law-and-Development in Light of Dependency Theory. CARTY, Anthony (Ed.). *Law and Development*. The International library of essays in law and legal theory. New York: New York University Press, 1992 (Legal cultures, 2), p. 89-119.
HEGWOOD, David. Deep Seabed Mining: Alternative Schemes for Protecting Developing Countries from Adverse Impacts. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Athens: University of Georgia School of Law, v. 12, p. 173-192, 1982.
HUNTINGTON, Samuel P. Political Development and Political Decay. *World Politics*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 17, n. 3, pp. 386-430, abr. 1965.
LEFTWICH, Adrian. Governance, the State and the Politics of Development. *Development and Change*. Malden: Willey-Blackwell, v. 25, n. 2, 1994, p. 363-386.
MERRYMAN, John Henry. Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement. *The American Journal of Comparative Law*. New York: American Society of Comparative Law, v. 25, n. 3, 1977, p. 457-491.
NAIM, Abd Allah Ahmad; DENG, Francis Mading. *Human rights in Africa*: cross-cultural perspectives. Washington: The Brookings Institution, 1990.
RAZ, Joseph. *The authority of law*: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.
RENTELN, Alison Dundes. The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights. *Human Rights Quarterly*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 7, n. 4, 1985, p. 514-540.
SCHLEGEL, John Henry. Notes toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies. *Stanford Law Review*. Critical Legal Studies Symposium. Stanford: Stanford Law Review, v. 36, n. 1/2, 1984, p. 391-411.
SEIDMAN, Robert Benjamin. *The state, law, and development*. [s.n.t.], 1978.
SHAPIRO, Michael J. The Globalization of Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington: Indiana University School of Law, v. 37, n. 1, 1993, p. 37-64.
SHEINKMAN, Jack. The Sweatshops for Children Are Unfair all Around. *International Herald Tribune*. Editorial, p. 4, 12 ago. 1994.
SINGER, H. W.; SHARMA, Soumitra. *Economic development and world debt*. London: MacMillan Press, 1989.
SMITH, Tony. Requiem or New Agenda for Third World Studies? *World Politics*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 37, n. 4, p. 532-561, jul. 1985.
SNYDER, Francis G. Law and Development in the Light of Dependency Theory. *Law & Society Review*. Contemporary Issues in Law and Social Science. Oxford: Blackwell Publishing, v. 14, n. 3, 1980, p. 723-804.
TESÓN, Fernando R. International Human Rights and Cultural Relativism. *Virginia Journal of International Law* v. 25, n. 4, 1985, p. 869-900.
TRUBEK, David M.; GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis In Law and Development Studies In the United State. *Wisconsin Law Review*. Madison: University of Wisconsin Law School, p. 1062-1103, 1974.
TRUBEK, David M. Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development. *The Yale Law Journal*. New Haven: The Yale Law Journal Company, v. 82, n. 1, 1972, p. 1-50
TRUBEK, David M. *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. Texto selecionados de David M. Trubek. José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.
TAMANAHA, Brian Z. *Understanding Law in Micronesia*: An Interpretive Approach to Transplantated Law. Leiden; New York: E.J. Brill, 1993.
UNCTAD. World Investment Report 1994: Transnational Corporations, Employment and the Workplace. New York; Geneva: United Nations Publication, 1994.
WORLD BANK. *Managing Development*: The Governance Dimension. Washington: World Bank, 1991
UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*: Toward a Criticism of Social Theory. New York: Free Press, 1976.

Brian Z. Tamanaha

PROFESSOR DA ST. JOHN'S UNIVERSITY SCHOOL OF LAW |

8000 Utopia Parkway
Jamaica, Nova Iorque
11439
tamanaha@stjohns.edu

ORIGINALMENTE PUBLICADO EM: DAVIS, KEVIN E., TREBILCOCK, MICHAEL J., THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND DEVELOPMENT: OPTIMISTS VERSUS SKEPTICS. *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*. SALEM (OREGON): AMERICAN SOCIETY OF COMPARATIVE LAW, V. 56, N. 1, P. 895-946, 2008.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OTIMISTAS *VERSUS* CÉTICOS

Kevin E. Davis e Michael J. Trebilcock *

THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND DEVELOPMENT: OPTIMISTS VERSUS SKEPTICS

TRADUÇÃO *Pedro Maia Soares* REVISÃO TÉCNICA *José Rodrigo Rodriguez*

RESUMO

Este artigo examina parte da produção mais recente sobre direito e desenvolvimento, a partir de três livros publicados por estudiosos norte-americanos, as coletâneas organizadas por Thomas Carothers e por David M. Trubek e Álvaro Santos, além da monografia de Kenneth Dam. O texto sugere que esses livros (ou, ao menos, alguns dos artigos neles reunidos) refletem uma insensibilidade para as ambiguidades que cercam a relação entre reforma jurídica e desenvolvimento. Mostra que há um debate em andamento sobre questões fundamentais, tais como se o direito é um fator importante para determinar resultados sociais ou econômicos nas sociedades em desenvolvimento, tendo em vista a existência de métodos informais de controle social; se existem obstáculos econômicos, políticos ou culturais insuperáveis para uma reforma jurídica efetiva, bem como, supondo-se que uma reforma jurídica efetiva seja factível, que tipos de reformas são conducentes ao desenvolvimento e que tipos de atores devem implementá-las. Sustentamos que, embora existam alguns motivos para o otimismo em relação ao impacto potencial das reformas jurídicas sobre o desenvolvimento, a literatura empírica pertinente é inconclusiva quanto a muitas questões importantes e aconselha cautela no que diz respeito ao investimento de recursos substanciais na promoção de reformas jurídicas nos países em desenvolvimento sem a realização de mais pesquisas que esclareçam essas questões.

PALAVRAS-CHAVE

direito; desenvolvimento; rule of law; reforma, programas.

ABSTRACT

This article examines part of the most recent intellectual production on Law & Development based upon three recently published books: two collections of essays organized by Thomas Carothers and by David M. Trubek and Alvaro Santos, and a monograph by Kenneth Dam. The article shows that there is ongoing debate about fundamental questions such as whether law is an important factor in determining social or economic outcomes in developing societies given the existence of informal methods of social control; whether there are insurmountable economic, political or culture obstacles to effective legal reform; as well as, assuming effective legal reform is feasible, what types of reforms are conducive to development and what types of actors ought to implement them. We argue that although there are some reasons for optimism about the potential impact of legal reforms upon development, the relevant empirical literature is inconclusive on many important issues and counsels caution about the wisdom of continuing to invest substantial resources in promoting legal reform in developing countries without further research that clarifies these issues.

KEYWORDS

law; development; rule of law; reform, programs.

Nas duas últimas décadas, ressurgiu o interesse, tanto de acadêmicos como de profissionais, em usar o direito para promover o desenvolvimento na América Latina, África subsaariana, Europa central e oriental e Ásia. O grau do interesse acadêmico pelo tópico reflete-se na publicação recente de três livros sobre direito e desenvolvimento por proeminentes estudiosos americanos: Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*; Kenneth Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*; e David Trubek e Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*.

Neste ensaio, sugerimos que esses livros (ou, ao menos, alguns dos artigos neles reunidos) refletem uma insensibilidade para as ambiguidades que cercam a relação entre reforma jurídica e desenvolvimento. Mostramos que há um debate em andamento sobre questões fundamentais, tais como se o direito é um fator importante para determinar resultados sociais ou econômicos nas sociedades em desenvolvimento, tendo em vista a existência de métodos informais de controle social; se existem obstáculos econômicos, políticos ou culturais insuperáveis para uma reforma jurídica efetiva; bem como, supondo-se que uma reforma jurídica efetiva seja factível, que tipos de reformas são conducentes ao desenvolvimento e que tipos de atores devem implementá-las. Sustentamos que, embora existam alguns motivos para otimismo em relação ao impacto potencial das reformas jurídicas sobre o desenvolvimento, a literatura empírica pertinente é inconclusiva quanto a muitas questões importantes e aconselha cautela no que diz respeito ao investimento de recursos substanciais na promoção de reformas jurídicas nos países em desenvolvimento sem a realização de mais pesquisas que esclareçam essas questões.

Introdução

Thomas Carothers, no ensaio amplamente citado, "The Rule of Law Revival", afirma:

> Não podemos passar por um debate sobre política externa sem que alguém proponha o império do direito como solução para os males do mundo. De que modo a política americana em relação à China pode resolver o enigma de equilibrar direitos humanos e interesses econômicos? O estímulo ao império do direito (*rule of law*) , sustentam alguns observadores, promove tanto os princípios quanto os lucros. O que fará com que a Rússia passe do capitalismo selvagem para uma economia de mercado mais ordeira? O desenvolvimento do império do direito, insistem muitos, é a chave. Como o México pode atravessar as traiçoeiras transições econômica, política e social? Dentro e fora do México, muitos respondem: estabelecer de uma vez para sempre o império do direito.[1]

Nas duas últimas décadas, coerentemente com a afirmação de Carothers, nações ocidentais e doadores privados despejaram bilhões de dólares na reforma do império do direito na América Latina, África subsaariana, Europa central e oriental e Ásia.[2] Em outras palavras, nos países mais pobres do mundo, bilhões de dólares que poderiam ser destinados a projetos como programas de vacinação, educação primária, água e saneamento básico, vão para os bolsos dos juristas.

O amplamente noticiado ressurgimento do interesse em apoiar reformas jurídicas nos países em desenvolvimento reflete uma perspectiva fundamentalmente otimista sobre o papel do direito (e dos juristas) no desenvolvimento. Com efeito, os defensores dessas reformas são tipicamente otimistas em pelo menos três níveis. Primeiro, são otimistas ao acreditar que características específicas do sistema jurídico de um país desempenham um papel causal significativo na determinação de suas perspectivas de desenvolvimento; em suma, o direito é importante. Em segundo lugar, são otimistas quanto às possibilidades de uma reforma significativa. Em outras palavras, acreditam que os sistemas jurídicos mudam em resposta a esforços deliberados de reforma. Em terceiro lugar, são otimistas quanto à sua capacidade de identificar as reformas jurídicas que promoverão, em última análise, o desenvolvimento.

Embora o otimismo em relação à reforma jurídica pareça dominar o mundo da prática – e tenha efetivamente dominado nas duas últimas décadas –, no mundo das ideias, as concepções otimistas têm sofrido ataques de várias direções. O mais brando deles contesta o pressuposto de que os praticantes do direito e desenvolvimento são capazes de identificar e implementar as reformas jurídicas que promovem o desenvolvimento. Os ataques mais vigorosos contestam a noção de que os candidatos a reformadores podem ter esperanças razoáveis de efetuar mudanças jurídicas significativas, tendo em vista os obstáculos colocados por vários fatores históricos, econômicos, políticos ou culturais. O ponto de vista mais cético contesta a afirmação de que o direito desempenha um papel causal significativo no desenvolvimento. Essas contestações – que, por falar nisso, possuem paralelos diretos na literatura sobre a relação entre direito e mudança social nos Estados Unidos[3] –, são importantes porque, enquanto não forem respondidas, não poderemos saber se faz sentido continuar a dedicar recursos substanciais às reformas jurídicas nos países em desenvolvimento.

Esse problema, que Thomas Carothers chama de "o problema do conhecimento", faz do direito e desenvolvimento um campo maduro para a pesquisa acadêmica.[4]

O renascimento do interesse acadêmico pela relação entre direito e desenvolvimento reflete-se na publicação recente de três livros de proeminentes estudiosos americanos (em sua maioria) sobre o tema: Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*;[5] Kenneth Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*;[6] e David Trubek e Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*.[7] Tomadas em conjunto, essas obras

representam o que há de melhor no pensamento atual dos juristas americanos sobre as relações entre reformas jurídicas e desenvolvimento.

Embora as colaborações publicadas nesses volumes representem décadas de experiência prática e reflexão acadêmica sobre reformas jurídicas em países em desenvolvimento, no fim das contas, elas são notavelmente inconclusivas. Nenhum dos autores representados nesses volumes parece estar muito otimista sobre a possibilidade de as reformas jurídicas promoverem o desenvolvimento (ao menos no início da trajetória do desenvolvimento). Porém, suas concepções vão do leve otimismo ao leve ceticismo e não fica imediatamente claro como resolver as diferenças de pontos de vista e as incertezas resultantes. Embora alguns dos colaboradores dos volumes editados por Trubek e Santos, e Carothers se refiram a uma nova ortodoxia ou consenso sobre o papel do direito no desenvolvimento, chama a atenção justamente a falta de consenso.[8]

Tendo em vista o que está em jogo para os habitantes dos países em desenvolvimento, para não mencionar os profissionais do direito, é preocupante o fracasso da academia em resolver as incertezas sobre a validade dos pressupostos básicos dos esforços para promover reformas jurídicas. Nosso objetivo principal ao escrever este artigo é descrever as dimensões do problema do conhecimento tal como refletido nos livros em questão, na esperança de estimular mais esforços para resolvê-lo.

Começamos delineando os vários tipos de afirmações otimistas que foram feitas sobre o papel das reformas jurídicas na promoção do desenvolvimento, tanto nos livros em questão como em outras publicações. Depois, tratamos dos motivos para ceticismo e suas implicações para a prática do direito e desenvolvimento. Examinamos sucessivamente as afirmações de que os reformadores jurídicos carecem da capacidade de identificar as reformas apropriadas, que eles devem superar obstáculos econômicos, políticos ou culturais potencialmente insuperáveis para efetuar reformas, ou ainda, que a reforma jurídica é irrelevante porque as alternativas informais ao direito têm importância prioritária como mecanismos de controle social. Sugerimos que a terceira e mais radical forma de ceticismo tem sido indevidamente negligenciada. Concluímos fazendo um exame das evidências empíricas que dizem respeito a esses debates, as direções que a pesquisa empírica futura deve tomar e o papel que os estudiosos do direito podem desempenhar nessa pesquisa.

1 Os otimistas do direito

Até mesmo entre os otimistas, há uma ampla variação de opiniões, algumas das quais são mutuamente incompatíveis, sobre o significado do desenvolvimento e os tipos de reformas jurídicas que provavelmente o promovem. Discutimos brevemente a primeira questão, mas, nesta seção, nos concentraremos mais na descrição das principais abordagens da segunda. Em nossa opinião, a maioria dos artigos incluídos nas obras em exame, ou tentam resolver as implicações dessas abordagens otimistas, ou as criticam.

1.1 O que é desenvolvimento?

Em certa medida, os desacordos sobre as reformas jurídicas apropriadas refletem desacordos mais fundamentais sobre os objetivos a serem alcançados pela reforma jurídica ou, em outras palavras, sobre o significado de desenvolvimento. Indícios desse desacordo podem ser observados nos livros em questão. Dam, seguindo uma linha adotada por muitos dos economistas, cujas obras ele examina, concentra-se na relação entre direito e desenvolvimento econômico, que ele parece, em geral, igualar a crescimento econômico. Em contraste, a maioria dos colaboradores do volume editado por Trubek e Santos e alguns dos que escreveram no livro editado por Carothers estão interessados nas implicações da reforma jurídica para um espectro mais amplo de resultados sociais, entre eles, o respeito aos direitos humanos, a igualdade de gênero e, de modo mais geral, a justiça distributiva.[9] Em certa medida, essas diferenças de objetivos explicam a diferença entre os tipos de reformas jurídicas que os autores defendem: Dam enfatiza o direito empresarial, o direito comercial, o direito de propriedade e o setor financeiro, enquanto os colaboradores de Trubek e Santos, com destaque para Kerry Rittich, concentram-se nas funções reguladoras e redistributivas do Estado.

1.2 O movimento Direito e Desenvolvimento

O interesse intelectual pela relação entre direito e desenvolvimento tem uma longa história.[10] Com efeito, pensadores dos séculos XVIII, XIX e início do XX, como Montesquieu, Maine e Weber, se interessaram profundamente por vários aspectos dessa relação no contexto europeu. Os pensadores europeus também se interessaram pelo papel desempenhado pelo direito durante o grande período de colonização dos séculos XVIII e XIX.[11] Ademais, desde o século XIX, estudiosos dos países em desenvolvimento preocuparam-se muito com o papel que o direito poderia desempenhar no desenvolvimento social e econômico de seus países (embora, como destaca Scott Newton, essas vozes sejam frequentemente ignoradas no discurso acadêmico norte-americano).[12] Boa parte dessa literatura é examinada na esclarecedora história intelectual com que Duncan Kennedy contribuiu para a coletânea de Trubek e Santos.

Não obstante o trabalho desses primeiros estudiosos, nos Estados Unidos ao menos, o ponto de vista otimista mais conhecido sobre a relação entre direito e desenvolvimento é aquele que surgiu na década de 1960 e é conhecido simplesmente como o "Movimento Direito e Desenvolvimento".

O pano de fundo intelectual desse movimento está no período do pós-guerra, que assistiu a um aumento no número de acadêmicos e formuladores de políticas interessados pelas nações pobres do mundo. Seguindo as pegadas do historiador econômico Walt W. Rostow, teóricos da década de 1950 e início da de 1960 sustentavam que o processo de desenvolvimento poderia ser visto como uma série de estágios sucessivos de crescimento econômico pelos quais todos os países deveriam passar.[13] O que essa escola de pensamento propunha ficou conhecido como teoria da modernização.

Os teóricos da modernização afirmavam que o subdesenvolvimento de uma sociedade era causado pelas características ou estruturas econômicas, políticas, sociais e culturais tradicionais (em oposição a modernas) e se refletia nelas. Para progredirem, as sociedades subdesenvolvidas teriam de passar pelo mesmo processo de evolução do tradicionalismo para a modernidade que as sociedades mais desenvolvidas haviam experimentado anteriormente. Porém, enquanto o ímpeto de modernização nos países agora desenvolvidos resultara de mudanças endógenas, a transformação das nações em desenvolvimento resultaria principalmente de estímulos exógenos. Ou seja, a modernização do Terceiro Mundo seria realizada pela difusão do capital, das instituições e dos valores do Primeiro Mundo.[14]

Mais especificamente, isso implicaria a emergência de um sistema de livre mercado, do império do direito, de uma política multipartidária, da racionalização da autoridade e do crescimento da burocracia e da proteção dos direitos humanos e das liberdades básicas. Presumia-se que a ocidentalização, a industrialização e o crescimento econômico gerariam as pré-condições para a evolução de uma maior igualdade social e, em consequência, o surgimento de instituições democráticas estáveis e do Estado de bem-estar social. Durante esse processo, o Estado serviria de agente primário da mudança social.

Com base na teoria da modernização, a primeira onda de teóricos do direito e desenvolvimento que surgiu na década de 1960 presumia que a difusão do direito ocidental para o Terceiro Mundo ajudaria em sua modernização. Com efeito, acreditava-se que o direito moderno era o "pré-requisito funcional de uma economia industrial".[15] Influenciada por Weber, uma forte concepção instrumentalista do direito estava na base dessa visão da relação entre direito e desenvolvimento. Tal como definida por Burg, essa concepção "considera o direito uma força que pode ser moldada e manipulada para alterar o comportamento humano e alcançar o desenvolvimento".[16] Ela "concentra-se sobretudo nas normas substantivas do direito, espera do Estado a promulgação dessas normas e reserva para a profissão jurídica um papel proeminente na formulação delas".[17] Essa concepção do direito como um instrumento de desenvolvimento, e não apenas de resposta a ele, bem como a visão do jurista como um "engenheiro social" estava totalmente de acordo com a "necessidade percebida de mudanças dirigidas e rápidas" que subjazia à noção de desenvolvimento da escola da modernização.[18]

Armado com o modelo instrumental do papel do direito no desenvolvimento, o movimento adotou uma abordagem de cima para baixo. Enfatizava a reforma da educação e da profissão jurídica e, em menor medida, a reforma das normas jurídicas formais. Pressupunha-se que os juristas treinados para usar o direito como instrumento de mudança promoveriam os objetivos desenvolvimentistas do Estado.[19] Presumia-se que a reforma do ensino do direito e da advocacia estimularia outras formas de modernização, inclusive o surgimento de outras instituições inerentes a um sistema jurídico moderno eficaz, tais como aquelas responsáveis por administrar e

aplicar as normas jurídicas. Havia algum reconhecimento de que poderia haver um "hiato" ou falta de correspondência perfeita entre o "direito nos livros" e o "direito em ação". Nesses casos, a resposta dos teóricos do direito e desenvolvimento ainda era a de confiar na reforma do ensino do direito e em uma melhor "penetração", definida por Friedman como "o grau em que uma norma, um código ou uma lei se enraíza numa população".[20] A chave para eliminar o hiato e melhorar a penetração era a melhor comunicação do direito com a população.[21]

Para o bem ou para o mal, elementos desses conceitos de direito e desenvolvimento sobrevivem no pensamento contemporâneo. Por exemplo, em sua colaboração para o volume organizado por Carothers, Wade Channell argumenta que as concepções que animam os programas atuais de reforma jurídica e judicial do Banco Mundial não são somente similares àquelas endossadas pelo movimento original de direito e desenvolvimento, mas também igualmente falhas.[22] Em tom mais positivo, a contribuição otimista de Stephen Golub ao volume editado por Carothers (a coletânea inclui também um ensaio dele que é muito mais cético) recomenda um programa de reformas jurídicas que parece ter uma abordagem muito semelhante à de alguns dos programas associados ao movimento Direito e Desenvolvimento.[23] A "alternativa de empoderamento jurídico" de Golub enfatiza a reforma do ensino para incluir a oportunidade de os estudantes de direito ajudarem os pobres mediante clínicas jurídicas e outros programas, a alteração da estrutura da profissão jurídica a fim de permitir que "para-advogados" desempenhem um papel maior no fornecimento de serviços jurídicos e a comunicação de informações jurídicas diretamente ao povo.[24]

1.3 A nova economia institucional

No mundo acadêmico do direito americano, o interesse pelos sistemas jurídicos dos países em desenvolvimento declinou significativamente em meados da década de 1970 (por motivos que examinaremos mais adiante).[25] Logo depois, no entanto, os economistas redescobriram o tema. O interesse deles coincidiu com o surgimento da assim chamada Nova Economia Institucional, que considera o projeto e o funcionamento das instituições do setor público e das organizações do setor privado que interagem com essas instituições fatores determinantes essenciais das perspectivas de desenvolvimento dos países, por meio dos incentivos que criam para participar em atividades socialmente produtivas ou improdutivas.[26]

Os proponentes desse conceito fizeram alegações extremamente audaciosas sobre o impacto potencialmente benéfico das reformas jurídicas. Por exemplo, em seu influente livro *The Other Path*, Hernando de Soto faz afirmações como: "O sistema jurídico pode ser a principal explicação para a diferença de desenvolvimento que existe entre países industrializados e aqueles que não o são".[27] Ou: "O desenvolvimento só é possível se existem instituições jurídicas eficientes à disposição de todos

os cidadãos".[28] Ou ainda: "O direito é o instrumento mais útil e deliberado de mudança disponível para o povo".[29]

Afirmações semelhantes, embora, talvez, um pouco menos extravagantes, podem ser encontradas em documentos produzidos por agências influentes, como o Banco Mundial.[30]

O livro de Kenneth Dam é explicitamente dedicado a descrever as implicações da nova economia institucional para a reforma jurídica.[31] Muitas dessas implicações se parecem com aquelas apresentadas pelos teóricos da modernização numa época anterior.[32] Em termos de direito substantivo, desse ponto de vista, as prioridades essenciais devem estar ligadas a direitos de propriedade bem definidos e alienáveis; um sistema formal de direito contratual que torne mais fácil a contratação impessoal; um regime de direito empresarial que simplifique a função de investimento de capital por meio da facilitação da incorporação e responsabilidade limitada de pequenas e médias empresas e minimize os custos de agência enfrentados pelos acionistas em firmas com acionistas majoritários em geral no caso de empresas não administradas por donos ou por acionistas minoritários em firmas com acionistas majoritários; um sistema de garantia de empréstimos que torne fácil para os credores tomar uma ampla variedade de ativos como colateral, identificar reivindicações em competição por esses ativos, e tomar e vender os ativos em caso de não pagamento; um regime de falência que induza a saída de empresas ineficientes e a redistribuição de seus ativos para usos de maior valor; e um regime tributário não punitivo e sem distorções. A fim de garantir a promulgação, a execução e a administração dessas leis substantivas, estão entre as prioridades projetar instituições legislativas que sejam transparentes e estáveis em seu compromisso com as normas jurídicas básicas e incluir os investidores perante os quais respondem, e instituições administrativas e de aplicação da lei que sejam competentes, incorruptas, livres de influência política indevida, de procedimentos transparentes e que contenham efetivos recursos.

Nem todos os proponentes da Nova Economia Institucional endossam a ideia de que os países em desenvolvimento estariam mais bem servidos adotando os modelos jurídicos ocidentais.[33] Por exemplo, teóricos como Robert Cooter e Hernando de Soto sustentam que é, em geral, útil para as normas jurídicas formais imitar o conteúdo das normas não legais locais, de modo a assegurar que os mecanismos informais associados a essas normas trabalhem no sentido de aumentar a potência das normas legais.[34] Em um viés um pouco distinto, Katharina Pistor e seus coautores argumentaram que é difícil transplantar as normas jurídicas ocidentais (ou quaisquer outras normas) de sociedades desenvolvidas para as em desenvolvimento porque tais normas são, com frequência, expressas em termos de referências a outras normas ou conceitos jurídicos; desse modo, são difíceis de entender para os membros da sociedade que os recebe sem que tenham uma boa compreensão de grandes porções do sistema jurídico de onde originam-se.[35]

Como vários outros estudiosos, Pistor et al. sustentam que a força das normas jurídicas depende muito de serem bem entendidas por membros da sociedade e agentes do Estado. Por sua vez, Dam simpatiza com a opinião de que um modelo único talvez não sirva para todos. Ele dedica uma quantidade significativa de espaço para rebater as alegações de que um determinado conjunto de instituições jurídicas ocidentais – a saber, aquelas associadas ao *common law*, em oposição ao direito civil – é inerentemente superior.[36] Ele observa também que, em geral, no que diz respeito a países em desenvolvimento transplantarem instituições jurídicas dos países desenvolvidos, "... nem mesmo as soluções de melhor prática do mundo funcionarão se a sociedade resistir a elas ou ignorá-las".[37]

1.4 O novo constitucionalismo

Do ponto de vista empírico, uma boa parte do ressurgimento do interesse pelo direito nos países em desenvolvimento envolve um interesse no direito constitucional desses países.[38] Mais de 56% dos 188 Estados-membros das Nações Unidas fizeram importantes emendas às suas constituições na década decorrida entre 1989 e 1999, e desses Estados, pelo menos 70% adotaram constituições inteiramente novas. Ao menos um quarto de todos os Estados membros da ONU introduziu leis de direitos e alguma forma de revisão constitucional em seus regimes constitucionais durante esse período. Em consequência, pelo menos 92 países, ou aproximadamente 50% dos Estados membros, incorporaram leis de direitos, direitos fundamentais ou alguma forma de direitos individuais e/ou coletivos aos seus regimes constitucionais. Antes de 1989, cerca de dez países tinham sistemas efetivos de revisão constitucional em que um tribunal constitucional ou os tribunais em geral declaravam que uma lei proposta ou promulgada era contrária à constituição do Estado. Dez anos depois, pelo menos 70 Estados – cerca de 38% de todos os Estados membros da ONU – haviam adotado alguma forma de revisão constitucional.[39] Do mesmo modo, muitos países ratificaram vários tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.[40]

Em certa medida, a ampla atenção dada à reforma constitucional pode ser justificada sem recorrer a concepções instrumentais do papel do direito no desenvolvimento. Em alguns pontos de vista, as constituições que encarnam proteções aos direitos humanos, democracia, etc., são fins em si mesmas, manifestações dos compromissos morais de uma sociedade.[41] De outra perspectiva, essas reformas constitucionais são apenas compromissos caros que as elites políticas assumem a fim de sinalizar aos investidores a força de seu compromisso com o império do direito e a liberalização econômica.[42]

A reforma constitucional também pode ser justificada em termos mais diretamente instrumentais. Não é incomum justificá-la como um meio de assegurar a existência de instituições capazes de promulgar e impor normas substantivas que levarão, em última análise, à paz e à prosperidade. Até mesmo Kenneth Dam, que

dedica o grosso de seu livro a analisar a relação entre várias áreas substantivas de direito privado – empresarial e comercial, de propriedade, etc. – e o desenvolvimento econômico, acaba por sustentar que o direito público é mais importante que o privado para o crescimento econômico.[43] Em termos gerais, o otimismo em relação ao potencial instrumental das normas constitucionais enfoca e endossa os arranjos constitucionais que exibem três atributos: democracia, separação de poderes e liberdade de imprensa.

1.4.1 Democracia

Muitos teóricos do desenvolvimento assumem a posição de que a democracia – definida aqui de forma estrita pela seleção de líderes políticos em eleições livres, justas e competitivas – é, em geral, conducente ao desenvolvimento.[44] Alguns desses teóricos concentram-se na conexão entre democracia e medidas ortodoxas de desenvolvimento, tais como crescimento econômico, níveis de educação e mortalidade infantil.[45] Porém, outros sustentam que existe uma relação positiva entre democracia e definições mais amplas de desenvolvimento. Por exemplo, é famosa a afirmação de Amartya Sen de que não se trata de mera coincidência o fato de nunca ter havido uma epidemia de fome numa democracia multipartidária vigente.[46] Do mesmo modo, a partir de Immanuel Kant, vários cientistas políticos sustentaram que é altamente improvável que democracias entrem em guerra umas contra as outras.[47]

Muitos desses pensadores baseiam-se na ideia de que as democracias geram incentivos relativamente fortes para que os líderes políticos promovam o desenvolvimento.[48] Por exemplo, em *Power and Prosperity*,[49] Olson distingue três regimes políticos básicos: bandidos errantes, bandidos estacionários e democracias, supondo que, em todos os casos, os líderes políticos são motivados pelo interesse pessoal. Os bandidos errantes (exemplo recente podem ser os grupos rebeldes em Serra Leoa, Sudão, Angola e Congo, que saqueiam os recursos naturais dos países) têm taxas de desconto de tempo extremamente altas devido à sua insegurança no poder e explorarão as populações locais até o limite de confiscar toda a sua riqueza.[50] Em contraste, os bandidos estacionários controlam totalmente um determinado território e, dependendo de sua segurança no cargo e, por conseguinte, das taxas de desconto de tempo, podem ter um incentivo para adotar medidas menos confiscatórias. A estratégia de adotar quantidades de confisco inferiores ao máximo cria incentivos para que a cidadania seja produtiva em períodos de tempo futuros e, assim, pode aumentar as receitas totais de um déspota com uma taxa de desconto relativamente baixa.[51] Os líderes democráticos, no entanto, têm incentivos mais fortes para promover concepções mais amplas do interesse social e concomitantes leis e instituições jurídicas que os bandidos errantes ou estacionários. De acordo com Olson, isso ocorre porque, ao contrário dos governantes autocráticos, os democraticamente eleitos podem, com frequência, prever o retorno ao poder em data futura,

após serem derrotados em eleição. Essa perspectiva pode induzi-los a dar um valor relativamente alto à melhoria do bem-estar futuro de seus cidadãos.[52]

Vários outros argumentos apresentados a favor da democracia não se baseiam em reivindicações de efeitos de incentivo. Por exemplo, Dani Rodrik sustenta que as instituições políticas participativas são as "metainstituições" mais confiáveis de um ponto de vista desenvolvimentista, porque são as mais adequadas para extrair e agregar o conhecimento local exigido para desenvolver outras normas e instituições. Na esteira de pensadores como John Stuart Mill e Immanuel Kant, Rodrik afirma, também, que os processos deliberativos que costumam estar associados à democracia tendem a fazer com que as pessoas tenham mais espírito público e disposição para fazer acordos. Ele escora esses argumentos com provas empíricas de que as democracias exibem qualidades superiores às das autocracias na gestão dos conflitos sociais e no estabelecimento de acordos sociais para tratar do ajuste a choques macroeconômicos.[53]

1.4.2 Separação de poderes

Deixando de lado o debate em torno de autocracia e democracia, outra importante linhagem de literatura, cujas origens podem ser remontadas ao *Espírito das leis*, de Montesquieu,[54] enfatiza o papel dos freios e contrapesos constitucionais e políticos como métodos de obrigar o Estado a agir em defesa do interesse social geral, em vez de defender os interesses estreitos de pequenas coalizões distributivas.[55] Muitos estudiosos asseveram que a separação constitucional dos poderes baseia-se fundamentalmente na existência de um juiz confiável, isto é, de um judiciário independente para impor a alocação prescrita de poderes e inspirar respeito por suas decisões, com frequência, de agências do próprio Estado. Infelizmente, a definição exata de independência judicial é uma questão em debate.[56]

A literatura identificou várias maneiras pelas quais a separação de poderes ajuda a aumentar a probabilidade da promulgação de leis socialmente benéficas, mas três argumentos se destacam. Primeiro, o de que a separação de poderes aumenta o custo dos grupos de interesse de "capturar" as instituições políticas ou judiciárias. A intuição básica por trás desse argumento é que quanto maior o número de instituições um ator ou grupo de atores tiver de lidar para promover seus interesses, mais provável será que os custos de transação e o comportamento estratégico evitarão a conclusão de um acordo.

Um segundo argumento usado comumente para justificar a separação dos poderes é que ela torna difícil para os governos descumprir de forma oportunista compromissos anteriores. Por exemplo, North e Weingast observam que após a Revolução Gloriosa na Inglaterra, os poderes do parlamento aumentaram muito, mas a monarquia não foi completamente abolida.[57] A criação de um equilíbrio de poder entre as instituições serviu para aumentar a previsibilidade das políticas governamentais: "Aumentar o número de atores com poder de veto implicava que um conjunto

maior de eleitores podia se proteger contra o assalto político, reduzindo assim de modo marcante as circunstâncias em que o comportamento oportunista do governo poderia ocorrer".[58] Em uma variante desse argumento, Stephenson, desenvolvendo uma sugestão anterior de Ramseyer, sugere que a revisão por um judiciário independente pode ajudar a fazer com que rivais políticos avessos ao risco cumpram compromissos assumidos entre eles e se comportem de modo moderado no poder.[59]

Por fim, o terceiro argumento a favor da separação dos poderes é que ela tende a promover a competição entre diferentes instituições. Em algumas circunstâncias, o desempenho de uma instituição serve de medida para o desempenho de outras. A competição pode ser horizontal, como no caso da que ocorre entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, ou vertical, como entre níveis nacionais e subnacionais de governo.[60]

Por exemplo, Weingast defende as virtudes do que chama de "federalismo preservador do mercado". Os principais atributos de um sistema federal de preservação do mercado são que a autoridade primária sobre a economia fica na mão dos governos regionais, em vez de com o governo central, mas os governos regionais são impedidos a erguer barreiras ao livre movimento de mão-de-obra e bens e enfrentam uma dura restrição orçamentária, de tal modo que não podem imprimir dinheiro e não têm acesso a crédito ilimitado.[61] De acordo com Weingast, dentro de um sistema federal de preservação do mercado, as unidades de governo regional competem por capital e trabalho implementando as normas econômicas mais eficientes. Enquanto isso, o governo central não tem autoridade para acomodar os interesses econômicos que foram deslocados e que prometem apoio político em troca da intervenção para deter ou reverter as mudanças que acompanham o crescimento econômico.[62]

Kenneth Dam aceita os argumentos em favor da separação dos poderes e a importância de um poder judiciário eficiente e independente, mas ressalta que esses conceitos parecem significar coisas diferentes dependendo do país ou estão, pelo menos, encarnados em distintas instituições jurídicas.[63] Inglaterra, França e Estados Unidos atribuem quantidades de poder muito diferentes ao legislativo em relação a outros ramos do governo.[64] Ele mostra também que esses e outros países diferem consideravelmente em termos dos mecanismos que governam as nomeações e as rescisões judiciais, os critérios para nomeação e promoção no judiciário, e a indenização judicial.[65] Além disso, essas questões são todas temas de controvérsia nas democracias desenvolvidas do Ocidente e apresentam problemas ainda mais sérios em muitos países em desenvolvimento com tradições débeis de democracia e liberdades civis, e poucos profissionais do direito de alto gabarito e sem filiações políticas.

1.4.3 Liberdade de imprensa

Outro corpo de literatura enfatiza a importância do desenvolvimento de uma imprensa livre e competitiva – ou seja, independente da influência do governo –, em

particular como freio para o abuso de poder das autoridades.[66] Por exemplo, Amartya Sen sustentou que as epidemias de fome não acontecem em sociedades com acesso a uma imprensa livre porque uma população consciente pode utilizar os meios de comunicação para pressionar o governo a mudar as políticas que tratam do problema em questão.[67] Em termos mais gerais, ele sugere que uma estrutura institucional que apoie a liberdade de manifestação e sua busca através da mídia pode provocar outras mudanças institucionais ao chamar a atenção da população e, portanto, das autoridades públicas, para questões controvertidas que as autoridades precisam enfrentar.[68]

Em linha similar, outros estudiosos sugeriram que uma imprensa livre pode desempenhar um papel importante no controle do abuso de poder por autoridades estatais. A teoria é que, se a imprensa é livre e competitiva, os jornalistas terão um incentivo para revelar e relatar casos de abuso. Brunetti e Weder sustentam que essa teoria é confirmada por análises de regressão transnacionais da relação entre medidas de liberdade de imprensa e corrupção, embora eles não especifiquem que tipos de corrupção são mais afetados.[69] A liberdade de imprensa pode também impedir o abuso de poder ao limitar a capacidade do Estado de manipular os meios de comunicação. Por exemplo, em algumas sociedades existe a preocupação com o fato de a mídia controlada pelo Estado ser usada para promover a inimizade em relação a minorias étnicas. Uma imprensa livre pode ser menos vulnerável a esse tipo de manipulação.[70]

1.5 Os internacionalistas

Os livros de Carothers e Dam centram a atenção nas instituições jurídicas nacionais e seus efeitos sobre o bem-estar dos habitantes de países em desenvolvimento. Porém, como a maioria dos colaboradores da coletânea de Trubek e Santos reconhece, muitos formuladores de políticas e estudiosos preocupados em melhorar a situação desses países e de seus habitantes concentram-se nas instituições jurídicas internacionais. Nas décadas de 1960 e 1970, o foco da atenção era a ONU, e os apelos pela criação de uma "nova Ordem Econômica Mundial" resultaram na aprovação de várias resoluções históricas na Assembleia Geral das Nações Unidas.[71] Mais recentemente, a atenção mudou para outros traços proeminentes do sistema jurídico internacional, tais como as leis internacionais de direitos humanos, a Organização Mundial do Comércio, a Convenção Anti-suborno da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e os tratados bilaterais de investimento.

O otimismo em relação ao papel das reformas do direito econômico internacional baseia-se, em parte, em seus efeitos potenciais sobre o comércio e o investimento internacionais que, por sua vez, influenciam os preços enfrentados pelos consumidores locais, as oportunidades para os produtores locais comercializarem seus produtos, e incentivos para que esses produtores inovem. Esse tipo de análise sustenta claramente os apelos por reformas de provisões da OMC, que governam assuntos como comércio

internacional de produtos agrícolas e comércio de serviços de trabalhadores de baixa qualificação, bem como certos aspectos dos tratados bilaterais de investimento.

O otimismo quanto às reformas jurídicas no nível internacional também se baseia, em parte, nos efeitos potenciais dessas reformas sobre as instituições jurídicas nacionais.[72] Para começar, alguns aspectos do regime jurídico internacional regulam diretamente o conteúdo do direito nacional. Por exemplo, vários aspectos dos acordos da OMC proíbem certos tipos de arranjos jurídicos internos com base na teoria de que constituem barreiras disfarçadas ao comércio. Porém, o regime internacional também pode moldar indiretamente as instituições jurídicas nacionais, ao alterar a paisagem política interna. Por exemplo, as reformas que reduzem as barreiras ao comércio podem fazer com que os setores da economia orientados para a exportação se expandam e aumentem seu poder político. Eles podem então usar esse poder para exigir reformas jurídicas que promovam os próprios interesses econômicos e, possivelmente, de outros membros da sociedade.

Por outro lado, Brunetti e Weder argumentam que as reformas que liberalizam o fluxo internacional de bens, capitais e trabalho podem provocar reformas jurídicas internas ao aumentar as oportunidades dos membros da sociedade de sair e de exercer sua voz.[73] Eles sustentam que "a abertura aumenta a mobilidade de fatores livres e sem compromisso", apresentando uma ameaça crível de saída. Portanto, os governos preocupados com a manutenção de sua base tributária teriam incentivos para melhorar os serviços públicos básicos.[74] Eles afirmam também que, em economias mais abertas, os indivíduos são expostos com mais frequência aos sistemas políticos de outras nações "e aprendem a partir da observação como é benéfico para os negócios um império de direito vigente".[75] Essas observações propiciam aos indivíduos marcos para avaliar a qualidade dos serviços de seus governos, pressionando-os a melhorar os que apresentam deficiências.

1.6 Os otimistas do império do direito

A maioria das teorias examinadas até agora enfatiza a relação entre um aspecto do sistema jurídico – direito público ou privado, direito internacional ou nacional, etc. – e o desenvolvimento. Porém, muitos otimistas assumem um ponto de vista mais holístico sobre a questão. Como a epígrafe de Carothers sugere, esses otimistas enfocam o grau em que o sistema jurídico em geral manifesta respeito pelo "império do direito", em vez de tratarem dos atributos de qualquer componente isolado do sistema como determinante do desenvolvimento.[76]

Para alguns teóricos, o império do direito indica um conjunto de características intrinsecamente valiosas de um sistema jurídico, antes um fim do que um meio do desenvolvimento. Para outros, no entanto, o foco no império do direito se justifica pela noção de que o direito e as instituições jurídicas desempenham funções sociais fundamentais e que eles devem assumir uma determinada forma a fim de cumpri-las.

O artigo de Rachel Kleinfeld, na coletânea de Carothers, constitui uma afirmação exemplar desse ponto de vista.[77] Ao assumir essa posição, ela se baseia em ideias que estão profundamente arraigadas na teoria do direito ocidental moderno.[78] Um dos principais expoentes desse conceito foi Lon Fuller. Em uma de suas obras mais famosas, ele identificou oito *desiderata* distintos ao se projetar um sistema jurídico. Segundo essa lista, em forma resumida, uma lei deveria: (1) ser de aplicação geral; (2) ser divulgada ou, ao menos, estar disponível de antemão às partes afetadas; (3) ser de aplicação possível; (4) ser compreensível; (5) ser coerente (isto é, não contraditória); (6) não exigir conduta além dos poderes da parte afetada; (7) não estar sujeita a mudanças frequentes; (8) e refletir congruência entre as normas tal como anunciadas e sua administração efetiva. De forma um tanto controversa, Fuller sustentava que um sistema jurídico que não satisfizesse esses *desiderata* não seria apenas ruim, como não poderia ser chamado de forma alguma de sistema jurídico.[79] Parece que ele assumia a posição de que um sistema jurídico que não cumprisse algumas ou todas essas condições não seria capaz de servir a qualquer propósito social útil (em parte porque seria improvável que obtivesse a cooperação voluntária dos cidadãos), e de que os objetivos sociais do direito são cruciais.[80]

Em tempos mais recentes, entrou na moda referir-se sucintamente às virtudes fundamentais dos sistemas jurídicos como manifestações do "império do direito". Em um famoso ensaio, Joseph Raz sugeriu que a ideia básica subjacente ao império do direito pode ser derivada começando-se da simples premissa de que o direito deve ser capaz de orientar o comportamento de seus súditos. A partir dessa ideia básica, Raz produziu uma lista de princípios que servem como sinais da existência do império do direito. Sua lista coincide em parte com a de Lon Fuller, a tal ponto que inclui os princípios de que "todas as leis devem ser de aplicação possível, abertas e claras", e "devem ser relativamente estáveis", bem como "a criação de determinadas leis [...] deve ser orientada por regras abertas, estáveis, claras e gerais". Porém, o traço mais interessante da lista de Raz é que ela inclui também princípios que se referem tanto às instituições que aplicam as normas jurídicas quanto às próprias normas legais. Com efeito, esses princípios de desenho institucional constituem cinco dos oito itens de sua lista. Especificamente, Raz diz que "a independência do judiciário deve ser garantida", "os princípios da justiça natural devem ser observados", "os tribunais devem ter poderes de revisão sobre a implementação dos outros princípios" e "os tribunais devem ser de fácil acesso".[81] Tal como Fuller, Raz sugere que a conformidade ao império do direito é "virtualmente sempre" de valor instrumental na medida em que permite que o sistema jurídico desempenhe funções sociais úteis.[82]

Tratando explicitamente dos países em desenvolvimento, Brian Tamanaha também defende o ponto de vista de que o império do direito tem valor instrumental.[83] Porém, sua versão "minimalista" do império do direito "exigiria apenas que o governo se submeta às regras promulgadas pela autoridade política e trate seus cidadãos

com dignidade humana básica, e que exista acesso a um órgão decisório ou judiciário justo e neutro (na medida do possível) para ouvir as reivindicações ou resolver disputas".[84] De acordo com Tamanaha, o império do direito assim definido desempenha um papel importante na proteção dos indivíduos contra governos autoritários opressivos ou desonestos.

Um traço interessante das análises de Fuller, Raz, Tamanaha e Kleinfeld é sua abstração dos detalhes legais e institucionais. Os quatro deixam razoavelmente claro que, do ponto de vista deles, vários arranjos jurídicos e institucionais são compatíveis com a maioria de suas prescrições. Por exemplo, de sete de seus oito *desiderata*, Fuller diz que "[…] o máximo que podemos esperar das constituições e dos tribunais é que eles nos salvem do abismo; não podemos esperar que estabeleçam muitos passos compulsórios na direção de uma realização verdadeiramente significativa".[85] Na mesma linha, Raz deixa claro que "a validade e a importância de muitos dos princípios que podem ser derivados da ideia básica do império do direito dependem das circunstâncias particulares de diferentes sociedades". Ele menciona também que "[os princípios] devem ser constantemente interpretados à luz da ideia básica". Quanto a Tamanaha, ele se esforça para enfatizar que sua concepção minimalista do império do direito é "compatível com muitos arranjos socioculturais".[86] Do mesmo modo, Kleinfeld declara que "os objetivos finais do império do direito podem ser alcançados mesmo quando as instituições variam amplamente".[87]

O fato de Fuller, Raz, Tamanaha e Kleinfeld tentarem formular proposições universais sobre as características de sistemas jurídicos socialmente desejáveis os situa perfeitamente no campo dos otimistas do direito. Isso indica que otimistas que também afirmam os méritos de instituições jurídicas específicas, como, por exemplo, Kenneth Dam, endossariam a alegação de que o império do direito é importante para o desenvolvimento.[88] Porém, a relutância desses teóricos em endossar meios específicos de alcançar a excelência jurídica os coloca à parte de muitos otimistas do direito e pode fazer com que o trabalho deles atraia alguns dos céticos cujas concepções examinaremos a seguir.[89]

2 Os céticos do direito

2.1 O marco histórico da crítica

A primeira onda de otimismo em relação ao direito e desenvolvimento no período do pós-guerra teve vida curta: ela mal começara em meados da década de 1960 e já em 1974, Trubek e Galanter – duas figuras fundadoras do campo –, anunciavam seu óbito no muito citado artigo "Acadêmicos auto-alienados…".[90] Em certa medida, eles remontam o declínio do movimento a experiências exclusivamente americanas com o movimento dos direitos civis e a guerra do Vietnã. Essas experiências levaram a uma

consciência da discrepância entre os ideais americanos e a realidade do sistema jurídico do país. Em outras palavras, à medida que começavam a questionar seus ideais em casa, os americanos começavam também a questionar seu valor como modelo para outros países. Eles notaram também o ceticismo em relação aos motivos do governo dos Estados Unidos e seus colaboradores locais em muitos países em desenvolvimento durante o período da guerra fria. Porém, a razão mais fundamental para o declínio do movimento Direito e Desenvolvimento era o fato de ser amplamente percebido como um fracasso na melhoria apreciável da situação da maioria dos países em desenvolvimento. Por sua vez, essa avaliação desfavorável influenciou os patrocinadores de iniciativas de direito e desenvolvimento a reduzir ou retirar o apoio aos programas dessa área.[91]

De acordo com o artigo crucial de Trubek e Galanter, a ideia de que o legalismo liberal americano podia ser transplantado com sucesso para países em desenvolvimento estava completamente equivocada. Consideravam essa ideia "etnocêntrica e ingênua", pois as precondições para o êxito da implementação do modelo jurídico liberal contrastavam fortemente com a realidade dos países em desenvolvimento. Afirmavam eles:

> Empiricamente, o modelo presume um pluralismo social e político, ao passo que na maior parte do Terceiro Mundo, encontramos estratificação social e clivagem de classe justapostas a sistemas políticos autoritários ou totalitários. O modelo presume que as instituições estatais são o lugar principal do controle social, ao passo que, em boa parte do Terceiro Mundo, o domínio da tribo, do clã e da comunidade local é muito mais forte do que o do Estado-nação. O modelo presume que as normas refletem os interesses da vasta maioria dos cidadãos e, ao mesmo tempo, são normalmente internalizadas por eles, enquanto em muitos países em desenvolvimento as normas são impostas a muitos por poucos e são frequentemente mais honradas na infração do que na observância. O modelo presume que os tribunais são atores centrais no controle social e que são relativamente autônomos em relação aos interesses políticos, tribais, religiosos ou de classe. Contudo, em muitos países, os tribunais não são muito independentes nem muito importantes.[92]

Devido à divergência entre as condições nos países em desenvolvimento e aquelas existentes nas nações desenvolvidas, a reforma das instituições jurídicas tinha pouca ou nenhuma influência sobre as condições sociais ou econômicas dos países do Terceiro Mundo. Isso se devia, em parte, ao fato de o sistema jurídico formal – o foco principal do legalismo liberal –, não ser acessível à maioria da população em grande parte dos países em desenvolvimento. A esse respeito, o primeiro movimento Direito e Desenvolvimento poderia ser acusado de dar pouca atenção às leis consuetudinárias e outras instituições jurídicas informais.[93] Pior ainda, na medida

em que enfatizava o potencial instrumental do direito, o programa de direito e desenvolvimento tinha o efeito de reforçar desigualdades perniciosas e permitir que as instituições jurídicas servissem de instrumentos de dominação nas sociedades em desenvolvimento. Ademais, o desenvolvimento de capacidades instrumentais dos juristas locais pode ter, na verdade, reforçado as desigualdades sociais e econômicas ao elevar o custo dos serviços jurídicos e reduzir a participação na tomada de decisões por meio da formalização da tomada de decisão jurídica. Uma melhoria das capacidades instrumentais dos advogados poderia conduzir a uma resistência mais efetiva das elites em relação aos esforços de desenvolvimento; elas contratariam gente do grupo conservador de profissionais da lei para esse fim.[94]

A abordagem cética do direito e desenvolvimento apresentada em "Acadêmicos auto-alienados..." pode ser considerada uma síntese de várias escolas díspares de pensamento, como pluralismo jurídico, materialismo histórico, teoria da dependência, estudos jurídicos críticos e determinismo cultural. A síntese que Trubek e Galanter criaram continua a ser extremamente influente e, sob muitos aspectos, foi rearticulada nos artigos coligidos e editados por Carothers e por Trubek e Santos. Porém, é importante reconhecer que seus componentes intelectuais subjacentes, em muitos casos, eram preexistentes à publicação do famoso artigo e continuaram a se desenvolver de forma independente. No interesse da clareza analítica, é útil distinguir esses componentes. É particularmente importante não esquecer que a crítica de Trubek e Galanter abrange ao menos três formas distintas de ceticismo, a saber: (1) ceticismo quanto à capacidade dos atores que se engajaram na reforma jurídica, até agora, de identificar e implementar as reformas apropriadas; (2) ceticismo quanto ao sistema jurídico ser um traço da sociedade manipulável verdadeira e independentemente; (3) e, o que talvez seja o mais importante, ceticismo quanto à existência de alguma relação causal entre reformas jurídicas e desenvolvimento.

2.2 Problemas de implementação

Boa parte do debate atual sobre direito e desenvolvimento não é sobre a viabilidade da reforma jurídica ou se ela tem o potencial para promover o desenvolvimento, mas sobre os tipos apropriados de reformas. Em outras palavras, uma grande parte da discussão é sobre o modo como promover a reforma jurídica, e não sobre sua probabilidade de produzir bons resultados.

Em certa medida, o destaque dessas controvérsias reflete o sucesso da teoria otimista do direito e desenvolvimento como empreendimento intelectual. Tendo em vista a quantidade e a variedade de afirmações contraditórias sobre o significado de desenvolvimento e os tipos de reforma jurídica que levarão a ele, há mais do que o suficiente para alimentar o ceticismo em relação à capacidade de qualquer conjunto de reformas de alcançar seus objetivos. Assim, por exemplo, muitos dos autores reunidos no volume editado por Trubek e Santos têm dúvidas sobre a probabilidade de

os projetos de reforma atuais alcançarem o objetivo da justiça social, a não ser indiretamente.[95] No volume de Carothers, Kleinfeld critica os projetos de império do direito por tratarem as reformas jurídicas como fim, em vez de meio; Golub critica programas por não se concentrarem no objetivo de aliviar a pobreza e por superestimarem a importância da profissão jurídica e os atores estatais;[96] e Mednicoff critica os programas americanos de império do direito no mundo árabe por enfocarem a reforma judicial em vez da educação cívica e profissional;[97] e muitos autores reclamam que os reformadores estrangeiros não reconhecem a importância do conhecimento local e da adaptação às condições locais na promoção das reformas jurídicas.[98]

Outras críticas da implementação dessas reformas tratam da competência dos atores estrangeiros que patrocinam muitas delas e o grau em que suas atividades são prejudicadas por conflitos de interesse e preconceitos intelectuais ou ideológicos. Por exemplo, Santos sugere que a competição por poder, recursos e prestígio dentro do Banco Mundial combina-se com uma falta de *accountability* para induzir unidades do banco a apoiar projetos de reforma jurídica sem refletir sobre o impacto delas sobre o desenvolvimento, seja antes ou depois do fato.[99] De modo semelhante, profissionais da área jurídicas de países em desenvolvimento, inclusive juízes, consultores e ativistas, podem ter um interesse pessoal na promoção de reformas jurídicas sem levar em conta o impacto delas sobre a sociedade mais ampla.[100] Santos sugere também que os preconceitos intelectuais e ideológicos que afetam funcionários tanto do Banco Mundial como dos governos que tomam empréstimos contribuem para as preocupações dessas instituições com certos tipos de reforma jurídica.[101]

Muitas dessas queixas também são feitas por colaboradores do volume organizado por Carothers.[102] Além disso, Kleinfeld destaca que algumas reformas são instigadas por atores estrangeiros que tentam promover seus interesses próprios em questões como segurança mundial ou exportar determinados valores, em vez de ajudar os países pobres a se desenvolver.[103] Channell observa também os problemas causados pela prática de agências de desenvolvimento de confiar em consultores externos que são supostamente expertos em seus campos, criando assim incentivos limitados para investir na aquisição de conhecimento específico de contexto, formular soluções novas e compartilhar informação.[104] Piron mostra que muitas das dificuldades associadas à implementação de reformas jurídicas patrocinadas de fora têm por paralelo os problemas encontrados no fornecimento de outros tipos de ajuda ao desenvolvimento por atores externos. Ela sugere que os proponentes de reformas jurídicas deveriam basear-se na *expertise* de outros praticantes e estudiosos da ajuda.[105]

Reconhecer os problemas potenciais de implementação de reformas jurídicas não implica necessariamente que os projetos de reformas nos países em desenvolvimento devam ser abandonados. Mas sugere que as expectativas em relação ao impacto dessas reformas deveriam ser modestas. A existência de desacordos teóricos em andamento implica que muitas reformas deveriam ser consideradas experimentos destinados a

gerar conhecimento sobre a relação entre direito e desenvolvimento, em vez de aplicações das melhores práticas fundadas em princípios teóricos incontroversos. Enquanto isso, as reclamações constantes em relação às reformas patrocinadas por atores estrangeiros implicam algum grau de modéstia de parte dos atores externos (ou "de fora") na promoção do império do direito ou de outras reformas jurídicas nos países em desenvolvimento e, em contrapartida, um papel maior para os "de dentro", com conhecimento detalhado tanto dos valores locais como dos inumeráveis fatores que determinam as consequências de adotar ou adaptar instituições jurídicas específicas.

Por fim, a combinação de ausência de consenso teórico sobre a direção apropriada da reforma e as dúvidas sobre reformas apoiadas por atores dos países desenvolvidos sugere que os pontos de referência para reformas jurídicas em muitos países em desenvolvimento não precisam ser instituições jurídicas que prevaleçam nos países desenvolvidos. Ao contrário, pode ser mais apropriado adaptar os arranjos jurídicos que prevalecem em outros países em desenvolvimento que compartilhem aspectos importantes dos valores, da história, da cultura e das tradições institucionais com as nações que se decidem por tais reformas.

2.3 O problema do determinismo jurídico

O problema com o direito e desenvolvimento, tal como é praticado atualmente, pode ser mais do que uma mera questão de implementação ou sensibilidade política. A razão de as reformas jurídicas não cumprirem suas promessas talvez não seja simplesmente porque as pessoas não identificaram o pacote correto de reformas. Outra possibilidade é a de que os aspirantes a reformadores sejam necessariamente incapazes de efetuar mudanças jurídicas significativas. Talvez seja o caso de que os sistemas jurídicos só mudem em resposta a fatores históricos, econômicos, culturais ou políticos fundamentais e sejam, em larga medida, imunes a tentativas de reforma de cima para baixo.

Esse tipo de ceticismo sobre o papel independente que as instituições jurídicas desempenhariam na promoção da mudança social ocupa lugar importante nas obras em exame e tem uma longa e ilustre tradição intelectual.

2.3.1 Dependência de trajetória (path dependency)

Alguns teóricos parecem acreditar que as mudanças institucionais costumam ocorrer por acaso, e não de propósito. Por exemplo, Dam dedica uma boa quantidade de atenção cética às tentativas de explicar várias características importantes dos sistemas jurídicos contemporâneos fazendo referência a maior ou menor ligação, em sentido histórico, a uma das várias famílias jurídicas, a saber, o direito consuetudinário ou o direito civil alemão, francês ou escandinavo.[106] O leitor desses estudos fica com a impressão de que o destino de muitas sociedades contemporâneas foi selado no século XIX, quando alguém decidiu que seriam governadas pelo direito civil francês ou o direito consuetudinário inglês.[107]

Douglass North esforçou-se muito para tentar explicar a relação entre eventos históricos e instituições contemporâneas. Ele se baseou nas teorias de dependência de trajetória, formuladas inicialmente no contexto da mudança tecnológica[108] e sustentou que a mudança institucional é igualmente dependente.[109] Afirmou, ainda, que a trajetória do desenvolvimento institucional, uma vez estabelecida, é reforçada por crescentes retornos que são característicos da estrutura institucional inicial: "Depois que a trajetória do desenvolvimento é determinada num certo sentido, as externalidades de rede, o processo de aprendizado das organizações e a moldagem subjetiva historicamente derivada das questões reforçam esse sentido".[110] Portanto, é improvável que o desenvolvimento institucional seja interrompido até mesmo por uma transformação revolucionária na ordem política ou jurídica.[111]

Porém, embora seja convincente em determinado nível, em outro nível o conceito de North de dependência de trajetória é especificado de forma insuficiente para ser útil no mundo real. Sem maior elaboração, sua teoria não pode explicar os limites da dependência de trajetória, limites que existem, obviamente. Por exemplo, em 1974, somente 39 países – um em cada quatro do mundo – eram democráticos. Em 1997, 117 países – quase dois em três –, eram democráticos[112] (reconhecendo-se que muitos desses regimes eram frágeis ou corruptos).[113] No decorrer desse período, a maioria das antigas economias socialistas e comunistas também entrou em transição para a economia de mercado, com graus variados de sucesso. E alguns países em desenvolvimento, em especial no leste asiático, realizaram, com notável êxito, transformações econômicas (e frequentemente políticas e jurídicas) em poucas décadas. Essas mudanças foram acompanhadas ou efetuadas por uma proliferação de novas leis e instituições políticas, jurídicas e econômicas, muitas vezes a contrapelo de velhas tradições antitéticas. Obviamente, a dependência de trajetória não é absoluta nem permanente. O reconhecimento da importância dos eventos históricos na moldagem das instituições jurídicas do presente ainda deixa em aberto a questão da possibilidade de os reformadores alterarem deliberadamente o curso dos eventos atuais para provocar mudanças jurídicas que venham a beneficiar a sociedade. Assim, voltamos nossa atenção para teorias que identificam fatores econômicos, políticos e culturais mais específicos que limitam o alcance da reforma jurídica em qualquer contexto dado.

2.3.2 Teorias econômicas

Parece intuitivamente plausível que o próprio fato da falta de desenvolvimento econômico possa impedir os países em desenvolvimento de empreender com sucesso reformas jurídicas sem apoio externo. Existem custos reais associados à operação de instituições jurídicas sofisticadas, sobretudo os custos de treinamento e de manutenção do pessoal habilitado para o funcionamento de tribunais e outras instituições jurídicas, para minutar legislação e disseminar informações sobre o conteúdo das

leis.[114] Está igualmente claro que alguns países em desenvolvimento não se mostram dispostos ou não têm condições para arcar com esses custos. Em seu artigo incluído na coletânea de Carothers, Piron descreve situações na Nigéria em que os juízes cujo acesso a relatórios jurídicos dependia de advogados que compareciam diante deles, ou em Ruanda, onde, em 1997, havia cerca de 50 juízes, 20 promotores e 50 advogados para uma população de 7,5 milhões.[115] Ela conclui que são necessários "investimentos maciços" no setor de justiça na África.[116]

Por outro lado, há motivos para fazer uma pausa antes de supor que a falta de desenvolvimento econômico representa *per se* um obstáculo insuperável para a criação de instituições jurídicas de alta qualidade. Em primeiro lugar, a proporção da riqueza de uma sociedade alocada para a manutenção de suas instituições jurídicas depende, em parte, da natureza dessas instituições. O aspecto mais óbvio é que a quantidade de recursos públicos disponíveis para financiar as instituições jurídicas depende muito da qualidade das instituições responsáveis pela coleta de impostos.

Um segundo motivo para que a riqueza não seja um pré-requisito da qualidade institucional é que instituições excelentes talvez não sejam muito dispendiosas. Como observamos acima, os principais custos associados ao funcionamento de instituições jurídicas são os de pessoal. Porém, eles tendem a ser determinados, sobretudo, pela oferta de mão-de-obra com as habilidades pertinentes, e não simplesmente pela riqueza nacional. Alguns países pobres, no sentido de ter baixos níveis de renda nacional e/ou dotação limitada de recursos naturais, possuem, não obstante, populações relativamente mal pagas, mas bem instruídas. Nesses países, os custos da manutenção de instituições jurídicas de alta qualidade podem não ser proibitivos.[117] Ademais, em alguns casos, a qualidade das instituições manifesta-se em sua capacidade de limitar, em vez de expandir, o papel do Estado. Por exemplo, normas jurídicas que limitam a capacidade do governo de prender os oponentes políticos ou regulamentar a mídia são exemplos possíveis. Esses tipos de instituições de alta qualidade tenderão a conservar recursos físicos e humanos e, assim, serem menos caras que instituições de pior qualidade.

Uma terceira razão para questionar o pressuposto de que a qualidade institucional é fortemente determinada pela riqueza é o fato de ser possível que boas instituições jurídicas se paguem. Em outras palavras, talvez seja possível recuperar os benefícios de investir em instituições jurídicas tributando o aumento da atividade econômica estimulado pela melhoria das instituições. Nesse caso, enquanto o governo tiver acesso ao crédito, as restrições da riqueza não devem afetar sua capacidade nem seus incentivos para investir em instituições de alta qualidade.

2.3.3 Teorias políticas

Um refrão comum ao longo do livro de Carothers é que os fatores políticos são determinantes cruciais do sucesso ou não das reformas jurídicas.[118] Do mesmo modo, ao menos alguns autores do volume editado por Trubek e Santos assumem ser

evidente que subjacentes às várias lutas sobre a direção da reforma jurídica se encontram ideologias e interesses políticos em conflito.[119] (Dam reconhece o argumento, mas indica que as questões políticas estão fora do alcance de seu livro.)[120] Infelizmente, nenhum dos livros faz um esforço sustentado de generalização das circunstâncias em que é provável que os fatores políticos sejam mais ou menos conducentes a determinados tipos de reformas. Há, no entanto, um grande corpo de literatura que trata dessa questão.

Muitos estudiosos sugerem que a qualidade das instituições jurídicas depende, em última análise, do interesse daqueles que exercem o poder político em criar instituições jurídicas que melhorem o bem-estar geral da sociedade ou, principalmente, em extrair renda em benefício próprio.

Alguns teóricos sustentam que a resposta a essa questão é determinada com frequência por tradições políticas moldadas na era colonial. Eles remontam o surgimento de Estados autoritários predadores a instituições coloniais criadas com objetivos similares.[121] Em uma recente extensão dessa linha de argumentação, Acemoglu, Johnson e Robinson sugerem que o fato de os europeus tentarem ou não montar um "Estado extrativo", em oposição a uma "neo-Europa" nas colônias foi influenciado significativamente por fatores geográficos que, por sua vez, determinaram a viabilidade da colonização europeia: "Em lugares onde o ambiente doentio não era favorável à colonização europeia, a sorte estava contra a criação de neo-Europas e era mais provável a formação de um Estado extrativo".[122] Eles corroboram essa teoria usando uma análise regressiva de múltiplos países que mostra fortes relações positivas entre taxas de mortalidade de colonos europeus, qualidade das instituições coloniais e das instituições atuais, e renda *per capita*.

Outros estudiosos dão preeminência ao poder que os atores estrangeiros continuam a exercer sobre países em desenvolvimento. Por exemplo, para os teóricos da dependência, o foco está no poder que as metrópoles exercem sobre sociedades periféricas como principais fatores determinantes da forma das instituições jurídicas em sociedades dependentes. Em vez de explorar métodos de reformar essas instituições, os teóricos da dependência centram a atenção nos métodos de promover mudanças fundamentais no equilíbrio de poder econômico e político nas sociedades dependentes. Eles defendem a substituição de regimes dominados por atores estrangeiros ou por uma elite local relativamente pequena, ou por governos mais populistas que adotariam políticas econômicas socialistas. Nessas teorias, com frequência, presume-se simplesmente que a introdução do socialismo levaria inevitavelmente a uma série de reformas institucionais projetadas para provocar redistribuições significativas de riqueza e poder.[123]

Numa direção um pouco diferente, outros teóricos exploraram o modo como os fatores geográficos influenciam o surgimento de instituições políticas predatórias ou benévolas.[124] Por exemplo, Engerman e Sokoloff afirmaram que sociedades com

grande dotação de recursos naturais cuja exploração envolve economias de escala tendem a ter distribuições desiguais de renda, riqueza e poder político.[125] Referindo à experiência do Novo Mundo, eles argumentaram que as elites das sociedades das Américas, caracterizadas por desigualdade extrema durante a era colonial, relutaram depois em adotar instituições que proporcionassem acesso amplo a oportunidades econômicas, inclusive instituições que provavelmente facilitariam a industrialização.[126]

Numa linha semelhante, Auty sustenta que nas sociedades bem dotadas de recursos naturais, que geram grandes rendas econômicas facilmente apropriáveis, é provável que o governo seja capturado por indivíduos ou grupos interessados na predação, em vez de no desenvolvimento; a implicação disso é que países ricos em recursos naturais tenderão a ter governos relativamente ruins (a assim chamada maldição dos recursos).[127] Ao contrário, em sociedades pobres de recursos, é menos provável que o Estado seja capaz de sustentar transferências ineficientes e é mais provável que resista a pressões redistributivas. Nessas sociedades, é provável que surja um Estado desenvolvimentista caracterizado por um compromisso com a melhora da produtividade.

Outras teorias ainda concentram-se nos modos como divisões duradouras ao longo de linhas étnicas, religiosas, linguísticas ou econômicas impedem o surgimento de um governo realmente benévolo. A ideia básica é que em sociedades divididas cada grupo busca estimular o Estado a agir em apoio de seus interesses especiais, à custa de interesses mais amplos e abrangentes. Por exemplo, diz-se com frequência que a política de muitos países da África subsaariana é essencialmente uma batalha entre etnias pelo controle do Estado motivada pelo fato de que o controle do aparato estatal cria a oportunidade de transferir riqueza de um grupo para outro.[128] Tendo em vista que um sistema jurídico de alta qualidade tem muitas características de um bem público, o compromisso difuso dos cidadãos com ideais como o império do direito pode não se traduzir numa mobilização política efetiva por reforma.[129] Dentro dessa linha de raciocínio, O'Donnell argumenta que a desigualdade severa impede que os membros mais privilegiados da sociedade reconheçam os desprivilegiados como membros iguais da sociedade que têm direito a um tratamento respeitoso em suas interações com o sistema jurídico.[130]

Teorias mais dinâmicas sobre as relações das condições políticas com as mudanças jurídicas tratam menos do exercício do poder político de modo predatório ou benevolente e mais do grau de competição e de conflito pelo poder político. Os recursos perdidos por esse tipo de competição poderiam, presumivelmente, ser canalizados para a melhoria das instituições jurídicas. Ademais, o conflito político crônico provocado por profundas divisões sociais pode levar à instabilidade política. Por exemplo, Alesina e Perotti afirmam que a desigualdade extrema de renda alimenta o descontentamento social e, assim, exacerba a instabilidade política.[131] De modo semelhante, Amy Chua sustenta que a instabilidade sociopolítica é provável quando as desigualdades econômicas seguem as divisões étnicas, de modo que a riqueza se concentra nas

mãos de minorias étnicas. De acordo com Chua, em muitos casos, esse fenômeno tende a persistir ou mesmo exacerbar-se com a atividade das forças do livre mercado e tende a fomentar a inveja e o ódio entre etnias. Em consequência, certos tipos de sociedades, especificamente, aquelas que tentam ao mesmo tempo adotar o livre mercado e a democracia, são inerentemente instáveis.[132] Por sua vez, a instabilidade política pode levar à instabilidade jurídica que, como já observamos, é amplamente considerada incompatível com o império do direito.[133]

2.3.4 Teorias culturais

Os três livros em exame contêm reconhecimentos do papel desempenhado por fatores sociais ou culturais na moldagem de instituições jurídicas e da trajetória geral do desenvolvimento.[134] Porém, somente a obra de Dam oferece uma discussão aprofundada da afirmação cética de que a cultura tem uma importância primordial.[135]

Esse tipo de ceticismo tem, na verdade, uma tradição ilustre. Ao longo dos séculos, vários teóricos sugeriram que os fatores sociais e culturais desempenham o papel mais significativo na determinação de graus relativos de desenvolvimento.[136] Um dos argumentos mais influentes nesse sentido foi a sugestão de Max Weber de que os valores associados ao protestantismo europeu ocidental são particularmente conducentes ao capitalismo.[137] David Landes, em sua contribuição para *Culture Matters*, afirma: "Max Weber tinha razão. Se aprendemos alguma coisa com a história do desenvolvimento econômico é que a cultura faz toda a diferença".[138] Mais recentemente, baseando-se numa tipologia criada por Mariano Grondona, em artigo incluído em *Culture Matters*, Harrison preparou uma complexa tipologia de culturas propensas e culturas resistentes ao progresso, descrevendo como elas variam em termos de fatores como atitudes em relação à capacidade de controlar o próprio destino, pontualidade, poupança, educação, risco e identificação com pessoas fora da família.[139]

Os indícios de que instituições de alta qualidade estão conectadas causalmente ao desenvolvimento não prejudicam as teorias de orientação cultural. Os deterministas culturais podem argumentar que, embora as medidas de qualidade institucional possam ser fatores determinantes próximos de graus de desenvolvimento, a própria qualidade institucional é, por sua vez, determinada principalmente por fatores culturais. Nessa linha de argumentação, alguns estudos concluem que países predominantemente protestantes costumam ter governos melhores que países predominantemente católicos ou muçulmanos, sugerindo a hipótese de que Estado e igreja estão mais separados em países protestantes, realçando freios e contrapesos, e que o protestantismo é mais individualista e menos hierárquico e familista que outras religiões, aumentando a probabilidade de desacordo com políticas ou práticas governamentais indesejáveis.[140]

Robert Putnam oferece outro ponto de vista. Em seu famoso estudo sobre as tradições cívicas na Itália, em que contrasta o norte e o sul do país, ele sustenta que certas atitudes e práticas sociais profundamente enraizadas podem reforçar ou enfraquecer a

legalidade. De acordo com Putnam, uma comunidade cívica "marcada por uma cidadania ativa e de espírito público, por relações políticas igualitárias, por um tecido social de confiança e cooperação"[141] tem mais capacidade de superar dilemas de ação coletiva e perseguir o que Alexis de Tocqueville chamou de "interesse próprio entendido corretamente" – a saber, objetivos que servem aos interesses mais amplos da sociedade.[142] Putnam argumenta que uma comunidade cívica tem estoques maiores de "capital social", o qual consiste naqueles aspectos do engajamento cívico, inclusive normas de reciprocidade e redes horizontais de engajamento cívico, que facilitam a cooperação entre os membros de uma comunidade.[143] A reciprocidade estimula a confiança social e desestimula o comportamento oportunista, uma vez que a deserção de uma transação no presente acarreta punição no futuro.[144] Putnam prossegue afirmando que as normas de reciprocidade e redes de engajamento cívico realçam a legalidade ao criar uma demanda por instituições de qualidade melhor e facilitar a ação coletiva exigida para criá-las.[145] Essas normas melhoram também o desempenho das instituições ao criar uma expectativa de que os outros obedecerão as regras. Ele rejeita os argumentos (com frequência associados à teoria da Escolha Pública) de que as redes em que tais normas prevalecem deveriam ser consideradas "coalizões distribucionais" que tentam redistribuir riqueza para elas mesmas em vez de buscar melhorar a condição da sociedade como um todo.[146]

Alguns dos trabalhos mais recentes nessa linha foram enriquecidos com *insights* derivados da psicologia transcultural. Os psicólogos dessa escola compilaram uma quantidade impressionante de indícios que sugerem que há variações importantes de "valores culturais" entre os países.[147] Uma das forças dessa literatura é o fato de que ela caracteriza as culturas com referência a análises de respostas a questões de pesquisas padronizadas internacionalmente, tornando assim possível que as culturas sejam descritas em termos objetivos, em vez de subjetivos. Com base nessa literatura, Amir Licht e seus coautores afirmaram que as variações entre países de valores culturais estão correlacionadas com variações em respeito ao império do direito, corrupção e *accountability* democrática.[148] Por exemplo, eles afirmam que a ênfase nos valores culturais de autonomia ou individualismo, em oposição a integração e coletivismo, é compatível com o império do direito – que eles definem simplesmente como o grau em que as regras são respeitadas e impostas –, com a ausência de corrupção e a *accountability* democrática. Parte da lógica por trás desse argumento parece ser que o império do direito e a ausência de corrupção tendem a propiciar aos indivíduos certeza quanto a seus direitos e, assim, possibilitar que persigam seus objetivos. Ao contrário, uma sociedade que valoriza a integração ou o coletivismo irá, provavelmente, estimular as pessoas a buscarem orientação em fontes não jurídicas, como a tradição e a família.

Outro conjunto de teorias de orientação cultural concentra-se, no entanto, no papel desempenhado por um aspecto definido de modo mais estrito da cultura de

uma sociedade, especificamente a cultura predominante entre os profissionais do direito dessa sociedade. Esse corpo de literatura também remonta ao século XIX. Por exemplo, teóricos como Maine e Savigny atribuíam o brilho do direito romano ao fato de que, por alguma razão, a cultura romana glorificava os juristas que, por um longo período de tempo, se dedicaram ao objetivo de melhorar continuamente as instituições jurídicas de Roma.[149]

Mais recentemente, Alan Watson ofereceu numerosos exemplos em apoio de sua afirmação de que as leis não se adaptam necessariamente para refletir condições sociais, políticas ou econômicas dominantes. Ele cita normas jurídicas que não beneficiam ninguém dentro da sociedade, mas que, não obstante, persistiram por séculos, sobrevivendo a revoluções sociais, políticas e econômicas.[150] Watson sugere que antes de ser determinada por fatores políticos ou econômicos, a mudança jurídica é impulsionada principalmente por juristas que, devido às características peculiares da sua profissão, ou tomam emprestado normas jurídicas de outras nações, ou as desenvolvem por analogia a normas existentes dentro de seu próprio sistema. Essa predisposição ao transplante, alega Watson, com frequência deixa cegos os juristas para a qualidade ruim de uma determinada norma, ou para sua inadequação para a sociedade que a toma emprestado.[151]

Um contraste notável é oferecido por Paul Mahoney, que sugeriu que os traços culturais tipicamente associados ao direito consuetudinário inglês e ao direito civil francês são distintos e que as distinções são economicamente significativas. Com base em trabalho anterior de Hayek, Mahoney sustenta que a ideologia subjacente ao direito inglês promove a liberdade individual e a liberdade da intervenção do governo.[152] Ao contrário, a ideologia subjacente ao direito civil francês, que está encarnada em um código patrocinado pelo Estado, promove os direitos coletivos e contempla um maior ativismo do governo. De acordo com esse autor, devido à resistência ideológica do direito consuetudinário à interferência governamental, o grau de separação formal entre o judiciário e os outros ramos do governo costuma ser maior nos países que seguem o modelo inglês. O isolamento maior da influência política aumenta a previsibilidade e, portanto, a estabilidade do direito consuetudinário. Ao contrário, a tradição mais intervencionista do direito civil francês oferece um campo maior para a alteração dos direitos de propriedade e contrato. Isso, por sua vez, pode reduzir a confiança dos cidadãos na ordem jurídica formal.[153] Mahoney apoia esse argumento com dados empíricos mediante análise regressiva que mostra que os países com tradição de direito consuetudinário tiveram, em média, ao longo do tempo, um crescimento econômico significativamente maior que aqueles com tradição do direito civil.[154] Em linha semelhante, Thomas Heller afirma que demasiados esforços recentes de reforma do império do direito nos países em desenvolvimento se centraram nos tribunais e trataram, de forma demasiado estrita, de aumentar o rendimento dos tribunais existentes (fazendo mais do mesmo) e deram pouca atenção a aspectos da cultura jurídica

e política que constrangem seus mandatos e funções. Ele sustenta que a promoção de alternativas competitivas ao sistema formal de tribunais poderia ser mais eficaz no desbaratamento da cultura jurídica tradicional.[155]

Evidentemente, para se qualificarem como teorias céticas para nossos propósitos, as teorias culturais da evolução jurídica devem alegar não somente que a cultura influencia as instituições jurídicas, mas também que a cultura não é ela mesma influenciada por mudanças nessas instituições. Com efeito, as perguntas sobre o que impulsiona a mudança cultural, o grau em que a cultura é dependente de trajetória, se a mudança cultural pode ser intencionalmente provocada por mudanças institucionais e políticas e se e em que circunstâncias as mudanças culturais são socialmente desejáveis são questões de intensa controvérsia.[156]

Gillian Hadfield, por exemplo, afirmou recentemente que variações significativas na cultura jurídica, inclusive aquelas comumente atribuídas à herança do direito consuetudinário *versus* direito civil, poderiam ser explicadas por fatores institucionais tais como estratégias para selecionar e recompensar juízes ou procedimentos de julgamento.[157] Há certamente espaço para mais pesquisas sobre esses tópicos. Mas por enquanto, o problema do conhecimento permanece.

2.4 A alternativa informal

A abordagem mais cética da questão da valia das reformas jurídicas afirma que praticamente não há conexão entre a natureza do sistema jurídico de uma sociedade e suas perspectivas de desenvolvimento. Em outras palavras, o direito não importa, nem mesmo como veículo por meio do qual fatores econômicos, culturais ou políticos não jurídicos exercem sua influência. Curiosamente, esse ponto de vista radicalmente cético recebe pouca atenção nos livros em exame.

Essa forma de ceticismo está fundada na crença de que o sistema jurídico – que já definimos como um sistema que envolve administração de normas por atores estatais – é apenas um dos vários meios potencialmente viáveis de controle social. Essa ideia – foi prefigurada pela declaração de Trubek e Galanter – de que "o modelo [jurídico liberal] presume que as instituições estatais são o lugar principal do controle social, ao passo que em boa parte do Terceiro Mundo, o domínio da tribo, do clã e da comunidade local é muito mais forte do que o do Estado-nação". Em outras palavras, as normas e instituições informais associadas à tribo, ao clã e à comunidade podem minar ou tomar o lugar das normas e instituições jurídicas.[158] Isso abre a possibilidade de que, em um amplo espectro de contextos, as normas sustentadas por códigos morais internalizados ou pelo medo de sanções impostas por atores não jurídicos – normas informais – possam provocar os tipos de comportamento essenciais para o funcionamento de uma sociedade desenvolvida, tais como a manutenção de promessas, o respeito por normas compartilhadas que governam o uso da propriedade e a solução não violenta de disputas.

Esse ponto de vista, embora um pouco diferente, está relacionado a algumas das teorias deterministas analisadas na seção anterior deste artigo. O argumento dos deterministas é que os fatores econômicos, culturais e políticos exercem influências irresistíveis sobre o comportamento das pessoas que criam as normas jurídicas, as quais, por sua vez, influenciam o comportamento de outros membros da sociedade. Ao contrário, o argumento dos informalistas é que os fatores econômicos, culturais e políticos – talvez os mesmos identificados pelos deterministas – influenciam diretamente o comportamento de uma ampla gama de membros da sociedade, independentemente da influência que possam ter sobre o comportamento dos legisladores ou da forma das normas jurídicas. A diferença entre esses dois pontos de vista teóricos tem uma grande importância prática, porque segundo os deterministas, a existência de um sistema jurídico de alta qualidade é um pré-requisito importante para o desenvolvimento e pode, no mínimo, servir como marco de referência útil para os profissionais do desenvolvimento. Ao contrário, para os informalistas, o desenvolvimento não está necessariamente associado a algum tipo determinado de sistema jurídico. Sob esse ponto de vista, um sistema jurídico de alta qualidade não é um pré-requisito para o desenvolvimento e não seria sensato usar a qualidade desse sistema como ponto de referência para o desenvolvimento.

Os defensores mais vigorosos da posição informalista tendem a estar entre as fileiras dos estudiosos que tratam do papel do direito no desenvolvimento econômico das sociedades do Leste Asiático.[159] Em um importante artigo sintético, Jayasuriya afirma que a economia de mercado ocidental se caracteriza por transações entre agentes econômicos independentes facilitadas pelo sistema jurídico.[160] No entanto, o capitalismo no leste da Ásia caracteriza-se por redes de relações, tanto entre agentes econômicos como entre esses agentes e o Estado, que operam, em larga medida, fora do sistema jurídico formal. Nesse tipo de capitalismo, o sistema jurídico desempenha um papel marginal e, assim, investimentos substanciais em reforma jurídica têm um valor duvidoso.[161]

Dentro desse raciocínio, as interpretações mais radicais das impressionantes taxas de crescimento da China, apesar das classificações ruins segundo a maioria dos critérios convencionais de qualidade das leis e das instituições jurídicas (o assim chamado "enigma chinês"), sugerem que as leis e as instituições formais não são fatores determinantes essenciais do desenvolvimento econômico de um país. Mecanismos informais que reconheçam e protejam os direitos da propriedade privada e assegurem o cumprimento de contratos são, com frequência, substitutos eficazes (embora alguns analistas sustentem que a China talvez tenha chegado, agora, a um estágio de desenvolvimento econômico em que atingiu as limitações inerentes a esses mecanismos).[162]

A ideia de que as normas informais poderiam regular com sucesso muitas interações privadas entre indivíduos, em sociedades tanto em desenvolvimento como desenvolvidas, é aceita por um forte contingente de teóricos ocidentais do direito,

entre eles, figuras proeminentes como Stewart Macaulay, Robert Ellickson e Lisa Bernstein.[163] Quanto aos teóricos de outras áreas, até mesmo aqueles cujo trabalho é, às vezes, associado ao otimismo jurídico, uma leitura mais atenta de suas obras mostra que são ambivalentes quanto à importância relativa de normas legais e não legais. Por exemplo, Douglass North, que costuma ser reconhecido como um dos pioneiros da Nova Economia Institucional, define instituições como:

> […] as regras do jogo de uma sociedade […] Elas são compostas de regras formais (direito estatutário, direito consuetudinário, regulamentações), *restrições informais (convenções, normas de comportamento e códigos de conduta voluntários*) e as características de imposição de "ambos" [grifo do autor].[164]

Graças às obras desses e de outros estudiosos, reconhece-se agora que fatores não jurídicos determinam a relevância e o impacto do direito privado, ou seja, o corpo de normas jurídicas, tais como leis de contrato, propriedade, responsabilidade civil e empresarial que regulamentam as interações entre indivíduos.[165]

As normas informais parecem desempenhar um papel igualmente importante na determinação da relevância e do impacto das normas do direito público – isto é, normas jurídicas formais que governam o comportamento dos funcionários públicos –, que tendem a preocupar os novos constitucionalistas. Suponhamos, por exemplo, que aceitamos o conceito de que democracia, separação de poderes e liberdade de imprensa contribuem para o desenvolvimento. Ainda restam motivos convincentes para crer que o grau de compromisso de uma sociedade com a democracia e a separação de poderes tem relativamente pouca relação com as normas jurídicas governantes e mais com a natureza e o conteúdo de várias normas não jurídicas – inclusive aquelas discutidas por Putnam e Licht et al. – que, de um lado, definem o comportamento apropriado para os funcionários públicos e, de outro, definem graus apropriados de engajamento cívico para os cidadãos comuns.[166] A força dessas normas informais dependerá, em parte, do grau em que foram internalizadas e da capacidade das facções oponentes de impor sanções não jurídicas aos atores políticos que as violam. A potência das sanções não jurídicas dependerá, por sua vez, da distribuição do poder político na sociedade pertinente e isso, como já discutimos, dependerá de fatores como a relativa riqueza das facções oponentes, da presença de recursos naturais que possam ser apropriados por aqueles que controlam o Estado, da presença de divisões étnicas profundamente arraigadas, etc.[167]

Do mesmo modo, a liberdade de imprensa é somente em parte um produto de normas jurídicas formais como as leis de difamação e calúnia e aquelas que governam o acesso à informação.[168] Ela depende também de normas sustentadas por fatores não jurídicos, tais como tradição de jornalismo investigativo e a estrutura dos dois lados de oferta e demanda dos mercados de serviços de comunicação.[169] Como observou Rose-Ackerman, em alguns países menos desenvolvidos, uma parcela significativa da

população adulta é analfabeta e, portanto, pode não ser capaz de (ou não estar inclinada a) usar os meios de comunicação (ao menos os impressos) como meio de controlar a *accountability* do governo.[170]

Tendo em vista seus fortes fundamentos teóricos, surpreende o fato de que esse conceito altamente cético das reformas jurídicas receba relativamente pouca atenção dos livros em exame. Diga-se a seu favor que Carothers levanta explicitamente a questão da necessidade do império do direito para o desenvolvimento econômico e a democracia.[171] No fim das contas, no entanto, não está claro até que ponto suas opiniões atuais divergem da posição que defendeu em seu ensaio anterior reproduzido na coletânea, no qual declara: "Embora sua capacidade de operar maravilhas tenha sido exagerada, a conveniência do império do direito está clara".[172] Na verdade, somente um colaborador do volume de Carothers aceita seu convite para questionar se o direito tem realmente importância. Em seu capítulo, Upham, um especialista no papel do direito na China e no Japão, surpreende ao assinalar vigorosamente que o desenvolvimento econômico mais impressionante do Japão coincidiu com o período em que o governo japonês limitou deliberadamente o papel que o sistema jurídico desempenhava na sociedade japonesa, tendo, entre outras coisas, limitado drasticamente o número de advogados qualificados.[173]

Uma postura similar é evidente na coletânea de Trubek e Santos. O último cita uma grande quantidade de indícios que sugerem que um judiciário eficiente e direitos de propriedade claramente definidos têm, com frequência, relevância limitada para os empreendedores nos países em desenvolvimento.[174] Porém, os outros colaboradores do volume gastam pouco tempo para examinar criticamente o pressuposto de que o direito desempenha um papel causal significativo na promoção do desenvolvimento. Por exemplo, embora Rittich admita a ideia de que "normas informais podem suplementar ou mesmo substituir leis formais",[175] no fim, sua visão é que a realização da justiça social implica necessariamente uma reforma jurídica e que o melhor curso de ação para os reformadores preocupados com a justiça social envolve "levar o direito ainda mais seriamente".[176]

A posição mais interessante sobre essa questão talvez seja a de Dam. Ele reconhece o valor da questão sobre a importância ou não do direito e a ausência de uma prova conclusiva de que realmente importa. Porém, em um trecho que vale a pena citar por inteiro, declara:

> O leitor talvez pergunte se não deveríamos esperar por uma prova melhor de que o direito em si mesmo importa antes de tratar das implicações práticas. Minha formação de acadêmico tende a me fazer simpatizar com essa abordagem. Mas minha experiência de formulador de políticas me faz rejeitá-la enfaticamente. As decisões políticas sobre desenvolvimento econômico são tomadas todos os dias em cada país em desenvolvimento e também em agências

> bilaterais e multilaterais do mundo desenvolvido. A política econômica é necessariamente levada a cabo sob condições de incerteza – incerteza sobre os fatos e sobre os princípios e causas subjacentes. Desse modo, as decisões sobre mudar ou não as instituições jurídicas e as leis substantivas serão tomadas – nem que seja por inação – em campos substantivos, tais como terras, mercados de ações e mercados de créditos, bem como na imposição, incluindo o papel e a natureza do judiciário. Uma vez que os formuladores de políticas sabem que as instituições importam para o desenvolvimento econômico, seria insensatez deles supor que as instituições jurídicas – as regras do jogo e as organizações do direito, em especial o judiciário – não têm importância.[177]

O que Dam parece estar dizendo aqui é que seu livro destina-se a ajudar a responder a questão relativa a que tipos de reforma jurídicas promoverão o desenvolvimento econômico depois de tomada a decisão de empreender a reforma. Ele não parece inclinado a tratar da questão prévia da necessidade de fazer as reformas jurídicas, dizendo que "a prova da correção da premissa de que o direito importa seria um exercício totalmente diferente, mais apropriado aos economistas e talvez outros cientistas sociais que para juristas e formuladores de políticas".[178] Porém, ele talvez reconheça que, enquanto houver uma genuína incerteza quanto à importância do direito, há uma clara possibilidade de que a reforma jurídica não teria nenhum impacto positivo sobre o desenvolvimento, nem os recursos investidos nela poderiam ser investidos de outro modo que causasse um impacto maior.

Dada a importância dessa questão, pensamos que é lamentável que Dam e a maioria dos outros estudiosos representados em livros recentes sobre direito e desenvolvimento a deixem de lado. Ao contrário de Dam, acreditamos que os teóricos do direito podem, talvez em colaboração com cientistas sociais, contribuir para a pesquisa sobre essas questões e os estimularíamos a fazê-lo.

3 Os dados empíricos apoiam os otimistas?

O tratamento das questões em torno da importância do direito, das circunstâncias econômicas, culturais e políticas sob as quais uma reforma jurídica significativa é possível, dos tipos de reformas que devem ser empreendidas e dos melhores meios de implementá-las, tudo isso exige pesquisas empíricas, além de formulações teóricas. A literatura empírica existente sobre estas questões oferece fundamentos modestos para a posição otimista, mas permanece altamente inconclusiva.

3.1 Dados que favorecem os otimistas

Em anos recentes, as principais análises empíricas da relação entre instituições e desenvolvimento (e império do direito e desenvolvimento) foram um conjunto de

análises estatísticas transnacionais projetadas para investigar o grau em que várias medidas de qualidade institucional explicam medidas de desenvolvimento, tais como, níveis de renda *per capita*, taxas de mortalidade infantil e taxas de alfabetização. Esses estudos são agora numerosos demais para serem examinados individualmente mas, em termos gerais, os resultados dão sustentação à perspectiva otimista.

O teor geral dessa perspectiva pode ser captado no exame de um trabalho particularmente influente intitulado "Governance Matters". Esse estudo foi realizado por Kaufmann, Kraay e Zoido-Lobaton, todos ligados ao Banco Mundial, como parte da pesquisa em andamento dessa instituição sobre governança, que tem sido atualizada periodicamente.[179] O projeto "Governança" do Banco Mundial compreende a compilação de um grande número de medidas subjetivas de qualidade institucional (para quase duzentos países) – dados significativos obtidos de grupos de especialistas nos países ou *surveys* de residentes – e seu agrupamento em seis grupos: "voz e *accountability*", "estabilidade política", "eficácia do governo", "qualidade regulatória", "império do direito" e "controle da corrupção".

Os autores de "Governance Matters" criaram índices que medem a qualidade institucional dentro de cada uma dessas seis dimensões, bem como um índice de "governança" composto projetado para medir a qualidade total da governança em uma sociedade. Eles então fizeram a regressão de três medidas de desenvolvimento – PIB *per capita*, mortalidade infantil e alfabetização adulta – sobre esses índices. Encontraram correlações fortes (referem-se à causalidade) entre cada um de seus subíndices de qualidade institucional, inclusive do índice de império do direito, bem como de um índice composto de governança e suas medidas de desenvolvimento. Daí a conclusão de que a "Governança Importa". Em uma iteração mais recente desse trabalho, Kaufmann relata:

> Conclui-se que os efeitos de uma governança melhor sobre a renda no longo prazo são muito grandes, com uma melhoria estimada de 400% na renda *per capita* associada a uma melhoria em governança de um desvio padrão, e melhoramentos similares na redução da mortalidade infantil e do analfabetismo. Para ilustrar, uma melhoria de um desvio padrão no império do direito em relação aos atuais níveis na Ucrânia para aqueles níveis médios predominantes na África do Sul levaria a uma quadruplicação na renda *per capita* no longo prazo. Um aumento maior na qualidade do império do direito (por dois desvios padrão) na Ucrânia (ou em outros países da antiga União Soviética) para o nível muito mais alto da Eslovênia ou da Espanha multiplicaria ainda mais esse aumento de renda *per capita*. Resultados semelhantes surgem de outras dimensões de governança: uma mera melhoria de um desvio padrão em voz e *accountability* do nível baixo da Venezuela para o da Coreia do Sul, ou em controle de corrupção do nível baixo da Indonésia para o nível médio do México, ou do nível do México para aquele da Costa

> Rica, estaria também associado a um aumento estimado de quatro vezes nas rendas *per capita*, bem como melhorias similares na redução da mortalidade infantil em 75% e grandes ganhos na alfabetização.[180]

Baseados nos dados de Kaufmann et al., Rodrik, Subramanian e Trebbi, em trabalho recente intitulado "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development",[181] estimam as contribuições respectivas de instituições, geografia e comércio internacional na determinação dos níveis de renda em todo o mundo. Os autores concluíram que a qualidade das instituições tem mais importância do que o resto. Uma vez controladas as instituições, as medidas convencionais de geografia têm, na melhor das hipóteses, efeitos diretos sobre a renda, embora tenham um forte efeito indireto ao influenciar a qualidade das instituições. Do mesmo modo, uma vez controladas as instituições, o comércio é quase sempre insignificante, exceto por efeitos indiretos sobre as instituições.

Nesse estudo, os autores usam vários elementos que captam a proteção oferecida ao direito de propriedade e a força do império do direito. Para transmitir um sabor da natureza surpreendente de suas conclusões, Rodrik, Subramanian e Trebbi concluem que um aumento de um desvio padrão em qualidade institucional, correspondendo mais ou menos à diferença entre qualidade institucional medida na Bolívia e na Coreia do Sul, produz um aumento de dois pontos *log* em renda *per capita*, ou uma diferença de 6,4 vezes mais – a qual, não por coincidência, é também mais ou menos a diferença de renda entre os dois países.

Recentemente,[182] Fukuyama, em uma breve resenha de parte da literatura empírica sobre fatores determinantes do desenvolvimento econômico, concluiu: "Creio que os institucionalistas ganharam essa discussão facilmente".

Nós também acreditamos que a literatura empírica é coerente com a visão otimista de que as instituições são suscetíveis aos esforços deliberados de reforma e não são moldadas exclusivamente por forças econômicas, culturais ou políticas.

Para começar, o exame dos dados transnacionais revela que o desempenho das instituições jurídicas mostra uma variação considerável dentro dos países por períodos de tempo bem curtos. Isso é inconsistente com qualquer sugestão de que a qualidade dessas instituições é moldada de forma importante por características econômicas, culturais ou políticas das sociedades, as quais, em larga medida, são imutáveis.[183] Porém, é verdade que essa prova não vai ao âmago da alegação dos céticos, ou seja, que as instituições jurídicas estão fora da manipulação deliberada. O fato de sua qualidade variar ao longo do tempo não descarta a possibilidade de que sejam moldadas por forças impessoais incontroláveis cujos efeitos variam ao longo do tempo.

Os dados transnacionais, entretanto, não revelam quaisquer traços culturais exógenos que expliquem essa proporção significativa de variação internacional em desempenho institucional, de modo a sugerir que é inútil considerar a manipulação

deliberada das instituições jurídicas. Por exemplo, nos últimos anos, as teorias culturais da qualidade institucional mais aceitas basearam-se em alegações sobre as fraquezas da cultura jurídica francesa ou nas virtudes da cultura jurídica inglesa. Mas mesmo que sejam válidas, essas teorias pouco explicam as grandes variações que podemos observar entre países com heranças jurídicas semelhantes.[184]

Por exemplo, tanto Gana como Hong Kong experimentaram o domínio britânico e adotaram o direito consuetudinário, mas há diferenças marcantes no desempenho de suas instituições. De modo semelhante, Costa Rica e México herdaram instituições jurídicas derivadas indiretamente da França, mas as costa-riquenhas tiveram um desempenho significativamente melhor do que as mexicanas, para não mencionar outras jurisdições influenciadas pela cultura jurídica francesa.

Cremos que os dados transnacionais são também inconsistentes com a alegação específica de que a qualidade das instituições jurídicas é determinada totalmente pela interação de fatores geográficos e políticos. Por exemplo, numa série de importantes contribuições recentes, Acemoglu, Johnson e Robinson (AJR) interpretam indícios da existência de uma correlação negativa entre as taxas de mortalidade de colonos no século XIX e o desempenho recente de instituições jurídicas como prova de que esse desempenho é determinado pela interação de fatores econômicos e políticos que, por sua vez, determinam os tipos de instituições que os europeus estavam dispostos e eram capazes de estabelecer em suas colônias.[185]

Em nossa opinião, no entanto, esses dados não eliminam a possibilidade de influenciar a qualidade das instituições jurídicas mediante uma intervenção deliberada. Em primeiro lugar, os fatores econômicos e políticos que AJR identificaram não explicam todas as variações transnacionais em desempenho institucional. Seria de esperar que o impacto de políticas coloniais geograficamente determinadas diminuísse com a quantidade de tempo que se passou desde a independência e, ao atingirmos as duas últimas décadas do século XX, a maioria dos países colonizados já havia obtido sua independência. Em acordo com essa hipótese, Rodrik e seus coautores mostraram que o coeficiente sobre taxas de mortalidade de colonos em regressões sobre desempenho institucional declinaram de 0,94 na década de 1970 para 0,87 na de 1980 e 0,71 na de 1990.[186]

Mas o que é mais fundamental, não acreditamos que as correlações entre taxas de mortalidades dos colonos no passado e medidas de desempenho institucional, tanto históricas como contemporâneas, demonstrem causalidade. AJR sustentam que as altas taxas de mortalidade dos colonos levaram as potências europeias a fazer duas escolhas políticas fundamentais: evitar a colonização e estabelecer instituições exploradoras coerentes com "um Estado extrativista", em vez de uma "Neo-Europa". Mesmo que aceitemos a caracterização que eles fazem do dilema europeu, argumentaríamos que a combinação de condições geográficas inóspitas e poder político obrigava à primeira decisão política, mas não à segunda. A não ser que assumamos o

ponto de vista de que racismo, cobiça e rapacidade são traços fundamentais e imutáveis da natureza humana, é difícil defender a posição de que a exploração das colônias sem colonizadores era inevitável. Essa política deve ser vista como uma decisão deliberada de parte dos europeus que foi possibilitada, mas não totalmente determinada, por condições geográficas e pela distribuição do poder.

Em suma, embora não conclusivos, os dados transnacionais não oferecem muito suporte para os céticos que se baseiam em versões bem conhecidas de determinismo econômico, cultural ou político.[187] As variações em desempenho institucional ao longo do tempo são inconsistentes com as afirmações de que as instituições jurídicas são moldadas por fatores econômicos, culturais ou políticos imutáveis. Os dados também não sustentam as alegações de que a herança colonial, por meio de sua influência sobre a cultura jurídica ou outras escolhas políticas feitas pelos colonialistas europeus, explica tanto a variação entre países que merece ser considerada uma influência irresistível sobre a evolução das instituições jurídicas.

3.2 Observações céticas

Não obstante, há várias razões para que as análises estatísticas transnacionais discutidas na seção anterior devam ser interpretadas com alguma cautela.[188] Chamamos a atenção para duas em particular. Em primeiro lugar, mesmo aceitando os resultados sem questioná-los, esses estudos não avançam muito no sentido de superar o problema do conhecimento. A natureza grosseira dos dados utilizados nesses estudos estatísticos transnacionais oferece muito pouca informação sobre quais traços de projetos de determinadas classes de instituições jurídicas, causalmente relacionadas com determinados resultados de desenvolvimento, são de particular importância.

Fukuyama – no artigo supracitado e no qual conclui que os institucionalistas ganharam facilmente a discussão, com os não constitucionalistas, sobre os fatores determinantes do desenvolvimento –, observa também que a administração pública não é uma ciência suscetível de formalização conforme um conjunto de regras e princípios universais,[189] e que as instituições macropolíticas também não são suscetíveis de caracterização em termos de arranjos políticos formais ótimos. Ao contrário, a especificação plena de um bom conjunto de instituições será muito dependente do contexto, mudará com o tempo e interagirá com as normas, valores e tradições informais da sociedade em que estão enraizadas.

Do mesmo modo, Rodrik, Subramanian e Trebbi, no trabalho citado, apesar do título talvez triunfalista, chegam, na verdade, a conclusões bastante salutares e até acauteladoras:[190]

> Quantas orientações nossos resultados oferecem aos formuladores de políticas que queiram melhorar o desempenho de suas economias? Não muitas. Claro, é útil saber que geografia não é destino, ou que se concentrar em aumentar as

> ligações da economia com os mercados mundiais provavelmente não produzirá convergência. Mas a orientação operacional que nosso resultado principal sobre a primazia da qualidade institucional oferece é extremamente pouca. [...]
> Ilustramos a dificuldade de extrair de nossos resultados informações relevantes para a formulação de políticas usando o exemplo dos direitos de propriedade. Obviamente, a presença clara desses direitos é um elemento-chave, senão o mais fundamental, no ambiente institucional que molda o desempenho econômico. Nossos resultados indicam que quando os investidores acreditam que seus direitos de propriedade estão protegidos, a economia acaba mais rica. Mas nada está implícito sobre a forma real que esses direitos deveriam assumir. Não podemos nem deduzir necessariamente que a promulgação de um regime de direitos de propriedade privada produziria resultados superiores em comparação com formas alternativas de direito de propriedade. [...]
> Há indícios crescentes de que os arranjos institucionais desejáveis possuem um grande elemento de especificidade de contexto que surge das diferenças de trajetórias históricas, geografia, economia política ou outras condições iniciais. [...] Isso pode ajudar a explicar porque países em desenvolvimento bem-sucedidos – China, Coreia do Sul e Taiwan, entre outros – combinaram quase sempre elementos heterodoxos com políticas ortodoxas. E pode explicar também porque persistem importantes diferenças institucionais entre os países avançados da América do Norte, da Europa Ocidental e o Japão – o papel do setor público, a natureza dos sistemas jurídicos, governança empresarial, mercados financeiros, mercados de trabalho e mecanismos de seguro social entre outros. [...]
> Em consequência, há muito a ser aprendido sobre o que significa na realidade a melhoria da qualidade institucional. Gostaríamos de sugerir que se trata de uma área de pesquisa ampla e aberta. No momento, os estudos transnacionais são apenas um começo que apontam para a direção certa.[191]

Por fim, numa linha semelhante, em artigo recente intitulado "Institutions and Development: A View from Below",[192] Rohini Pande e Christopher Udry declaram:

> Em anos recentes, tivemos um renascimento notável e excitante do interesse pela análise empírica sobre como muitas instituições afetam o crescimento. O foco da recente produção de pesquisa está na exploração da variação transnacional em "qualidade institucional" para identificar se há um efeito causal das instituições sobre o crescimento. Esses trabalhos concluem que a qualidade institucional é um fator determinante significativo do desempenho de crescimento de um país.
> Esses resultados são de importância fundamental para os economistas do desenvolvimento e formuladores de políticas, pois sugerem que a qualidade

> institucional pode fazer os países e os povos pobres a continuarem pobres. Porém, a interpretação econômica e as implicações políticas desses resultados dependem de compreender os canais específicos através dos quais as instituições afetam o crescimento, e os motivos para a mudança institucional ou sua falta. [...] Porém, sustentamos que essa literatura serviu ao seu propósito e está essencialmente completa. O número de variáveis disponíveis como variáveis instrumentais é limitado e sua grosseria impede uma análise mais minuciosa de determinados mecanismos causais das instituições para o crescimento. [...] Isso sugere que a agenda de pesquisa identificada pela literatura sobre instituições e crescimento será mais bem servida pela análise de muito mais micro-dados do que tem sido sua norma.

Em seguida, os autores ilustram a importância dessa microperspectiva com a descrição dos direitos de propriedade de terras em quatro países africanos (Gâmbia, República Democrática do Congo, Gana e Costa do Marfim), enfatizando a importância da distinção entre direitos *de jure* e *de facto*, a importância do direito consuetudinário, a heterogeneidade dos direitos da terra mesmo dentro de um mesmo país e o entrelaçamento de instituições políticas e contratuais. Pesquisas recentes sobre o império do direito e desenvolvimento têm sido feitas no mesmo espírito.[193]

Desse modo, embora pareça que do ponto de vista empírico exista um consenso cada vez mais firme de que as instituições, inclusive as jurídicas, são um importante fator determinante do desenvolvimento econômico (e, provavelmente, de outros aspectos do desenvolvimento), há muito menos consenso em relação ao que deva ser um conjunto de instituições ótimo.

Vale a pena observar também que esses estudos lançam pouca luz sobre as questões em torno dos meios de implementar qualquer conjunto dado de reformas jurídicas, inclusive a relativa importância dos atores locais e estrangeiros e as melhores maneiras de controlar os conflitos de interesse e os preconceitos que, supostamente, enfraquecem a eficácia de atores externos como o Banco Mundial. Há razões também para não aceitar os resultados desses estudos sem questionar. Várias críticas foram feitas às metodologias neles utilizadas.[194]

Conclusão

Embora pareça haver um consenso cada vez mais firme e empiricamente fundamentado de que as instituições são um importante fator determinante do desenvolvimento econômico – e, provavelmente, de outros aspectos do desenvolvimento –, há muito menos consenso em relação a quais instituições *jurídicas* são importantes, tendo em vista a existência de substitutos informais, como deve ser um conjunto ótimo dessas instituições, ou para aqueles países que carecem dessas instituições ótimas (qualquer

que seja a definição disso), que forma um processo de reforma factível e eficaz poderia assumir e os respectivos papéis dos "de dentro" e dos "de fora" nesse processo.

Instituições ótimas em geral, e as jurídicas em particular, serão frequentemente moldadas por fatores específicos a determinadas sociedades, entre eles história, cultura e tradições políticas e institucionais antigas. Isso, por sua vez, implica algum grau de modéstia da parte da comunidade externa ao promover o império do direito ou outras reformas jurídicas nos países em desenvolvimento e, de forma correspondente, um papel maior para os "de dentro" com conhecimento local detalhado. Ademais, os pontos de referência para as reformas jurídicas em muitos países em desenvolvimento podem não ser os regimes jurídicos, substantivos ou institucionais, que prevalecem em determinados países desenvolvidos, mas arranjos mais apropriados que prevalecem em outros países em desenvolvimento que compartilhem aspectos importantes da história, da cultura e das tradições institucionais com países que empreendem tais reformas.[195]

Os formuladores de políticas precisam pensar com cautela e modéstia sobre quais são as vantagens comparativas que os "de fora", em especial aqueles do mundo desenvolvido, possuem para induzir ou ajudar os países em desenvolvimento a empreender reformas jurídicas, substantivas ou institucionais: dinheiro, obviamente; *expertise* puramente técnica, por exemplo, no planejamento de sistemas de informática para os tribunais ou a administração do registro de terras (e treinamento do pessoal local); talvez conhecimento da experiência comparativa com iniciativas semelhantes (bem ou malsucedidas) em outros países em desenvolvimento, inclusive interpretações adequadamente cautelosas das precondições para o sucesso ou o fracasso dessas iniciativas. Mas é difícil imaginar gente "de fora" assumindo efetivamente o papel de principais planejadores, ou promotores, ou defensores de tais iniciativas.

Concluímos então (seguindo o ponto de vista de Pande e Udry) que a próxima fronteira de pesquisa provavelmente pedirá uma análise muito mais trabalhosa e sensível ao contexto dos regimes jurídicos e instituições específicos (formais e informais) de determinadas sociedades e de suas reformas potenciais avaliadas em comparação com algum conjunto de objetivos amplos ou mais generalizáveis de desenvolvimento. Cremos que os teóricos do direito podem desempenhar um papel valioso nesse tipo de pesquisa, e devido a sua importância, os instamos a assumir esse desafio.

NOTAS

* Agradecemos a Helen Hershkoff, Stephen Humphreys, Kate Lauere, Mariana Prado e Frank Upham pelos úteis comentários e conversas. Kevin Davis reconhece agradecido o apoio do Filomen D'Agostino and Max E. Greenberg Research Fund da NYU School of Law.

1 Thomas Carothers. The Rule of Law Revival. In: *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, p. 3 (Thomas Carothers, ed., 2006); ver também Brian Tamanaha, *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, 2004, p. 1-4.

2 David Trubek. The Rule of Law in Development Assistance: Past, Present and Future. In: *The New Law and Economic Development:* A Critical Appraisal, p. 74 (David M. Trubek & Alvaro Santos, eds., 2006); Michael Trebilcock & Ron Daniels. *Rule of Law Reform and Development:* Charting the Fragile Path of Progress (2008).

3 Ver em geral, Orly Lobel, The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics, *Harv. L. Rev*. 120:938 (2007) (descreve e critica pressupostos dominantes sobre as limitações do direito como meio de efetuar mudança social nos Estados Unidos).

4 Carothers, nota 1 supra, p. 16.

5 Idem.

6 Kenneth Dam. *The Law-growth Nexus:* The Rule of Law and Economic Development, 2006.

7 Trubek, nota 2 supra.

8 Ver David M. Trubek & Alvaro Santos, Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra. Nesse aspecto, o volume de Trubek e Santos é muito equívoco. Por exemplo, em outro lugar do ensaio, Trubek e Santos afirmam que o que distingue o momento intelectual atual é a proeminência da crítica. Idem, p. 8. Ao mesmo tempo, o artigo de Santos incluído no volume dedica-se a descrever e explicar a falta de consenso sobre o papel do direito no desenvolvimento justamente no interior do Banco Mundial. Ver em geral, Alvaro Santos, The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 253.

9 Trubek & Santos, nota 8 supra. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 1, 15-17. Kerry Rittich sustenta a concepção mais holística do objetivo da reforma jurídica, agora "normalizado", observando que foi endossado por importantes teóricos como Amartya Sen, bem como por influentes atores, como o Banco Mundial. Kerry Rittich, The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 203, 208. Ver também Rachel Kleinfeld, Competing Definitions of the Rule of Law. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 31 (afirma que o império do direito deveria ser visto pelos reformadores como um fim e não como um meio).

10 Ver em geral, Duncan Kennedy, Three Globalizations of Legal Thought: 1850- 2000". In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 19. Cf Brian Tamanaha, "The Lessons of Law and Development Studies", *Am. J. Int. L.* 89:470, 470 (1995) ("Direito e Desenvolvimento têm sido um campo de estudo acadêmico há cerca de trinta anos").

11 Ver, e.g., J. S. Furnivall, *Colonial Policy and Practice:* A Comparative Study of Burma and Netherlands India (1956). Para referências adicionais à literatura sobre administração colonial ver John Henry Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, *Am. J. Comp. L.* 25:457, 468 (1977).

12 Scott Newton, The Dialectics of Law and Development. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 178, 179, 181.

13 Rostow identificou cinco estágios: a sociedade tradicional, as precondições para a decolagem, a decolagem, o caminho para a maturidade, e a era do grande consumo de massa. Ver W.W. Rostow, *Stages of Economic Growth:* A Non-communist Manifesto (1960).

14 Tamanaha, nota 1 supra, p.10; Peter F. Klarén, Lost Promise: Explaining Latin American Underdevelopment. In: *Promise of Development:* Theories of Change in Latin America, p. 3, 11 (Peter F. Klarén & Thomas J. Bossert, eds., 1986). Como diz Cyril Black, conhecido historiador e teórico da modernização: "Embora os problemas levantados por generalizações de uma base bastante estreita (os países agora modernos) devam ser admitidos, a definição de modernidade assume a forma de um conjunto de características supostamente aplicáveis a todas as sociedades. Essa concepção de modernidade, quando pensada como modelo ou tipo ideal, pode ser usada como um metro para medir qualquer sociedade". Cyril Black, *The Dynamics of Modernization*: A Study in Comparative History, p. 68-75 (1966).

15 David M. Trubek, Toward A Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development, *Yale L. J.* 82:44 (1972).

16 Elliot M. Burg, Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of "Scholar in Self-Estrangement", *Am. J. Comp. L.* 25:492, 505-06 (1977).

17 Idem.

18 Burg, nota 16 supra, p. 492, 505, 506. Ver também Thomas Heller, An Immodest Postscript. In: *Beyond Common Knowledge:* Empirical Approaches to the Rule of Law (Erik Jensen & Thomas Heller, eds., 2003).

19 David M. Trubek & Marc Galanter, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, *Wis. L. Rev.* 1062, 1075-76 (1974) [N.E.: publicado em português como: TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *O novo direito e desenvolvimento*: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009) . Ver também Burg, nota 16 supra, p. 509-511. Como observaram Trubek e Galanter: "Os teóricos do desenvolvimento jurídico produziram avaliações críticas das escolas de direito na Ásia, África, e América Latina e afirmaram que ao treinar os juristas para pensar de modo mais instrumental, as escolas poderiam dar início a mudanças que diminuiriam a distância entre o desempenho atual da profissão jurídica e suas possibilidades desenvolvimentistas. Assim, propôs-se que as escolas de direito estudassem e explicassem a relação entre normas jurídicas específicas, doutrinas e procedimentos, de um lado, e metas de desenvolvimento nacional de outro, instando os estudantes a trabalhar para reformar as leis e instituições que não promovessem essas metas". www.tci.art.br/cor/efeito.htm

20 Lawrence Friedman, Legal Culture and Social Development, *Law & Society Rev.*, 4:29, 43 (1969).

21 Robert B. Seidman, The Communication of Law and the Process of Development, *Wis. L. Rev.* 686 (1972).

22 ade Channell, Lessons Not Learned About Legal Reform. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 137, 139 ("Em muitos, senão na maioria dos casos, as lições do movimento Direito e Desenvolvimento simplesmente não foram aprendidas pelos profissionais da nova onda de reformas das últimas duas décadas").

23 Stephen Golub, The Legal Empowerment Alternative. In: *Promoting The Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 161.

24 Idem, p. 164, 165, 169-177. Ver também David Mednicoff, Middle East Dilemmas. In: *Promoting The Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 251, 268 (endossa a aplicação da abordagem de Golub no Oriente Médio).

25 Trubek & Galanter, nota 19 supra.

26 Douglass North, Institutions, Institutional Change and Economic Performance (1990) [doravante Institutions, Institutional Change and Economic Performance]; North, Understanding the Process of Economic Change (2005) [doravante Understanding the Process of Economic Change]; World Bank, World Development Report 1997: The State in a Changing World.

27 Hernando de Soto, The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World, p.185 (1989).

28 Idem, p. 186.

29 Idem, p. 187.

30 Ver, e.g., World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets* (2002); World Bank, *World Development Report 1997: The State in a Changing World* (1997); World Bank, *World Development Report 1996: From Plan to Market* (1996); World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation* (2004).

31 Dam, nota 6 supra, p. 6.

32 Para exemplos de obras ilustrativas desse gênero, ver os documentos do Banco Mundial, citados na nota 30 supra, e Philip M. Nichols, A Legal Theory of Emerging Economies, *Va. J. Int L.* 39:229 (1999). Para outro exame útil da literatura, ver Frank B. Cross, Law and Economic Growth, *Tex. L. Rev*. 80:1737 (2002).

33 Ver, e.g., Robert Cooter, The Rule of State Law and the Rule of Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development. In: *Annual World Bank Conference on Development Economics,* p. 212 (Michael Bruno & Boris Pleskovic, eds., 1998); de Soto, nota 27 supra; Kathryn Hendley, Rewriting the Rules of the Game in Russia: The Neglected Issue of the Demand for Law, *E. Eur. Const. Rev*. 89 (1999); Douglass North, nota 26 supra, p. 89-91, 140, 141. Evidentemente, essas análises contemporâneas remontam às queixas de Trubek e Galanter sobre o "caráter etnocêntrico do modelo do legalismo liberal do direito na sociedade". Ver David N. Trubek & Marc Galanter, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis of Law and Development in the United States, *Wis. L. Rev*. 1062 (1974). Um expoente muito anterior de ideias similares foi Montesquieu, que declarou: "[As leis] deveriam ser adaptadas de tal modo ao povo para o qual são elaboradas que só por um grande acaso as de uma nação serviriam para outra". Ver Charles de Secondat, barão de Montesquieu, *The Spirit of The Laws*, p. 6 (Book I) (Anne M. Cohler et al., trad. e eds., 1989).

34 Ver especialmente Cooter, nota 33 supra e de Soto, nota 27 supra.

35 Katharina Pistor, The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies, *Am. J. Comp. L.* 50:101 (2002); Dan Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-François Richard, Economic Development, Legality, and the Transplant Effect, *Eur. Econ. Rev*. 47:165 (2003).

36 Dam, nota 6 supra, p. 24.

37 Idem, p. 224.

38 Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, p. 66 (2000). *Ver também* Carothers, nota 1 supra, p. 8 (descreve as reformas constitucionais na Europa Oriental e na América Latina).

39 Klug, nota 38 supra.

40 Oona Hathaway, Do Human Rights Treaties Make a Difference?, *Yale L. J*. 111:1936 (2002).

41 Kleinfeld, nota 9 supra, p. 34-47 (explica porque o respeito a normas como igualdade e direitos humanos e o império do direito são fins que valem a pena); Santos, nota 8 supra, p. 253, 261-263, 265-266 (resume as alegações de que o império do direito é intrinsecamente valioso).

42 Daniel A. Farber, Rights as Signals, *J. Legal Stud*. 31:83 (2002).

43 Dam, nota 6 supra, p. 41.

44 Para uma exposição recente desse ponto de vista e uma análise da literatura pertinente, ver Jagdish N. Bhagwati, Democracy and Development: Cruel Dilemma or Symbiotic Relationship?, *Rev. Dev. Econ*. 6:151-62 (2002); para uma discussão de porque a democracia exige mais freios e contrapesos do que apenas eleições competitivas periódicas, ver Paul Collier, *The Bottom Billion,* p.146-149 (2007).

45 Ver, e.g., Surjit Bhalla, Freedom and Economic Growth: A Virtuous Cycle? In: *Democracy's Victory and Crisis,* p. 195 (Axel Hadenius, ed., 1997).

46 Amartya Sen, *Resources, Values and Development* (1984); Amartya Sen & Jean Drkze, *Hunger and Public Action* (1989); Amartya Sen, *Development as Freedom* (1999).

47 Immanuel Kant, Perpetual Peace. In: *The Enlightenment: A Comprehensive Anthology*, p. 784 (Peter Gay, ed., 1974); Michael Doyle, Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs, Part 1, *Phil. & Pub. Aff.* 12:323 (1983).

48 Para visões gerais do debate empírico, ver Adam Przeworski & Fernando Limongi, Political Regimes and Economic Growth, *J. Econ. Persp.* 7:51 (1993); Adam Przeworski et al., *Democracy and Development:* Political Institutions and Well-Being in the World 1950-1990 (2000); Bhagwati, nota 44 supra.

49 OLSON, Mancur. *Power and Prosperity:* Outgrowing Communist and capitalist dictatorships New York: Basic Books, 2000.

50 Idem, p. 6, 7.

51 Idem, p. 7-12.

52 Cf. Avinash Dixit, Gene M. Grossman & Faruk Gul, The Dynamics of Political Compromise, *J. Pol. Econ.* 108:531 (2000) (a perspectiva de uma sequência indefinida de mudanças razoavelmente frequentes no poder também pode dar a líderes democraticamente eleitos um incentivo para cooperar com oponentes políticos na esperança de receber tratamento recíproco quando estiverem fora do poder). Outros estudiosos observaram – e Olson prontamente admite – que as democracias são vulneráveis às pressões de grupos de interesse, ignorância e desinformação dos eleitores e formas majoritárias de opressão das minorias, e que alguns regimes democráticos são provavelmente fracos, instáveis ou corruptos. Mancur Olson, Dictatorship, Democracy and Development, 87 *Am. Pol. Sci. Rev.* 87:567, 571 (1993). Ver também Thomas Carothers, The End of the Transition Paradigm, *J. of Democracy* 13:5 (2002).

53 Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes:* Globalization, Institutions and Economic Growth, cap. 5 (2007) (Institutions for High-Quality Growth).

54 Charles de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, cap. XI e XII. Ver também *The Federalist* n. 51 (James Madison).

55 James D. Gwartney & Randall G. Holcombe, Economic Freedom, Constitutional Structure and Growth in Developing Countries; In: *Institutions and Collective Choice in Developing Countries*, p. 33, 39 (Mwangi Kimenyi & John Mukum Mbaku, eds., 1999); Jean-Jacques Laffont & Mathieu Meleau, Separation of Powers and Development, 64 *J. Dev. Econ.* 64:129 (2001). Ver também Albert Breton, *Competitive Governments:* An Economic Theory Of Politics and Public Finance (1996); Torsten Persson et al., Separation of Powers and Political Accountability, *Q. J. Econ.* 112:1163 (1997); Roumeen Islam & Claudio Montenegro, *What Determines The Quality of Institutions?* (2002); Daniel Lederman et al, *Accountability and Competition:* Political Institutions Matter (2001).

56 Ver, e.g., Martin Shapiro, *Courts:* A Comparative and Political Analysis (1981).

57 Douglass North & Barry Weingast, Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth Century England, *J. Econ. Hist.* 49:803, 831 (1989).

58 Idem.

59 Matthew C. Stephenson, "When the Devil Turns…" The Political Foundations of Independent Judicial Review, *J. Legal Stud.* 32:59 (2003).

60 Ver em geral Breton, nota 55 supra.

61 Barry Weingast, The Economic Role of Political Institutions: Market Preserving Federalism and Economic Development, *J. L. Econ. & Org.* 11:1 (1995).

62 Idem, p. 9.

63 Dam, nota 6 supra, p. 107 ("Embora muitos países acreditem que a estrutura de seus governos baseie-se naquele princípio [separação dos poderes], o conteúdo do princípio difere entre países a tal ponto que duas versões totalmente incompatíveis desse princípio existem no mundo."), p. 111-118 (discutindo a "independência comportamental" de juízes em vários países).

64 Dam, nota 6 supra, p. 106-111.

65 Idem, p. 111-118.

66 Ver em geral Timothy Besley et al., Mass Media and Political Accountability, primeira versão de capítulo para *The Right to Know:* Institutions and the Media 6 (World Bank); Simeon Djankov, Caralee McLeish, Tatiana Nenova & Andrei Shleifer, Who Owns the Media?, manuscrito (2001).

67 Amartya Sen & J. Dreze, *The Political Economy of Hunger* (1990).

68 Idem.

69 Ver, e.g., Aymo Brunetti & Beatrice Weder, A Free Press is Bad News for Corruption, (Working Paper: University of Basel, April, 1999); ver também Islam & Montenegro, nota 55 supra.

70 Besley et al., nota 66 supra, p. 6.

71 Ver em geral Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and The Making of International Law*, p.196-244 (2005).

72 Rodrik, *One Economics, Many Recipes*, nota 53 supra, cap. 8 (The Global Governance of Trade As if Development Mattered) (recomenda que a OMC seja vista como uma instituição que permite aos países em desenvolvimento autonomia para realizar as inovações institucionais exigidas para estimular o crescimento econômico); Kevin E. Davis, How to Make the Doha Round a Genuine Development Round, *Am. Soc. of Int. L. Proceedings of the Annual Meeting*. 100:226 (2006) (identifica canais através dos quais as reformas do regime da OMC poderiam influenciar instituições jurídicas nacionais); Collier, nota 44 supra, cap. 9 (defende que várias cartas internacionais estabeleçam normas para a conduta governamental em algumas áreas).

73 Aymo Brunetti & Beatrice Weder, More Open Economies Have Better Governments, 18 (Working Paper: University of Saarland Economic Series 9905, 1999); Silvio Borner, Aymo Brunetti & Beatrice Weder, *Political Credibility and Economic Development,* p. 91-95 (1995). Ver também Islam & Montenegro, nota 55 supra; Daniel Treisman, The Causes of Corruption: A Cross-National Study, *J. Pub. Econ*. 76:399 (2000); cf. Dani Rodrik et al., Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development, *J. Econ. Growth* 9:131 (2004).

74 Brunetti & Weder, nota 73 supra, p. 18.

75 Idem.

76 Ver Carothers, nota 1 supra, p. 3, 7 ("Embora sua capacidade de operar maravilhas tenha sido exagerada, a conveniência do império do direito está clara."). Tanto Upham como Santos atribuem essa concepção ao Banco Mundial, citando textos de seu ex-conselheiro geral e vice-presidente sênior, Ibrahim Shihata. Ver Santos, nota 8 supra, p. 269-273; Frank Upham, Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 77-79. Para uma coletânea dos textos de Shihata, ver Ibrahim F.I. Shihata, *Complementary Reform:* Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by The World Bank (1997).

77 Competing Definitions of the Rule of Law. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, p. 31.

78 Ver em geral Santos, nota 8 supra, p. 259-266 (discute concepções alternativas do império do direito e sua relação com o desenvolvimento).

79 Ver, e.g., Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, p. 39 (ed. rev. 1969).

80 Idem, p. 200-224.

81 Joseph Raz, The Rule of Law and its Virtue. In: *The Authority of Law:* Essays On Law and Morality, p. 210-229 (1979). Para uma fusão similar de componentes formais e institucionais no processo de definição do império do direito, ver Robert S. Summers, A Formal Theory of the Rule of Law, *Ratio Juris* 6:127-42 (1993). Summers oferece uma especificação mais elaborada dos componentes institucionais do império do direito.

82 Idem, p. 226.

83 Ver Tamanaha, nota 10 supra; ver também, Tamanaha, nota 1 supra.

84 Idem, p. 476.

85 Fuller, nota 79 supra, p. 44.

86 Tamanaha, nota 10 supra, p. 476.

87 Kleinfeld, nota 9 supra, p. 61.

88 Dam parece considerar as reformas jurídicas específicas que recomenda um meio de alcançar o império do direito, que ele define de modo muito parecido com os teóricos do direito discutidos nesta subsseção. Ver Dam, nota 6 supra, p. 13-17, 24. Nós o caracterizamos como otimista porque ele, em última análise, endossa o pressuposto de que as instituições jurídicas são importantes como base válida para a formulação de políticas. Dam, nota 6 supra, p. 230, 231.

89 Parte III, adiante.

90 Trubek & Galanter (1974), nota 19 supra.

91 John Henry Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, *Am. J. Comp. L.* 25:457, 459, 460 (1977).

92 Trubek & Galanter, nota 19 supra.

93 Idem, p. 1078, 1079.

94 Idem, p. 1076.

95 Ver, e.g., David Kennedy, The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense. In: *The New Law and Economic Development*, nota 2 supra, p. 173 ("as estratégias de desenvolvimento exigem um exame detalhado das escolhas distribucionais efetuadas por várias regras e regimes jurídicos para determinar, da melhor maneira possível, seu provável impacto sobre o crescimento e o desenvolvimento"); Rittich, nota 9 supra, p. 228 ("o fato de a agenda do desenvolvimento ter sido reformulada para incluir o social quase não se reflete na agenda jurídica central e institucional"); Trubek & Santos, nota 8 supra, p. 16 ("Um objetivo muito central de nosso esforço tem sido recolocar as questões of distribucionais na agenda do desenvolvimento.").

96 Golub, nota 23 supra, p. 109-111.

97 Mednicoff, nota 22 supra, p. 251, 262-266.

98 Para uma articulação eloquente e persuasiva da importância mais geral do conhecimento local na formulação de políticas, ver James C. Scott, *Seeing Like A State:* How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed (2002).

99 Santos, nota 8 supra, p. 290, 291.

100 Idem, p. 297, 298.

101 Idem, p. 296, 297.

102 Golub, nota 23 supra, 127-131 (discute o papel dos incentivos criados por estruturas burocráticas, interesses próprios e vieses dos profissionais do direito); Laure-Helène Piron, Time to Learn, Time to Act in Africa. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 275, 294-297 (identifica problemas colocados por incentivos gerados internamente para aprovar projetos ruins, falta de experiência pertinente da parte dos especialistas do setor da justiça designados para projetos de desenvolvimento e conflitos entre doadores).

103 Kleinfeld, nota 41 supra, p. 56-58. Ver também Channell, nota 22 supra, p. 156 (discute vários motivos para que os doadores possam patrocinar reformas jurídicas).

104 Channell, nota 22 supra, p. 149-156.

105 Piron, nota 102 supra, p. 298. Para uma discussão geral das deficiências das instituições que fornecem ajuda ao desenvolvimento, ver William Easterly, *White Man's Burden:* Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good (2006).

106 Simeon Djankov et al., Courts, *Q.J. Econ*. 118:453 (2003) (mostra a relação entre origem legal e aplicação de contratos); Rafael La Porta et al., Legal Determinants of External Finance, *J. Fin*. 52:1131 (1997) (origem legal e proteção de investidores); Rafael La Porta et al., Law and Finance, *J. Pol. Econ*. 106:1113 (1998) (o mesmo); Simeon Djankov et al., The Regulation of Entry, *Q. J. Econ*. 117:1 (2002) (origem legal e regulamentação de entrada); Juan Botero et al., The Regulation of Labor, *Q. J. Econ*. (2004) (origem legal e regulamentação de mão-de-obra); Paul G. Mahoney, The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right, *J. of Legal Stud*. 30:503 (2001) (origem legal e crescimento econômico). Cf Daron Acemoglu et al., The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation, *Am. Econ. Rev*. 91:1369 (2001) (conclui que a correlação entre herança jurídica e medidas de qualidade institucional desaparece quando se leva em conta o impacto das variações nas políticas das potências colonizadoras); Daniel Berkowitz et al., Economic Development, Legality, and the Transplant Effect, *Eur. Econ. Rev*. 47:165 (2003) (conclui que a correlação entre herança jurídica e medidas de qualidade institucional desaparece quando se leva em conta o grau do transplante com adaptação no século XIX).

107 Em linha semelhante, Olson afirma que "a autocracia é evitada e a democracia é permitida pelos acidentes históricos que deixam um equilíbrio de poder", ou um impasse – uma dispersão de força e recursos que torna impossível para qualquer líder ou grupo dominar todos os outros. Nessas circunstâncias, os líderes dos grupos competidores têm um incentivo para criar arranjos institucionais que impedem que algum grupo monopolize o poder. (Olson aponta também outras duas condições necessárias para que surja uma democracia. Para evitar o surgimento de "miniautocracias", os grupos em competição devem estar dispersos por toda a região. Também não deve haver qualquer possibilidade iminente de conquista por regimes vizinhos.) Essa concepção parece dizer que uma mudança política séria depende de acidentes da história. Olson, nota 49 supra, p. 33, 573.

108 Ver Brian Arthur, Self-Reinforcing Mechanisms in Economics. In: *The Economy as an Evolving Complex System* (Phillip Anderson et al., eds., 1988); W. Brian Arthur, Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-in by Historical Events, *Econ. J*. 99:116 (1989); Paul David, Clio and the Economics of QWERTY, *Am. Econ. Rev*. 75:332 (1985).

109 *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, nota 26 supra; *Understanding the Process of Economic Change*, nota 26 supra.

110 *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, nota 26 supra, p. 99.

111 Idem, p. 101.

112 World Bank, nota 26 supra.

113 Thomas Carothers, The End of the Transition Paradigm, *J. Democracy* 13:5 (2002).

114 Daniel Kaufmann & Aart Kraay, Growth Without Governance, (World Bank Policy Research Working Paper No. 2928 July 2002).

115 Piron, nota 102 supra, p. 281, 282.

116 Idem.

117 Sen, nota 46 supra, p. 48.

118 Ver, Kleinfeld, nota 41 supra, p. 55, 56 (Alcançar os objetivos do império do direito exige mudança política e cultural, não apenas institucional."); Matthew Stephenson, A Trojan Horse in China. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*,

nota 1 supra, p. 191 (afirma que a elite política da China provavelmente frustrará ou cooptará as reformas jurídicas que ameacem seus interesses); Matthew Spence, The Complexity of Success in Russia. In *Promoting the Rule of Law Abroad* nota 1 supra, p. 217 (atribui o sucesso das reformas apoiadas pelos EUA na Rússia a condições políticas propícias); Mednicoff, nota 24 supra, p. 269 (observa que o sucesso de reformas no Oriente Médio dependerá da cooperação das elites políticas); Piron, nota 102 supra, p. 287-290 (a ajuda ao império do direito deve ser sensível ao contexto político); Lisa Bhansali & Christina Biebesheimer, Measuring the Impact of Criminal Justice Reform in Latin America. In: *Promoting the Rule of Law Abroad*, nota 1 supra, p. 301, 303, 304 (observa que as reformas na América Latina estiveram associadas aos esforços para consolidar a transição política do autoritarismo para a democracia).

119 Ver Kennedy, nota 95 supra, p. 95 (examina as mudanças no discurso dos especialistas sobre política de desenvolvimento desde 1945, e observa como o discurso contemporâneo do direito e desenvolvimento obscurece questões políticas que subjazem às escolhas de normas e regimes jurídicos); Kerry Rittich, The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social. In: em *The New Law and Economic Development,* nota 2 supra, p. 248, 252 (enfatiza que a tarefa de reabilitar as reformas institucionais que promovem a justiça social é uma tarefa política).

120 Dam, nota 6 supra, p. 69.

121 Ver, e.g., Mahmood Mamdani, *Citizen and Subject:* Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism (1996) (remonta os traços despóticos dos governos africanos pós-coloniais ao despotismo colonial); Matthew Lange, British Colonial Legacies and Political Development, *World Dev*. 32:905 (2004) (o mesmo).

122 Daron Acemoglu et al., nota 106 supra.

123 À medida que fossem fornecidas descrições dessas reformas, elas incluiriam restrições aos investimentos estrangeiros e políticas de substituição de importações; reforma de regimes de propriedade da terra opressivos; concessão aos trabalhadores de um papel significativo na direção das empresas; cooperativas de trabalhadores e lavradores; empresas estatais e criação de direitos econômicos e sociais, isto é, direitos constitucionalmente garantidos a educação, saúde, alimentação, moradia, emprego e renda. Ver em geral Samir Amin, *Maldevelopment:* Anatomy of a Global Failure (1990), Socialist Models of Development, *Special Issue of World Dev*. (1981); Adamantia Pollis, Human Rights, Third World Socialism and Cuba, *World Dev*. 9:1005 (1981).

124 Outra importante escola de pensamento, da qual Jared Diamond e Jeffrey Sachs talvez sejam os proponentes modernos mais conhecidos, examina os modos como a geografia influencia o econômico através de seu impacto sobre a produtividade agrícola e industrial, em vez da qualidade institucional. Assumindo uma perspectiva de longo prazo, Diamond sugere que a geografia determinou a produtividade agrícola e a relativa suscetibilidade às doenças ao influenciar a disponibilidade de espécies animais e vegetais adequadas à domesticação. Ver Jared Diamond, *Guns, Germs and Steel:* The Fate of Human Societies (1997). Ao tratar da história mais recente, Sachs e seus coautores afirmam que os países situados nos trópicos e que possuem uma alta densidade populacional em áreas que distam mais de cem quilômetros da costa sofrem uma grave desvantagem natural. Eles afirmam que as regiões tropicais suportam mais doenças e têm produtividade agrícola baixa. Por sua vez, a proximidade da população de um país da costa marítima é um fator determinante importante de sua capacidade de promover o crescimento econômico através da exportação de bens mão-de-obra intensiva. Ver John L. Gallup et al., Geography and Economic Growth, *Int. Reg. Sci. Rev*. 22:179 (1999). Não tratamos em detalhes dessas teorias da influência da geografia no desenvolvimento porque há provas transnacionais convincentes de que na era moderna, a geografia influenciou o desenvolvimento principalmente através de seu impacto sobre a qualidade institucional. Ver William Easterly & Ross Levine, Tropics, Germs and Crops: How Endowments Influence Economic Development, *J. Monetary Econ*. 50:3 (2003); Rodrik et al., nota 73 supra.

125 Kenneth L. Sokoloff & Stanley L. Engerman, History Lessons: Institutions, Factor Endowments, and Paths of Development in the New World, *J. Econ. Persp*. 14:217 (2000); Stanley L. Engerman & Kenneth L. Sokoloff, Factor Endowments, Inequality, and Paths of Development Among New World Economies, (NBER Working Paper No. 9259, Out. 2002).

126 Essa argumentação é prenunciada pela afirmação anterior de Baldwin de que as indústrias extrativas de capital intensivo em que a propriedade tende a ser muito concentrada e que dependem de uma grande classe de trabalhadores não especializados de baixa renda costumam gerar poucas "ligações" para frente ou para trás, no sentido de que geram pouca demanda para os *inputs* locais ou serviços de processamento, pouco gasto adicional em bens de consumo produzidos

no lugar e receitas tributárias limitadas. E o que é mais importante para nossos propósitos, Baldwin sugeriu que os grupos dominantes dessas sociedades tendem a erguer "barreiras sociais e econômicas" para limitar a mobilidade para cima do grupo de baixa renda. Ver R. E. Baldwin, Patterns of Settlement in Newly Settled Regions, *Manchester School of Soc. & Econ. Stud*. 24:161 (1956).

127 Richard M. Auty, Natural Resource Endowment, The State, and Development Policy, *J. Int. Dev*. 9:651 (1997); Richard M. Auty & Alan H. Gelb, Political Economy of Resource-Abundant States. In: *Resource Abundance and Economic Development*, p. 3-10 (Richard M. Auty, ed., 2001). Ver também Jeffrey D. Sachs & Andrew M. Warner, Natural Resource and Economic Development: the Curse of Natural Resources, *Eur. Econ. Rev*. 45:827 (2001); Collier, nota 44 supra; *Escaping the Resource Curse* (Macartan Humphreys et al., eds., 2007) (fornece provas de que países bem dotados de recursos naturais apresentam com frequência taxas relativamente baixas de crescimento econômico). Auty observa que um Estado predatório também pode surgir em uma sociedade camponesa etnicamente dividida.

128 William Easterly, Can Institutions Resolve Ethnic Conflict, *Econ. Dev. & Cult*. Change 49:687 (2001); Patrick Chabal & Jean-Pascal Daloz, *Africa Works:* Disorder as Political Instrument (1999).

129 O impacto adverso da diversidade étnica sobre a produção de bens públicos também pode se manifestar, por exemplo, na incapacidade de entrar em acordo sobre uma língua comum de ensino nas escolas, sobre as comunidades que devem receber investimentos em estradas, escolas, saúde e telecomunicações, ou sobre os setores para os quais deve ser canalizada a ajuda industrial. Alberto Alesina, et al., Public Goods and Ethnic Divisions, *Q. J. Econ*. 114:1243 (1999).

130 Guillermo O'Donnell, Polyarchies and the (Un) Rule of Law in Latin America. In: *The (UN) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, p. 303 (Juan Mendez, Guillermo O'Donnell & Paulo Sérgio Pinheiro, eds., 1998). Ele afirma também que a desigualdade econômica solapa o respeito pelo império do direito ao limitar a capacidade dos membros mais pobres da sociedade de exercer seus direitos. Ver também Seymour Martin Lipset, *Political Man:* the Social Bases of Politics, p. 51 (1963).

131 Alberto Alesina & Roberto Perotti, Income Distribution, Political Instability and Investment, *Eur. Econ. Rev*. 40:1203, 1204 (1996).

132 Amy Chua, Markets, Democracy and Ethnicity: Toward a New Paradigm for Law and Development, *Yale L. J*. 108:1 (1998); Amy L. Chua, The Paradox of Free Market Democracy: Rethinking Development Policy, *Harv. Int. L. J*. 41:287 (2000); Amy Chua, *World on Fire:* How Exporting Free Market Democracy Breeds Ethnic Hatred and Global Instability (2003).

133 A instabilidade política é um importante componente das medidas mais populares de qualidade institucional, com base na suposição de que ela tende a atuar como dissuasória do investimento. Ver Alesina & Perotti, nota 131 supra.

134 Ver Dam, nota 6 supra, p. 60-69 (examina a teoria e os indícios de relações entre cultura, direito e desenvolvimento econômico); Kleinfeld nota 9 supra, p. 55, 56 (a cultura pode influenciar a reforma jurídica); Channell, nota 22 supra, p. 146-148 (o mesmo); Stephen Golub, A House Without a Foundation. In: *Promoting the Rule of Law Abroad,* nota 1 supra, p. 116 (o mesmo); Kennedy, nota 95 supra, p. 155, 164 (a corrente dominante dos teóricos do desenvolvimento acredita agora que a cultura é importante); Rittich, nota 9 supra (as instituições financeiras internacionais estão interessadas agora na relação entre cultura, direito e crescimento econômico). Cf Upham, nota 76 supra, p. 97, 98 (mostra que reformas jurídicas deliberadas, em vez da cultura, explicam a variação de níveis do litígio japonês).

135 Dam, nota 6 supra, p. 60-69. Uma parte da literatura examinada por Dam é discutida adiante.

136 Ver em geral *Culture Matters:* How Values Shape Human Progress (Lawrence E. Harrison & Samuel P. Huntington, eds., 2000); Lawrence Harrison, *The Central Liberal Truth:* How Politics Can Change a Culture and Save It From Itself (2000).

137 Para uma interpretação detalhada recente das concepções de Max Weber, ver Chantal Thomas, Max Weber, Talcott Parsons and the Sociology of Legal Reform, *Minn. J. Int. L*. 15:383 (2006).

138 David Landes, Culture Makes All the Difference. In: *Culture Matters*, nota 136 supra.

139 Harrison, nota 136 supra, p. 36-47; para um espectro muito mais eclético de ideias sobre a relação entre cultura e desenvolvimento, ver os artigos coletados em *Culture and Public Action* (Vijayendra Rao & Michael Walton, eds., 2004).

140 Ver Rafael La Porta et al., The Quality of Government, *J. L. Econ. & Org.* 15:222 (1999); Daniel Treisman, The Causes of Corruption: A Cross-National Study, *J. Pub. Econ.* 76:399 (2000).

141 Robert Putnam, *Making Democracy Work:* Civic Traditions in Modern Italy, p. 15 (1993).

142 Idem, p. 88.

143 Idem, p. 167. Putnam afirma que é difícil manter as normas de reciprocidade em sociedades estruturadas verticalmente. Os membros dos escalões mais altos não temerão punições de seus subordinados, uma vez que é improvável que tal punição venha a acontecer. Em consequência, a exploração dos subordinados será mais frequente. Por sua vez, os próprios subordinados, que dependem do favor de seus superiores, "não sentem obrigação para com ninguém" e assim é mais provável que tenham comportamentos oportunistas entre eles. Putnam afirma que uma estrutura horizontal é mais conducente às normas de reciprocidade que caracterizam uma sociedade cívica. Desse modo, teoriza que quanto maior o número de redes horizontais ligando os membros da comunidade, maiores as perdas sofridas por um membro que abandona uma transação individual. Putnam nota 141 supra, p. 173-175. Ver também, Ronald J. Oakerson, Reciprocity: A Bottom-Up View of Political Development. In: *Rethinking Institutional Analysis and Development*, p. 141 (Vincent Ostrom, David Feeny & Hartmut Picht, eds., 1988).

144 Idem, p. 172.

145 Putnam, nota 141 supra, p. 182.

146 Ver Frances Fukuyama, Social Capital, Civil Society and Development, *Third World Q.* 22:7 (2001).

147 Ver, e.g., Gert H. Hofstede, *Culture's Consequences:* International Differences In Work-related Values (1980) (compara culturas em termos de evitação da incerteza, distância do poder (uma medida de preferência pelo exercício da autoridade autocrática em oposição a consultiva), individualismo e masculinidade); Shalom H. Schwartz, Cultural Value Differences: Some Implications for Work, *Applied Psychol. Int. Rev*. 48:23 (1999) (compara culturas em termos do respeito à autonomia em oposição a enraizamento, hierarquia em oposição a igualitarismo, e domínio em oposição a harmonia). Nessa literatura, os valores que constituem uma cultura foram definidos como "as ideias abstratas implicita ou explicitamente compartilhadas sobre o que é bom, correto e desejável numa sociedade". Amir Licht et al., Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance, (documento de trabalho inédito datado de 09.06.2002, disponível em: < http://www.ssrn.com >), citando Robin M. Williams, *American Society:* A Sociological Interpretation (3ª ed., 1970).

148 Licht et al., nota supra, <CITE _Ref67480378">.

149 Henry Sumner Maine, *Ancient Law:* Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, p. 75-78 (1861); Friedrich Karl Von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, p. 48 (Abraham Hayward, trad., 1831).

150 Alan Watson, *Society and Legal Change*, p. 8 (1977).

151 Ver, e.g., Alan Watson, Legal Change: Sources of Law and Legal Change, *U. Pa. L. Rev.* p. 1121, 1146, 1147 (1983).

152 Paul Mahoney, The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right, *J. Legal Stud*. 30:503 (2001).

153 Mas ver Daniel Treisman, The Causes of Corruption: A Cross-National Study, *J. Pub. Econ*. 76:399 (2000) (sugere que a cultura jurídica é determinada pela herança colonial e não apenas pelo fato de um país adotar o direito consuetudinário ou civil).

154 Cf Daniel Kaufmann, *Governance Redux:* The Empirical Challenge (2004) (contesta conclusões de que existe uma relação forte entre herança jurídica e desenvolvimento econômico).

155 Thomas Heller, An Immodest Postscript. In: *Beyond Common Knowledge* (Erik Jensen & Thomas Heller, eds., 2003), nota 18 supra.

156 Ver colaborações em Rao & Walton, nota 139 supra, esp. Amartya Sen, How Does Culture Matter?.

157 Gillian K. Hadfield, The Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law, *J. Comp. Econ*. 36:43 (2008).

158 Para um exame da literatura, ver Sally Engle Merry, Legal Pluralism, *Law & Soc. . Rev*. 22:869 (1988).

159 Ver Tom Ginsburg, Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia, *Law & Soc. Rev*. 34:829 (2000); Amanda Perry, Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment: In Search of the Evidence, *Int. Comp. L. Q.* 49:779 (2000); Amanda Perry, The Relationship Between Legal Systems and Economic Development: Integrating Economic and Social Approaches, *J. L. & Soc*. 29:282 (2002); Amanda Perry-Kessaris, Finding and Facing Facts About Legal Systems and Foreign Direct Investment in South Asia, *Legal Stud*. 23:649 (2003); Upham, nota 76 supra; Kanishka Jayasuriya, Introduction: A Framework for the Analysis of Legal Institutions in East Asia. In: *Law, Capitalism, and Power in Asia*, p. 7 (Kanishka Jayasuriya, ed., 1999).

160 Idem.

161 Ver Upham, nota 76 supra.

162 Minxin Pei, *China's Trapped Transition:* The Limits of Developmental Autocracy (2006); Michael Trebilcock & Jing Leng, The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development, *Va. L. Rev*. 92:1517, 1554-65 (2006) (e referências); Dam, nota supra <CITE _Ref188857172">.

163 Ver, e.g., Stewart Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *Am. Soc. Rev*. 28:55 (1963); Robert Ellickson, *Order without Law:* How Neighbors Settle Disputes (1991); Lisa Bernstein, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, *J. Legal Stud*. 21:115 (1992); Sally Merry chama essa linha de pensamento de "novo pluralismo legal," distinguindo-a do "pluralismo legal clássico" que se centrava no pluralismo jurídico em ex-colônias europeias. Ver Merry, nota 158 supra.

164 Douglass C. North, The New Institutional Economics and Third World Development. In: *The New Institutional Economics and Third World Development*, p. 17 (J. Harriss et al., eds., 1995).

165 Ver o ensaio-resenha de Richard McAdams & Eric Rasmusen, Norms in Law and Economics. In: *Handbook of Law and Economics* (Mitchell Polinsky & Steven Shavell, eds., 2007); Michael Trebilcock & Paul Erik Veel, Property Rights and Development: The Contingent Case for Formalization, U. Toronto, Legal Studies Research Paper n. 08-10.

166 Para citar apenas um exemplo, embora Weingast concorde que os supostos benefícios das restrições federalistas não signifiquem nada, a não ser que os atores políticos evitem violar essas restrições, ele alega que é possível que o federalismo seja "autoimpositivo." Ele sustenta que é improvável que até mesmo os atores políticos poderosos tentem violar uma restrição constitucional se houver a probabilidade de uma proporção significativa de a população se mobilizar e punir as violações. Isso é mais provável de ocorrer se houver um consenso entre os cidadãos de que a restrição é legítima, estando implícito que os cidadãos têm opiniões relativamente similares sobre os limites apropriados do governo e que a sociedade é suficientemente coesa para que seus membros estejam dispostos a punir violações que só afetam outros grupos também. Ver Weingast, nota 61 supra, p. 10. Esse aspecto do raciocínio de Weingast sugere que ele é cético em relação ao papel das normas jurídicas na sustentação do federalismo. Para sermos justos, porém, a análise de Weingast contém também um componente mais otimista quando ele afirma que, mesmo que não sejam impostas por instituições formais, as normas jurídicas ainda podem ajudar a criar o necessário consenso social: "Um conjunto de regras públicas apropriadamente escolhidas encarnado numa constituição pode servir de dispositivo de coordenação porque propicia a cada cidadão uma maneira similar de julgar e reagir à ação do Estado". Idem, p. 15. Com efeito, criando um conjunto de pontos focais de ampla concordância. Weingast imagina assim que uma interação entre normas legais e não legais produz o consenso social necessário para assegurar que o governo se comprometa em proteger os direitos de propriedade e de contratos. Idem, p. 25, 26.

167 O fato de a Grã-Bretanha manifestar todas essas três características por um tempo muito longo sem uma constituição escrita e com um compromisso legal formal com a supremacia parlamentar oferece uma ilustração convincente dessa afirmação.

168 Besley et al. enfatizam o papel que as leis de difamação desempenham na proteção das autoridades públicas das reportagens da mídia que poderiam ter efeitos prejudiciais sobre suas carreiras. Leis de difamação mais expansivas tendem a proporcionar um incentivo para que essas autoridades manipulem a mídia e para que os meios de comunicação cedam a elas devido à economia de custos associados à evitação de processos judiciais. Ver Besley et al., nota 66 supra, p. 7. Ver também Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Government:* Causes, Consequences, and Reform, p. 166 (1999).

169 Besley, nota 66 supra, p. 7.

170 Rose-Ackerman, nota 168 supra, p. 167.

171 Carothers, nota 1 supra, p. 17-19.

172 Idem, p. 7. O ensaio foi originalmente publicado como Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77:95 (1998).

173 Upham, nota 76 supra.

174 Santos, nota 8 supra, p. 282-28.

175 Rittich, nota 9 supra, p. 224.

176 Idem, p. 216, 247 ("... parece improvável que a boa governança e as questões jurídicas e institucionais possam ser separadas totalmente da realização de objetivos sociais").

177 Dam, nota 6 supra, p. 231.

178 Idem, p. 230.

179 Daniel Kaufmann et al., *Governance Matters*, (1999) (World Bank Policy Research Working Papers n. 2196) (disponível para download em: < http:fl www.worldbank.org/research >); Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy, World Bank, Discussion Draft, Mar. 11, 2002; ver também Daniel Kaufmann et al., *Governance Matters VII:* Governance Indicators for 1996-2007 (2008); Governance Redux: The Empirical Challenge. In: *The Global Competitiveness Report* (Xavier Sala-i-Martin, ed., 2004).

180 Daniel Kaufmann, *Governance Redux:* The Empirical Challenge, p. 14 (2004).

181 Rodrik et al., nota 73 supra.

182 Francis Fukuyama, Development and the Limits of Institutional Design, Global Development Network, São Petersburgo, Rússia, (20.01.2006).

183 Edward L. Glaeser et al., Do Institutions Cause Growth?, *J. Econ. Growth* 9:271 (2004).

184 Ver Dam, nota 6 supra.

185 William Easterly & Ross Levine, Tropics, Germs and Crops: How Endowments Influence Economic Development, *J. Monetary Econ.* 50:3 (2003); Rodrik et al., nota 73 supra. Acemoglu, Johnson e Robinson também mostram que nas ex-colônias europeias, as regiões mais prósperas em 1500 eram, em geral, as menos prósperas e tinham as instituições jurídicas menos eficientes em 1995. A inversão de prosperidade ocorreu no final do século XIX e início do XX, coincidindo com a industrialização. Se instituições jurídicas fossem determinantes cruciais da prosperidade e os fatores geográficos fossem os determinantes fundamentais da qualidade institucional, então a "Inversão da Fortuna" não teria ocorrido; as regiões que eram prósperas em 1500 deveriam ter ficado com instituições relativamente boas e permanecido prósperas. Alguém pode argumentar que a ocorrência da Inversão da Fortuna sugere que outros fatores além da geografia determinam a qualidade das instituições jurídicas. Porém, também é possível que as instituições que a geografia realmente molda não são fundamentais para a prosperidade porque as regiões que eram prósperas em 1500 tinham instituições jurídicas ruins.

186 Idem.

187 Esse não é de forma alguma um mapeamento abrangente da literatura empírica pertinente. Há indícios de que fatores políticos, além daqueles que mencionamos, desempenham um papel na explicação da estrutura das instituições jurídicas. Por exemplo, ao analisar dados de 1995 obtidos em 153 países, Stephenson encontrou indícios de que a independência judicial está associada à estabilidade democrática em longo prazo e com um sistema político competitivo. Ele sugere que isso é consistente com a ideia de que a independência judicial surge quando os principais partidos preveem períodos alternados no governo e na oposição e são suficientemente avessos ao risco e voltados para o futuro para aceitar restrições mútuas (judicialmente impostas) às suas ações, e uma doutrina judicial que é suficientemente moderada para evitar o aparecimento de parceria política. Porém, o modelo de Stephenson explica somente uma fração da variação em independência judicial nos países de sua amostra (em cada um de seus modelos, o pseudo-R2 está entre 0,26 e 0,27) e, como ele mesmo admite, não pode deixar de lado a possibilidade de que a independência judicial cause a estabilidade democrática e a competição política, em vez de ser causada por elas. Stephenson, nota 59 supra.

188 Para uma crítica metodológica detalhada das limitações desses estudos, ver Andrew Williams & Abu Siddique, *The Use (and Abuse) of Governance Indicators in Economics:* A Review, Economics of Governance (2007).

189 Ver também Francis Fukuyama, *State-Building:* Governance and World Order in the 21st Century (2004).

190 Rodrik et al., nota 73 supra, p. 157, 158.

191 Ver de modo mais geral, Rodrik, nota 53 supra.

192 Rohini Pande & Christopher Udry, Institutions and Development: A View from Below, Yale University, 18.11.2005.

193 Ver os estudos em *Beyond Common Knowledge*: Empirical Approaches to the Rule of Law (Erik Jensen & Thomas Heller, eds., 2003); ver também Trebilcock & Daniels, nota 2 supra.

194 Ver, e.g. Kevin Davis, What Can the Rule of Law Variable Tell Us About Rule of Law Reforms?, 26 *Mich. J. Int. L.* 26:141 (2004); Kevin Davis & Michael B. Kruse, Taking the Measure of Law: The Case of the Doing Business Project, *Law & Soc. Inquiry* 32:1095 (2007); Williams & Siddique, nota 188 supra.

195 Ver Sharun Mukand & Dani Rodrik, In Search of the Holy Grail: Policy Convergence, Experimentation, and Economic Performance, *Am. Econ. Rev.* 95:374 (2005).

Kevin E. Davis

Professor da New York University School of Law |

40 Washington Square South, 335
Nova Iorque, NY 10012
davisk@juris.law.nyu.edu

Michael J. Trebilcock

Professor da University of Toronto Faculty of Law |

84 Queen's Park
Toronto, Ontario, Canada, M5S 2C5
michael.trebilcock@toronto.ca

PUBLICAR É PERECER?

Leonardo Arquimimo de Carvalho

IS PUBLISHING THE SAME AS PERISHING?

RESENHA

WATERS, Lindsay. *Inimigos da esperança: publicar, parecer e o eclipse da erudição*. Trad. Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Ed. Unesp, 2006.

Na condição de editor da *Harvard University Press*, Waters afirma ter avisado aos estudiosos e editores de humanidades que o futuro reserva pouco espaço para publicações na área e que deve ser construída uma estratégia para enfrentar o panorama. Na sua experiência, a partir da realidade das grandes universidades estadunidenses, o autor indica que elas direcionam grande parte de sua energia para a realização de operações que geram dividendos, e que as editoras universitárias, apesar de serem um péssimo negócio, deveriam produzir lucro.

Para Waters, florestas inteiras estão sendo derrubadas para agradar os gestores que acreditam ter melhorado os padrões com novas publicações – em 2000 as editoras universitárias estadunidenses publicaram 31 milhões de livros [sic]. Para o autor, a liberdade acadêmica era maior quando as instituições preservavam suas origens religiosas do que atualmente, quando é mediada pelas políticas de gestão das agências de financiamento, comportamento comum depois da 2ª Guerra. "A vida acadêmica é um chamado, não um emprego", logo, distintas das relações que orientam a vida cotidiana.

Mas a universidade foi refeita à luz das corporações estadunidenses, tornou-se uma marca que produz celebridades, "Oprah parece muito mais genuinamente investigativa e intelectual [...] que algumas das estrelas acadêmicas citadas nas páginas da seção 'Arts & Ideas' do *NewYork Times* de sábado".

Os fracassos editoriais são os registros inertes do "fracasso do lupem-professorado" em se comunicar. Porém, os vilões são os gestores que buscam a glória das suas universidade e buscam financiamento a qualquer custo, já que as universidades são corporações cujas ações são negociadas na Bolsa de Valores. Para o autor, há uma ideia de que depois de 11 de setembro os administradores não têm mais paciência com professores de humanidades e os jornalistas frequentemente divulgam em tom jocoso – com o aval do anti-intelectualismo próprio da sociedade estadunidense – os "temas bizarros" investigados nas humanidades.

Para o autor, a ampliação gigantesca do número de publicações, mesmo que competentes, acaba deslegitimando as boas publicações. Porém, o problema está na ausência de preocupação com a recepção do trabalho e no acesso à condição de professor como dependente da quantidade de publicações que poucos leem: [...] "há alguma contribuição para a erudição, se ninguém a lê?". Ler os próprios artigos é uma ideia exótica!

De qualquer maneira, observa-se um conflito de gerações. Nos Estados Unidos, os docentes mais velhos tentam controlar os mais novos e estes começam a perceber que tal esse processo é injusto, "[...] quando membros do corpo docente mais velho impõem aos colegas mais jovens padrões para suas publicações que eles próprios não satisfizeram nem poderiam satisfazer". Waters afirma que a estabilidade deveria ser abolida e exigências uniformes de produtividade, garantidas. A *Détente*, de Mao, Nixon, De Gaulle e Brejnev, foi a representação ampliada, na década de 1960, da necessidade de subjugar os "filhos indisciplinados".

"A censura opera de formas misteriosas, como o processo de avaliação de submissões para publicação." A história da avaliação pelos pares teve início nos séculos XVI e XVII, quando as melhores editoras ajudavam os autores a polir seus manuscritos. A *academic peer review* nasceu como mecanismo de censura e logo passou para os "[...] meandros da produção de valor acadêmico". A pergunta importante é: a avaliação feita pelos pares retomou sua qualidade de censura, ela limita a criatividade? Fingir que todos estão interessados no livre desenvolvimento de ideias é inadequado. "Não vamos mais fingir que os acadêmicos são intelectuais." Para Waters, há uma "sinergia" entre o sistema administrativo, que não quer saber da inovação ou do conteúdo, e os inimigos da inovação. "A sociedade contemporânea louva o inovador, mas ama realmente o conformismo", e o indivíduo segue o juízo do grupo, mesmo errado. A ideia central é que "[...] temos a imensa sorte de estar dentro desse sistema, sabemos que recebemos boas cartas nesta rodada [...]", mas, resolvemos não jogar com elas. Se não há jogo,

não há perdedores, e é a autopreservação que define os "últimos homens".

Waters afirma que, no período atual, não é muito fácil diferenciar ousadia de timidez acadêmica. O abandono das pesquisas críticas e a renúncia à inovação é justamente o mais inovador. "Por isso, no momento atual, é difícil entender o que a erudição acadêmica realmente é." Esse autor utiliza o argumento de Rorty em favor do abandono das palavras que geram constrangimento entre os estudiosos de humanidades – "consciência", "experiência", "verdade" –, para demonstrar ousadia e, ao mesmo tempo, timidez hipócrita. Muitos acadêmicos eliminam o que outros consideram relevante aproximando-se do "mundo real". "Os professores não são mais uma espécie diferente – mendicantes e ascetas, gente com os olhos postos em outro mundo. São personagens astutos e maliciosos. E assim, vemos no reino acadêmico um espetáculo tão pouco edificante quanto o que testemunhamos na política [...]".

Waters fortalece sua demonstração usando a pesquisa de Stanley Fish – *How Milton Works* – sobre o *Areopagitica* de Milton. Segundo Waters, Fish publicou a pesquisa citada com a pretensão de tornar todos os trabalhos futuros sobre Milton desnecessários. Como consequência, os estudiosos de Milton nos Estados Unidos, "[...] acataram essa demonstração de extrema confiança; e, desse modo, a timidez gerou mais timidez, na esteira do gesto de uma autoridade". Para Fish, livros não fazem diferença. Em nossa época, os livros escritos são os definitivos, são os últimos sobre qualquer obra ou autor. "Não admira que o jovem que aspira a uma carreira acadêmica não se arrisque ou esteja abandonando o barco."

Para o autor, tanto Fish quanto Rorty representam a tendência dominante ao negativismo na academia. "A ideia que agora domina a academia é a de evitar ideias." "[...] O negócio é reduzir o papel do indivíduo a nada." Para muitos acadêmicos, a curiosidade mata gatos e, mais ainda, acadêmicos. "O bom profissionalismo é marcado por uma virtude delimitada e enclausurada. Se acharmos que o acadêmico deve ser um intelectual, simplesmente estaremos errados." Waters aposta na capacidade redentora dos livros.

A pergunta necessária é: qual a relação entre pensamento, erudição e publicação? Para Waters, é possível ser um pensador e nada publicar. Como eruditos "[...] podemos estudar atentamente durante anos um corpo de informações [...] e não apresentar nenhum resultado", assim admitindo "[...] que uma pesquisa séria levou alguém a concluir que não há nada a dizer".

"Em nossa fúria escolástica para empanturrar as bibliotecas até que explodam de publicações, algo se perdeu." Pergunta Waters, o que fazer agora, que as bibliotecas não compram livros e eles não são lidos ou avaliados? As publicações eletrônicas piorarão a situação e a valorização do livro, e os princípios por trás da cultura dele são necessários. "Durante anos fiquei intrigado com os estudiosos que não querem publicar, que praticamente sequer falam sobre o que sabem."

O que tem valor, possivelmente, será ignorado. Waters lembra que Picasso escondeu *Demoiselles d'Avignon* por seis anos temendo o opróbrio. É necessário mostrar as coisas no tempo certo, mas não há independência em relação às normas rígidas para as publicações. "É como se as escolas estivessem dizendo implicitamente que, para conseguir a estabilidade, temos que provar que não somos mentes independentes, que nos submetemos às regras e aos objetivos de alta produtividade." As melhores publicações, afirma Waters, são as produzidas sem pressa. "Há gente demais desesperada em publicar, e muita pouca gente esperando o momento propício [...]."

A pressão é gigantesca. Rogers Albritton costumava rasgar suas notas pessoais para palestras para evitar que as editassem como livro. Seus amigos conspiraram para conduzi-lo à presidência da *American Philosophical Association Pacific Division*, como consequência, os pronunciamentos anuais, obrigatórios, foram publicados nos anais da entidade. É lamentável, mas os que têm muito a dizer são os mais relutantes em dizê-lo, "[...] esqueçam os tagarelas". "Jonh Rawls foi um gago – e sei porque, durante anos, tentei sem êxito publicá-lo – que se manteve totalmente desinteressado em publicar seu trabalho."

Waters indica como relevante o conflito entre a oralidade e a escrita. Mas o problema é que os homens são tentados à escravidão – de outrem, de pensamentos passados, da reificação da escrita ou da publicação. Waters indica a necessidade de repensar o vício das publicações já que ele é um grande insulto à dignidade do pensamento. Para ele, é necessário dizer "não" aos gestores, recuperar a qualidade das revistas evitando os editores gananciosos. Ainda, temos que estar prontos para explicar nossos trabalhos e não achar insultante. "Precisamos reorientar as humanidades na universidade." "[...] Nas humanidades, temos de erradicar a atitude de complacência perante o sistema, venha ela da parte dos administradores, venha de nós próprios [...]".

Leonardo Arquimimo de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV)

Rua Rocha, 233, 9º andar
Bela Vista - 01330-000
São Paulo - SP - Brasil
leonardo.carvalho@fgv.br

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@fgv.br**, or mailed to **José Rodrigo Rodriguez** at: Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).

We ask authors to inform REVISTA DIREITO GV of any financial support, private or public, and of any financial interest regarding the article that could create conflicts of interest.

Articles must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.

Book reviews must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract.

Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email. **Essays** must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: **letter (8,5 x 11 in)**
Text editor: **Word for Windows 6.0 or higher**
Margins (left, right, top, bottom): **2 cm**
Font: **Times New Roman, size 12**
Paragraph: **left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing**

Text

- Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English
- Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in Portuguese, left aligned
- Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in English, left aligned

References must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.

Notes must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.

Diagrams, graphs and tables must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.

Complementary information in the same file, author must inform:

- **Page 1:** Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to **REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação
- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:
- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares
no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:
- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 5 n. 1 jan-jun 2009

A jurisprudência do STF em debate

ESCREVENDO UM ROMANCE, PRIMEIRO CAPÍTULO: PRECEDENTES E PROCESSO DECISÓRIO NO STF
ADRIANA DE MORAES VOJVODIC, ANA MARA FRANÇA MACHADO, EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO: 021

COMO LEVAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A SÉRIO: SOBRE A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 91
VERA KARAM DE CHUEIRI JOANNA MARIA DE ARAÚJO SAMPAIO : 045

O STF E A CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AUTORIDADES REGULADORAS DO SISTEMA FINANCEIRO: UM ESTUDO DE CASO DAS ADINS
CAMILA DURAN-FERREIRA: 067

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
LEONEL CESARINO PESSOA: 095

O PROBLEMA DA IGUALDADE REAL: COMENTÁRIO DE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG: 107

O SUPREMO TRIBUNAL E A COMPENSAÇÃO SNUC. A ADI 3.378-DF.
JOSÉ MARCOS DOMINGUES: 125

ARTIGOS

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: FUNDAMENTAÇÃO/APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE
VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO: 147

A PREVISIBILIDADE NAS CONDENAÇÕES POR DANOS MORAIS: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS DECISÕES DO STJ SOBRE RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIAS
JÚLIA CAIUBY DE AZEVEDO ANTUNES: 169

DOSSIÊ DIREITO E DESENVOLVIMENTO

BALANÇO E PERSPECTIVAS
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ: 185

AS LIÇÕES DOS ESTUDOS SOBRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO
BRIAN Z. TAMANAHA: 187

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OTIMISTAS VERSUS CÉTICOS
KEVIN E. DAVIS MICHAEL J. TREBILCOCK: 217

RESENHA

PUBLICAR É PERECER?
LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO: 269

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005