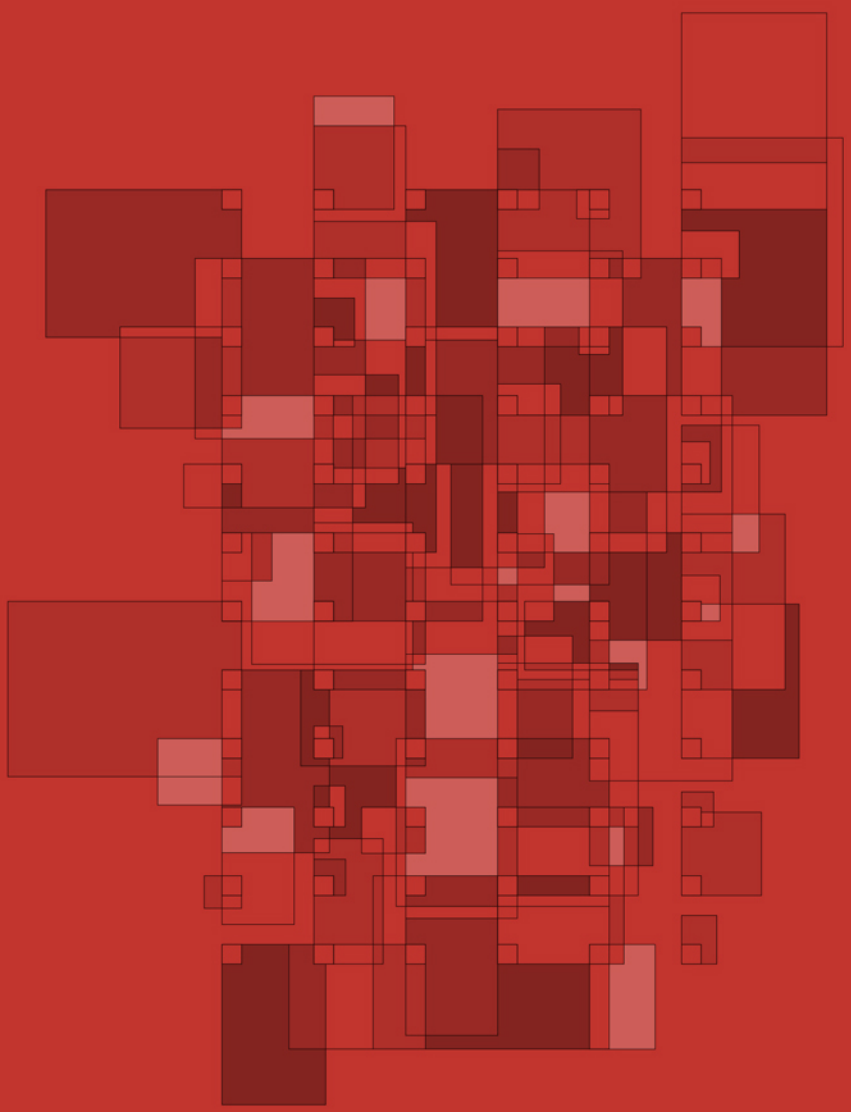


Revista DIREITO GV

v. 4 n. 2 JUL-DEZ 2008
ISSN 1808-2432

8

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

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 *(COLLÈGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

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

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

v. 4 n. 2 JUL-DEZ 2008

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

DEZEMBRO 2008
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: DEZEMBRO 2008
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

O futuro da Constituição de 1988: perspectivas para os próximos 20 anos

ARTICLES

CONSTITUTIONAL STABILITY AND CONSTITUTIONAL AGREEMENTS: THE CONSTITUENT PROCESS OF BRAZIL (1987–1988) AND SPAIN (1977–1978)

JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL: A STUDY ABOUT THE CONDITIONS THAT MAKE IT POSSIBLE

THE BRAZILIAN 1988 CONSTITUTION TWENTY YEARS ON: SUPREME COURT AND ACTIVISM IN A "BRAZILIAN MODE"

SUPREMOCRACY

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45 AND THE ACESS TO THE JUSTICE

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES BETWEEN DEONTOLOGY AND AXIOLOGY: THEORETICAL ASSUMPTIONS TOWARDS A DEMOCRATIC HERMENEUTIC THEORY

LEGITIMACY AND GOVERNABILITY IN FINANCIAL REGULATION

RESOURCE LIMITATION, COST OF RIGHTS AND THE 'UNDER RESERVE OF THE POSSIBILITIES' CLAUSE IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT CASE-LAW

ARTIGOS

ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL E ACORDOS CONSTITUCIONAIS: OS PROCESSOS CONSTITUINTES DE BRASIL (1987-1988) E ESPANHA (1977-1978)
ANTONIO GOMES MOREIRA MAUÉS
ÉLIDA LAURIS DOS SANTOS : **349**

UM ESTUDO SOBRE AS CONDIÇÕES FACILITADORAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL
LOIANE PRADO VERBICARO : **389**

A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA"
MARCOS PAULO VERÍSSIMO : **407**

SUPREMOCRACIA
OSCAR VILHENA VIEIRA : **441**

A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
LUDMILA RIBEIRO : **465**

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENTRE DEONTOLOGIA E AXIOLOGIA: PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORIA HERMENÊUTICA DEMOCRÁTICA
FÁBIO PORTELA LOPES DE ALMEIDA : **493**

LEGITIMIDADE E GOVERNABILIDADE NA REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO
ADEMIR ANTONIO PEREIRA JÚNIOR : **517**

ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF
DANIEL WEI LIANG WANG : **539**

RESENHA, ENSAIO, DISCURSO

THE PARADIGM OF ESSENTIALITY IN THE CONTRACT'S LAW : A RECENSION OF TERESA NEGREIRO'S WORK

O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NOS CONTRATOS: RECENSÃO DA OBRA DE TERESA NEGREIROS
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
RENATA CARLOS STEINER : **569**

ART AND INSTITUTIONAL ACTS

ARTE E ATOS INSTITUCIONAIS
PAULA VERMEERSCH : **583**

CONGRESSMAN ULYSSES GUIMARÃES SPEECH (PRESIDENT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION COMISSION), OCTOBER 05TH, 1988, DATE OF THE PROMULGATION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

DISCURSO DO DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES, PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, EM 05 DE OUTUBRO DE 1988, POR OCASIÃO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
ULYSSES GUIMARÃES : **595**

SOBRE OS AUTORES

Ademir Antonio Pereira Júnior

Bacharel em direito pela
Faculdade de Direito da USP

Alameda Jaú, 150, ap. 141
São Paulo – SP – Brasil

ademir.pereira@usp.br

Antonio Gomes Moreira Maués

Professor Associado da Universidade Federal do Pará

Pesquisador do CNPq

Av. Serzedelo Corrêa, 1035/202
Batista Campos – 66033-770
Belém – PA – Brasil

amaues@amazon.com.br

Daniel Wei Liang Wang

Mestrando em Direito Constitucional na USP

Pesquisador em Direito Econômico do Programa de Especialização e Educação Continuada em Direito - GVlaw - na DIREITO GV

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

daniel.wang@fgv.br

Élida Lauris dos Santos

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará

Doutoranda em Sociologia pela Universidade de Coimbra

Rua Almirante Gago Coutinho, nº 43
4º esquerdo – 3030-326
Coimbra – Portugal

elidalauris@gmail.com

Fábio Portela Lopes de Almeida

Mestre em Direito, Estado e Constituição

Especialista em Filosofia
(ambos pela Universidade de Brasília)

Membro do Grupo de Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem e do Grupo de Pesquisa Pensamento Social
(plataforma Lattes/CNPq)

SHCGN 703, Bloco H, Casa 30
Asa Norte – Brasília-DF

fabio.portela@gmail.com

Loiane Prado Verbicaro

Professora do Centro Universitário do Pará

Graduada (summa cum laude)

Mestra em Direito

Mestranda em Ciência Política
pela Universidade Federal do Pará

Doutoranda em Direitos Humanos
pela Universidade de Salamanca (Espanha)

Av. José Bonifácio, n. 1130, apt. 1201
Belém – PA – Brasil

loianeverbicaro@uol.com.br

Ludmila Ribeiro

Bacharel em Direito (UFMG)

Administradora pública e mestre em gestão de políticas sociais
pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro

Doutoranda em Sociologia (Iuperj)

Pesquisadora associada do Center for Latin America
Studies da Universidade da Flórida

Consultora do Viva Rio na área
de segurança pública municipal

Rua Gal. Ribeiro da Costa, 107, apt 501
Leme – 22010-050
Rio de Janeiro – RJ – Brasil

ludmila.ribeiro@gmail.com

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Mestre e Doutora pela UFPR

Professora Titular da PUCPR

Professora Adjunta da UFPR

Diretora do Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUC/PR

Ex-professora visitante em Direito Contratual
da DIREITO GV

Pesquisadora convidada da Université de Montreal
em Direito Contratual

Rua Conselheiro Laurindo, n. 561 – 7º andar
Centro – 80060-100
Curitiba – PR – Brasil

revista.empresarial@terra.com.br

Marcos Paulo Veríssimo

Professor da DIREITO GV

Doutor pela Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Rua Rocha, 233 – 8º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil

marcos.verissimo@fgv.br

Oscar Vilhena Vieira

Pós-doutor pelo Centre for Brazilian Studies da Universidade de Oxford

Professor e coordenador do programa de mestrado em direito e desenvolvimento da DIREITO GV

Rua Rocha, 233 – 9º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil

oscar.vilhena@fgv.br

Paula Vermeersch

Mestre em Sociologia, em História da Arte e da Cultura e doutora em Teoria e História Literária

Foi docente de História da Arte e Estética na PUC de Campinas e no Departamento de Artes Plásticas do Instituto de Artes (Unicamp)

Atualmente, dedica-se às pesquisas em seu pós-doutoramento, na mesma universidade

Rua Padre Vieira, 673 - apto 53
Bosque – 13015-301
Campinas – SP – Brasil

paulavermeersch@gmail.com

Renata Carlos Steiner

Mestranda em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

Rua Prof. Pedro Viriato Parigot de Souza, 1541
Mossunguê – 81200-100
Curitiba – PR – Brasil

renatasteiner@yahoo.com

CARTA DO EDITOR

O Futuro da Constituição Brasileira: 20 anos depois

A promulgação da Constituição brasileira abriu, em 15 de outubro de 1988, uma nova etapa na história institucional de nosso país. Vinte anos depois de sua promulgação, pode-se fazer tal afirmação com segurança, em um olhar retrospectivo que pode atestar a centralidade de nossa Carta para as disputas políticas do Brasil contemporâneo. Apesar de seus eventuais defeitos, das críticas e das emendas que sofreu ao longo de todos esses anos, a Constituição brasileira tem cumprido seu papel de mediar as relações entre os agentes sociais em seus embates políticos e estabelecer parâmetros para os agentes públicos em seus conflitos por competência.

A história do ocidente oferece exemplos de constituições que fracassaram nesta tarefa. Talvez o caso mais famoso e trágico de que se tenha notícia seja de fato o da Constituição de Weimar de 1917. Texto nascido em meio a uma profunda crise econômica e política na Alemanha do entre-guerras, como mostram os historiadores, não teve o apoio dos agentes políticos e a adesão dos operadores do direito. Por isso mesmo, foi sendo enterrado aos poucos pelo Poder Judiciário, que se recusava a aplicar boa parte de suas inovações institucionais, e pelos agentes políticos, que fundamentaram nele a possibilidade de restringir e eliminar direitos; processo que culminou no estabelecimento de um poder acima da Constituição a partir da célebre discussão sobre seu art. 48, fato que favoreceu o desfecho trágico deste processo de crise de hegemonia, tão conhecido por todos.

A despeito de críticas à esquerda e à direita em razão da falta ou do excesso de direitos e garantias, a Constituição de 1988 parece ter de fato inaugurado nova etapa da vida nacional, em que aceitar as regras do jogo é um pressuposto necessário do debate público e em que a possibilidade de questionar as ações de agentes públicos e sociais perante o Poder Judiciário não é mais sinônimo de "ingovernabilidade", "censura", "insegurança jurídica" ou qualquer outro instrumento simbólico construído para colocar, arbitrariamente, um ponto final no debate democrático. O país está se acostumando a discutir seus problemas por meio das instituições, e não apesar delas, e a pensar eventuais reformas a partir dos procedimentos democráticos, e não em nome de argumentos externos ao direito e à política.

A centralidade e a importância do texto constitucional são abordadas por todos os textos desta edição a partir dos seguintes temas: as razões de nossa estabilidade constitucional, a judicialização da política, o papel do STF no Brasil contemporâneo, a importância da Emenda 45 para o acesso à justiça e a teoria dos princípios, assunto central para a reflexão sobre hermenêutica constitucional.

* * *

O texto de **Antonio Gomes Moreira Maués** e **Élida Lauris dos Santos**, "Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978)", compara os processos constituintes de Brasil e Espanha para buscar as razões de nossa estabilidade constitucional. Essa perspectiva original para a análise da questão no Brasil dirige seu foco para o estudo das normas regimentais das Assembléias Constituintes,

as votações que aprovaram dispositivos constitucionais e os debates constitucionais. O texto demonstra que o uso de concessões mútuas e da não-decisão na Constituinte favorece o processo de construção do consenso em torno da Constituição, contribuindo para sua estabilidade.

Loiane Prado Verbicaro, em "Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil", discute o crescimento da atuação do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar de judicialização da política, expressa na ampliação da importância e da participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. O artigo analisa as condições necessárias e/ou facilitadoras deste processo no Brasil.

De outro ponto de vista, **Marcos Paulo Verissimo** aborda o mesmo tema em "A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial 'à brasileira'". Seu artigo examina as transformações por que vem passando o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, relacionando-as à sua reconfiguração institucional ocorrida por ocasião da Constituição de 1988. O texto mostra, de forma inédita, que algumas dessas mudanças institucionais têm sido levadas adiante pelo próprio STF em resposta a um duplo fenômeno de incremento do papel político do tribunal, por um lado, e de sobrecarga extraordinária de seu volume de trabalho, por outro.

O STF também é assunto de "Supremocracia" de **Oscar Vilhena Vieira**. O texto, provocativo, mostra como o STF está hoje situado no centro de nosso sistema político e alerta para os perigos desta posição para nosso sistema democrático. Tal perigo está no fato de o referido tribunal estar exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício de poder legislativo, que tradicionalmente cabe a poderes representativos. O texto se dedica a comprovar que o Supremo, de fato, tem exercido tais funções com a análise de alguns de seus julgados mais recentes. Em seguida, propõe mecanismos capazes de lidar com as tensões produzidas pela *supremocracia*, sem caracterizá-la como algo necessariamente bom ou ruim para nosso sistema político.

"A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça", de **Ludmila Ribeiro**, discute se a Emenda Constitucional 45 pode ou não alterar o cenário atual de acesso à justiça com a alteração de algumas normas relativas ao funcionamento do judiciário brasileiro. Após realizar um exame da Emenda e dos trabalhos brasileiros sobre o tema, o estudo afirma que várias das mudanças previstas pela EC 45 poderiam ser materializadas pelo simples cumprimento da legislação extraordinária já existente. Neste sentido, a grande alteração instituída pela Emenda foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão destinado a avaliar o trabalho das cortes estaduais de justiça.

"Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática", de **Fábio Portela Lopes de Almeida**, realiza uma análise cerrada da teoria dos princípios de Robert Alexy, criticando-a pelo fato de ela ser incapaz de lidar democraticamente com o fato do pluralismo, isto é, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos. Como alternativa a esse modelo, o texto sugere, a partir das obras de John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, que a adoção de uma perspectiva deontológica,

que assume a distinção entre princípios e valores, supera as dificuldades da teoria axiológica de Alexy.

Esta edição inclui ainda também dois estudos sobre a jurisprudência do Supremo. "Legitimidade e governabilidade na regulação do sistema financeiro", de **Ademir Antonio Pereira Júnior**, busca identificar o conflito entre governabilidade e a exigência de legitimidade legal das decisões analisadas pelo STF no que concerne à regulação financeira. O estudo de casos evidencia que o STF tem rejeitado argumentos econômicos; entretanto, tem preservado a lógica da governabilidade com decisões contraditórias e incoerentes, normalmente pautadas em argumentos formais.

"Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF", de **Daniel Wei Liang Wang**, analisa julgados sobre os temas da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da clausula de reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. O texto identifica o tipo de matéria em que estes temas são comumente debatidos e procura compreender o tratamento que o tribunal dispensa aos mesmos, identificando os critérios utilizados pelo STF. Além disso, o artigo verifica se a análise jurídica dos ministros leva em consideração as conseqüências econômicas e distributivas das decisões.

É importante dizer que o estudo da jurisprudência dos tribunais superiores é um campo de pesquisa incipiente em nosso país, mas com perspectivas promissoras. Pesquisas como as realizadas pelos textos de Ademir e Daniel contribuem muito para esclarecer a racionalidade da ação de nossos juízes e para esclarecer o papel dos tribunais na sociedade brasileira, especialmente quanto ao estabelecimento de políticas públicas. São trabalhos que fazem avançar a ciência do direito e ajudam a esclarecer a esfera pública, contribuindo para sofisticar o debate político.

Além desses textos, publicamos também uma resenha sobre direito dos contratos que aborda a importância da Constituição para o direito privado, tema central para o estudo do Direito brasileiro contemporâneo. **Marcia Carla Pereira Ribeiro** e **Renata Carlos Steiner** analisam a obra de Teresa Negreiros a fim de mostrar seu caráter inovador ao pensar um novo paradigma contratual capaz de, entre outras coisas, apresentar instrumentos para a concretização da incidência de princípios constitucionais nas relações privadas, tarefa especialmente oportuna no momento em que se computam vinte anos de uma Constituição.

* * *

Lidos em conjunto, os artigos selecionados para esta edição dão idéia da amplitude dos problemas de pesquisa que a reflexão sobre nossa Constituição suscita, além de fornecerem um belo panorama do estado atual das questões que são objeto de suas análises. É importante lembrar nesse ponto que a chamada de textos para esta edição tinha como objetivo central pensar o futuro do texto constitucional, e não celebrar seu aniversário como se ele fosse mais uma anódina data cívica. Não se trata, portanto, de celebrar festivamente a Constituição, mas de contribuir para que ela continue viva nas práticas de nossa sociedade. Nossa maneira de homenagear o texto constitucional é reflexiva e prática; visa ampliar sua compreensão para alimentar o debate público e a ação dos agentes sociais, reafirmando sua centralidade para o presente e para o futuro da sociedade brasileira.

Por esta razão, publicamos aqui um documento histórico de valor simbólico inestimável, o discurso do Deputado **Ulysses Guimarães** em 05 de outubro de

1988, data da promulgação de nossa Constituição Federal. Abstraindo-se o contexto político da época e desligado dos conflitos políticos e institucionais de então, o discurso é um dos momentos-chave do processo de desmontagem das instituições autoritárias em nosso país. Seu texto incita todos a concretizar o projeto da Assembléia Nacional Constituinte, uma Constituição declaradamente imperfeita, mas que nascia de intensa participação popular em todos os níveis sociais, uma Constituição com cheiro de gente.

"Muda Brasil"! Foram estas as palavras finais do Dr. Ulysses em um chamado dirigido para o futuro, e não para o passado de nossas instituições. Cabe a cada interessado avaliar o sucesso e a extensão das mudanças que julgar desejáveis. No entanto, a leitura dos textos desta edição da Revista DIREITO GV permitem que se arrisque afirmar que, de fato, o Brasil mudou. E mudou para melhor, a julgar pela natureza das questões que preocupam nossa agenda de pesquisa e pela natureza do debate político nacional.

Tal mudança fica clara com a leitura do artigo de **Paula Veermersch**. "Arte e Atos Institucionais" mostra o impacto pictórico dos Atos Institucionais sobre a obra de alguns artistas plásticos brasileiros da época. O texto sugere que o crescimento da tensão política durante a década de 1960 com a sucessão de atos institucionais, que culminou com a edição do AI-5, teve impacto sobre os artistas, cuja produção pictórica, em certos casos, mudou de feição para figurar a sensação de horror e sem saída que se instalava em nosso país. Nesse momento de celebração da Constituição viva de 1988, quarenta anos após o AI-5, celebremos também a morte da ditadura militar brasileira, cuja lápide nunca será pesada o suficiente:

> "A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina."
>
> *Ulysses Guimarães*

O Editor

EDITOR'S LETTER

The Future of the Brazilian Constitution: 20 years later

The publication of the Brazilian Constitution opened, on 15 October 1988, a new chapter in the country's institutional history. This can safely be said twenty years after the fact, in a retrospective glance that attests to the centrality of our Carta to Brazil's contemporary political disputes. Not withstanding the flaws, criticisms and the changes it has undergone throughout the years, the Brazilian Constitution has carried out its role of mediating relations between social agents in their contemporary political wrangles and establishing parameters for public agents in their vying for position.

Western history offers a series of examples of constitutions that failed in this task. Perhaps the most famous and tragic example of this failure was the Weimar Constitution of 1917. The text, born in the middle of a profound economic and political crisis in Germany, in the gap between the two World Wars, as depicted by historians, did not enjoy the support of either the political powers or adhesion of the legal community. For this reason it was gradually buried by the Judicial Power, which refused to apply a sizable portion of its institutional innovations,

and by its political agents, which used it to justify the restriction and elimination of people's rights; a process which culminated in the establishment of a power over and above the Constitution born of the infamous discussion about article 48, which gave rise to the tragic events we all know so well.

In spite of the left or the right's criticisms about the absence or the excess of people's rights and guarantees, the Constitution of 1988 seems to have actually inaugurated a new stage of national life, in which accepting the rules of the game is a necessary requirement for anyone wishing to embark on a public debate, and in which the possibility of calling into question the acts of public and social agents before the Judiciary Power is no longer synonymous with "ungovernability", "censorship", "judicial precariousness" or any other symbolic instrument built to put, arbitrarily, a full stop to democratic debate. The country has become used to not only discussing its problems through its institutions – rather than in spite of them - but also of elaborating reforms grounded in democratic procedures, as opposed to formulating ideas outside legal and political frameworks.

*Both the constitutional text's centrality and importance are discussed in this edition within the following themes: the reasons behind our constitutional stability, the judicial transformation of politics, the role of the Federal Supreme Court (*STF*) in Brazilian contemporary life, the importance of the 45th Amendment to people's access to justice and the theory of principles, an issue central to any thinking generated about constitutional hermeneutics.*

* * *

Antonio Gomes Moreira Maués *and* ***Élida Lauris dos Santos's*** *text, "Constitutional stability and constitutional agreements: the constituent process of Brazil (1987-1988) and Spain (1977-1978)", compares constituent processes in Brazil and Spain to seek reasons behind our continued constitutional stability. This original perspective on the analysis of this question in Brazil focuses on the study of Constituent Assembly norms, the sessions that approve constitutional changes and constitutional debates. The text shows that the use of mutual concessions and the non-decision making processes of the Constituent actually favors the process by which consensus is built around the constitution, contributing to its stability.*

Loiane Prado Verbicaro *in "A study on conditions that facilitate the application on judicial norms to Brazilian politics" discusses the growth of the Judiciary Power's role in purely political questions, commonly termed the 'judicialization' (sic) of politics, inherent in the ever increasing and ever-important role of the Judiciary Power in social, political and economical life. The article analyses the necessary and/or dynamic conditions in this process in Brazil.*

Another point of view is presented by ***Marcos Paulo Verissimo*** *who approaches the same issue in "The Brazilian 1988 Constitution Twenty Years On: Supreme Court and Activism in a 'Brazilian mode'". His article examines the transformations the Federal Supreme Court has undergone in the last few years, comparing these to the institutional reconfiguration associated with the 1988 Constitution. The text illustrates how some of these institutional changes have been made possible by the Federal Supreme Court in response to a double phenomenon of, on the one hand, the court's political role, and on the other, the extraordinary volume of its workload.*

The Federal Supreme Court is also the focus of ***Oscar Vilhena Vieira's*** *article "Supremocracy". The provocative text shows how the FSC is located at the heart of our political system and warns of the dangers to democracy inherent in this stance. Such a danger lies in the fact that the aforementioned court is fulfilling, albeit in a subsidiary manner, the role of rule-maker, accumulating the authority of Constitutional interpreter while retaining exercise of legislative*

power, which traditionally belonged to the representative powers. The text attempts to prove that the Supreme Court has carried out such functions within an analysis of some of its recently tried cases. It also suggests mechanisms capable of dealing with the tensions generated by supremocracy, *without characterizing them as something good or bad for our political system.*

"The Constitutional Amendment 45 and the acess to the justice", by ***Ludmila Ribeiro****, discusses whether or not Constitutional Amendment 45 can transform the current status of access to justice through the transformation of some norms relative to how the judiciary works. After examining the Amendment and Brazilian thinking on the subject, the study ascertains that many of the changes established by EC 45 could take effect through the simple compliance with existing specific legislation. To this extent, the amendment's greatest alteration was the creation of the National Justice Council, aimed at reducing state court workload.*

"Constitutional principles between deontology and axiology: assumptions for a democratic hermeneutical theory", by ***Fábio Portela Lopes de Almeida****, presents an edgy analysis of Robert Alexy's theory of principles, criticizing it for being unable to deal democratically with pluralism, and with the present circumstance whereby contemporary societies are not structured in terms of the ethical values shared by all citizens. As an alternative to this model, the text implies - while drawing on John Rawls, Ronald Dworkin and Jürgen Habermas - that the adoption of an ethical code, which differentiates between principles and values, overcomes the difficulties inherent in Alexy's axiological theory.*

This edition also includes two studies on Supreme Court jurisprudence. "Legitimacy and governability in financial regulation" by ***Ademir Antonio Pereira Júnior****, seeks to identify the conflict between governability and the demands of legal legitimacy of Supreme Court rulings on financial regulations. Case studies show that the FSC has rejected economic arguments; however, it has preserved the logic of governability with contradictory and incoherent decisions, normally grounded in formal arguments.*

"Resource limitation, cost of rights and the 'under reserve of the possibilities' clause in the Brazilian Federal Supreme Court case-law", by ***Daniel Wei Liang Wang****, analyses trials for resource scarcity, legal costs and the clause the makes provisions for reserve of the possibilities in the Brazilian Federal Supreme Court's jurisprudence. The text identifies the type of case in which these themes are commonly debated and seeks to understand the treatment given out by the court on these occasions, identifying the criteria used by the FSC. Furthermore, the article verifies whether or not legal analysis of the ministries takes into consideration the economic and distributive consequences of the decisions.*

It is worth emphasizing that the comprehensive study of jurisprudence within the supreme courts is a burgeoning field of study in our country, with promising perspectives. Research such as that presented in Ademir and Daniel's text contributes greatly to clarifying the role of the courts in Brazilian society, especially in terms of establishing public policy. These papers further the science of law and help make the public sphere clear for all, while contributing to advance the political debate.

As well as these fine texts, we are also publishing a review about legal contracts which evaluates the importance of the Constitution to private law, a central theme in the study of Brazilian contemporary Law. ***Marcia Carla Pereira Ribeiro*** *and* ***Renata Carlos Steiner*** *analyze the work of Teresa Negreiros in order to delineate her innovative approach to thinking and formulate a new contractual paradigm capable of, among other things, providing instruments for effectuating the incidence of constitutional principles in private relations, a*

task which is so pertinent in this particular moment, when the Constitution is celebrating its twentieth anniversary.

* * *

Read together, as a whole, the articles selected in this edition give an idea of the magnitude of the problems that need to be researched which any study of our constitution bring to the surface, as well as providing us with a panorama of the current state of the questions under analysis. It is worth remembering that the group of articles selected for this edition seek to rethink the future of the constitutional text, and not celebrate the anniversary as if it were yet another anodyne civic date. And this doesn't mean a festive celebration of the Constitution, but a contribution to make sure it continues alive in our society's social practices. Our way of honoring the constitution is reflective and practical; seeking to increase the way we understand it to augment public debate and the action of the social agents, reaffirming its central role in Brazilian society's present and in its future.

For this reason, the volume closes on a historical document of priceless symbolic value, namely Congressman ***Ulysses Guimarães'*** *address from October 5, 1988, when the Federal Constitution was proclaimed. Even when taken outside the context of the period in which it was delivered, and divorced of the political and institutional intrigues of the era, the speech is one of the key moments in the process which dismantled authoritarian institutions in our country. The text incites the nation to realize the project for a National Constituent Assembly, an allegedly imperfect Constitution that nevertheless was borne of intense popular participation on all social levels, making it a Constitution that smelt of the people it represented.*

"Change Brazil"! These were the final words uttered by Dr. Ulysses in a speech addressing the nation's future, and not directed at the country's institutional past. It's up to each person to evaluate the success and the extent to which change is desirable. However, the reading of these texts in this edition of the DIREITO GV magazine allows one to risk stating that, actually, Brazil has changed. And it has changed for the better, judging by the nature of the issues that fill our research agenda and by the nature of national political debate.

Such change becomes all the more evident when reading ***Paula Veermersch's*** *article. "Art and Institutional Acts" shows us the pictorial impact of Institutional Acts on the work of some of Brazil's artists at the time. The text suggests that the growth of political tension during the 1960s with the succession of institutional acts that culminated in the passing of AI-5 had considerable impact on artists, whose pictorial production in certain cases, changed in order to present compositions that featured the feeling of horror, of not having a way out, that afflicted much of the nation. During this celebration of 1988's Constitution, forty years after o AI-5, we also celebrate the death of the Brazilian military dictatorship, whose tombstone will never be heavy enough:*

> *"the persistence of the Constitution is the survival of democracy. When, after so many fights and sacrifices, we proclaimed the statute of man, freedom and democracy, we sang out for all to embrace it honorably: we despise a dictatorship. Hate and disgust. We cursed the tyranny where it sought to disgrace men and nations, especially Latin America."*
>
> Ulysses Guimarães

The Editor-in-Chef

ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL E ACORDOS CONSTITUCIONAIS: OS PROCESSOS CONSTITUINTES DE BRASIL (1987–1988) E ESPANHA (1977–1978)

Antonio Gomes Moreira Maués e Élida Lauris dos Santos

CONSTITUTIONAL STABILITY AND CONSTITUTIONAL AGREEMENTS: THE CONSTITUENT PROCESS OF BRAZIL (1987–1988) AND SPAIN (1977–1978)

RESUMO

O artigo analisa os acordos que formaram as maiorias nas Assembléias Constituintes de Brasil (1987–1988) e Espanha (1977–1978), buscando identificar sua contribuição para a estabilidade constitucional dos dois países. O estudo foi desenvolvido em três níveis: estudo das normas regimentais das Assembléias Constituintes; tabulação das votações que aprovaram dispositivos constitucionais; e análise dos debates constitucionais, na qual foram identificados três processos de formação de maiorias, concessões mútuas, não-decisão e maioria aritmética. O trabalho demonstra que o uso de concessões mútuas e da não-decisão na Constituinte favorece o processo de construção do consenso em torno da Constituição, contribuindo para sua estabilidade.

PALAVRAS-CHAVE

Poder Constituinte; Estabilidade Constitucional; Estudo Comparativo; Brasil; Espanha

ABSTRACT

The article analyses the agreements which formed the majorities in the Constituent Assemblies of Brazil (1987–1988) and Spain (1977–1978), trying to identify its contribution to constitutional stability in both countries. This analysis is developed through three steps: study of the rules that governed the constituent assemblies; organization of data about the votings which approved constitutional provisions; and analysis of the constitutional debates, in which three process of majority formation have been identified, mutual concessions; no-decision and arithmetical majority. The work shows that the use of mutual concessions and no-decision in the Constituent Assembly promotes the process of consensus building regarding the Constitution, contributing to its stability.

KEYWORDS

Constituent Power; Constitutional Stability; Comparative Study; Brazil; Spain

Introdução

Os duzentos anos de história do constitucionalismo moderno presenciaram vários fracassos na busca de regular o poder do Estado por meio de Constituições escritas. A face mais aparente dessas tentativas frustradas mostra-se quando Constituições são suspensas ou revogadas após uma ruptura da ordem política. No entanto, mesmo Constituições há muito tempo em vigor podem também não alcançar o objetivo de submeter o poder do Estado ao direito.

A vigência de uma Constituição escrita não significa que ela seja obedecida pelos poderes públicos, tal como ocorre em regimes autoritários que promulgam Constituições que não garantem a separação de poderes e os direitos fundamentais. Por outro lado, a eficácia de uma Constituição também pode ser afetada pela instabilidade de suas normas, que ocorre particularmente em três situações: na proposição de reformas constitucionais; na aprovação de reformas constitucionais; e na provocação do controle de constitucionalidade.

Mesmo que não sejam aprovadas, propostas de reforma expressam o dissenso de grupos políticos com a Constituição, o qual aumenta de importância quando esses grupos conseguem mobilizar a opinião pública em torno de sua crítica à regulação constitucional. A aprovação de reformas, por sua vez, pode garantir a estabilidade da Constituição no longo prazo, ao adaptá-la às mudanças sociais. No entanto, como lembra Konrad Hesse,[1] reformas constitucionais freqüentes tendem a debilitar a força normativa da Constituição, por valorizarem mais as necessidades políticas, supostas ou reais, do que a regulação constitucional vigente. Isso diminui a confiança na inviolabilidade da Constituição e dificulta o seu reconhecimento como o conjunto de normas fundamentais da sociedade.

No caso da provocação do controle de constitucionalidade, os problemas para a estabilidade da Constituição decorrem da possibilidade de que ela tenha sido violada pela maioria política, o que pode gerar, na sua forma extrema, costumes *contra constitutionem*.[2] Além disso, a utilização do controle de constitucionalidade, especialmente na forma concentrada, também pode significar uma tentativa de a minoria política impor à maioria limites não previstos pela Constituição, o que representa uma forma de violação do princípio democrático.

Apesar de suas diferenças, é possível que, em ambas as situações, subsistam incertezas sobre a regulação constitucional, mesmo após uma decisão do Tribunal Constitucional. Isso ocorre quando a dificuldade do caso leva a uma decisão por maioria, cujos fundamentos não são convergentes, o que deixa margem a dúvidas sobre a constitucionalidade de normas semelhantes. Por outro lado, mesmo que não existam divergências importantes no Tribunal Constitucional, a inconformidade da maioria política com a decisão pode levar à abertura de um processo de reforma constitucional.

Em todos esses casos, podemos notar que a instabilidade constitucional é provocada pelo fato da maioria ou da minoria políticas, em determinados momentos, recusarem a Constituição como marco de regulação de seus conflitos. No campo das reformas constitucionais, grupos que foram minoritários na Assembléia Constituinte mantêm vivo seu desacordo com a Constituição ou, ao se tornarem maioria, decidem adaptá-la aos seus objetivos políticos. No caso do controle de constitucionalidade, revela-se muitas vezes a tentativa da maioria de ultrapassar os limites constitucionais ou a tentativa da minoria de estender esses limites.

Quando tais ações são constantes, a Constituição se torna um objeto permanente de conflitos e não a expressão dos acordos que fundamentam a convivência social. Assim, ainda que as Constituições escritas não sejam imutáveis, nem seja provável que os atores políticos jamais tentem forçar os limites constitucionais, o nível de instabilidade pode crescer a ponto de retirar da Constituição sua capacidade de regular a política.

Portanto, é fundamental para a estabilidade constitucional a existência de um acordo que vincule os atores políticos à Constituição, juntamente com os grupos e classes sociais que eles representam. Em outras palavras, que haja um consenso em torno da Constituição que faça com que esses atores – estejam eles em situação de maioria ou em situação de minoria – pautem suas ações pela obediência às normas constitucionais, mesmo quando elas contrariam seus interesses momentâneos.

A importância do consenso para a estabilidade constitucional pode ser compreendida, em grande parte, pelos conflitos que caracterizam a sociedade pluralista moderna marcada pela variedade de classes e grupos sociais e pela convivência de diferentes crenças e valores.[3] Nesse contexto, a organização de um regime democrático tende a acentuar a disputa pelo poder público, pois a ampliação da participação e da competição políticas possibilita que um número maior de grupos exerça parcelas desse poder ou exija que seus interesses sejam levados em conta pelo Estado. Assim, ao mesmo tempo em que a democracia é necessária para instituir formas de resolução pacífica dos conflitos sociais, ela aumenta a possibilidade das decisões do governo contrariarem determinados interesses.

Quando essa insegurança atinge grupos que contam com recursos de poder na sociedade, é provável que os atores políticos que os representam somente reconheçam o direito dos oponentes de exercer o governo caso obtenham garantia de que seus interesses fundamentais serão resguardados da competição política. Portanto, a consolidação de uma democracia pluralista exige a constituição do governo por meio de eleições livres e imparciais e, ao mesmo tempo, que uma derrota eleitoral não implique a eliminação da vida política daqueles grupos que passam à oposição.[4] Prover essa segurança será um dos principais encargos de uma Constituição que promova a transição de um regime autoritário para um regime democrático.

Esse "pedágio" que os atores políticos cobram para participar do jogo democrático acarreta uma limitação do poder das maiorias futuras, já que as normas constitucionais tornarão difícil ou mesmo juridicamente impossível alterar a proteção de determinados interesses. Caso esses limites não contem com o consenso dos principais atores – seja porque os consideram insuficientes, seja porque os consideram exagerados – é possível que eles aproveitem a condição de maioria para promover sua alteração, abrindo um período de instabilidade constitucional, por meio de reformas ou de atos inconstitucionais, ou mesmo propugnando por uma nova Constituição.

Vale ressaltar que esse período de instabilidade prejudica não apenas a força normativa da Constituição, mas também impede uma maior institucionalização da democracia. Sem encontrar um ponto de equilíbrio consensual entre o que está e o que não está em disputa, a Constituição pode sofrer a acusação de ser débil, por não estabelecer os limites necessários ao poder da maioria, e também a acusação de ser inapropriada, por limitar excessivamente o poder da maioria. Assim, tanto Constituições procedimentais quanto Constituições dirigentes[5] podem dificultar a obtenção do consenso em seu entorno, abrindo espaço para o questionamento freqüente das normas que regem o processo democrático. Sem embargo, enquanto no primeiro caso a regra de maioria é preservada, no segundo há uma tendência ao surgimento de crises de governabilidade, já que Constituições regulatórias possibilitam que a minoria política utilize a rigidez constitucional para impedir a implementação das propostas da maioria ou para obter vantagens em troca de sua aprovação.[6]

A busca desse consenso em torno dos limites impostos pela Constituição inicia-se no processo constituinte.[7] Quando dele resulta um conjunto de decisões que preservam os interesses fundamentais dos principais atores políticos, será menor a probabilidade de que a Constituição seja alterada em decorrência de mudanças na maioria governante. Por essa razão, torna-se importante analisar os acordos que levaram à aprovação da Constituição, identificando como foram compostos os diferentes interesses presentes na Assembléia Constituinte.

Neste artigo, serão objeto de análise os processos constituintes de Brasil (1987–1988) e Espanha (1977–1978). A escolha desses dois casos justifica-se por uma série de razões. Em primeiro lugar, Brasil e Espanha promoveram a transição do regime autoritário a partir de um processo de negociação entre governo e oposição, que teve como um de seus principais traços a convocação de uma Assembléia Constituinte com base nas normas de reforma constitucional do regime autoritário. Esse caráter pactuado da transição implicava que o novo regime democrático deveria se basear em acordos entre os principais grupos políticos, cujo cenário seria a Constituinte.

Além disso, durante o longo período autoritário, os dois países passaram por um processo de modernização, que fez com que o processo constituinte não significasse apenas uma retomada do regime constitucional anterior, mas uma nova engenharia constitucional que abrigasse as classes e grupos sociais que haviam afluído no decorrer do período autoritário. Isso significou um processo constituinte cuja pauta era bastante ampla, tendo em vista a diversidade de interesses representados em seu interior.

A necessidade de firmar acordos decorria, ainda, do fato de não haver na Constituinte nenhum partido com maioria suficiente para elaborar a Constituição. Na Espanha, apesar da maioria relativa da União do Centro Democrático (UCD), que detinha 165 cadeiras (47,14%) do Congresso dos Deputados, era preciso contar com o apoio de outros grupos para alcançar a maioria, sendo particularmente importante

a participação do Partido Socialista Operário Espanhol (PSOE), que, juntamente com o Partido dos Socialistas da Catalunha (PSC), ocupava 118 cadeiras (33,71%) do Congresso dos Deputados.[8] No caso brasileiro, apesar do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) deter a maioria absoluta na Constituinte (52%), não havia homogeneidade para que sua bancada votasse de modo unificado as matérias. Assim, a Constituição teria que ser aprovada por parte do PMDB em conjunto com alguns dos demais partidos, resultando em acordos que oscilavam ora à direita, ora à esquerda.[9] Essa situação contribuía para reforçar as demandas dos grupos que podiam ameaçar a aprovação da Constituição caso não fossem atendidos.[10]

Por fim, o resultado de ambos os processos constituintes, em relação à estabilidade constitucional, é oposto. A Constituição Espanhola foi reformada uma única vez, em 1992, para possibilitar a extensão, a residentes estrangeiros, do direito de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais, atendendo ao Tratado de Maastricht. A Constituição Brasileira recebeu 62 emendas até dezembro de 2007, muitas delas de conteúdo extenso e que modificaram pontos importantes do texto constitucional. Esse contraste faz com que a comparação entre os dois casos ajude a identificar a importância do processo constituinte para a estabilidade constitucional.

A análise dos acordos nessas duas Assembléias Constituintes foi desenvolvida em três níveis, sempre com base no exame de seus respectivos anais.[11] No primeiro, realizamos o estudo das normas regimentais que presidiram seu funcionamento, buscando identificar os marcos em que os acordos poderiam ser estabelecidos e os procedimentos que favoreciam sua obtenção. No segundo, tabulamos as votações que aprovaram dispositivos constitucionais no Plenário do Congresso dos Deputados da Constituinte espanhola e no Plenário (primeiro turno) da Constituinte brasileira e calculamos seu desvio padrão,[12] o que nos permitiu identificar as matérias mais polêmicas, bem como distinguir as votações consensuais das votações não consensuais.

Os dois primeiros estudos serviram de base para a análise dos debates constitucionais, na qual buscamos verificar o modo pelo qual as maiorias foram formadas, examinando sua relação com a estabilidade constitucional. Nesse estudo, utilizamos três categorias, *concessões mútuas*, *não-decisão* e *maioria aritmética*, que correspondem a três processos distintos de formação de maiorias na Constituinte.

O primeiro [processo] implica uma decisão em que há concessões mútuas entre os grupos políticos, concessões essas que significam tanto regular uma matéria de modo a atender a interesses divergentes, quanto aceitar a posição de um grupo em determinado tema para que ele ceda em outro. Esse modo de formação da maioria pode, muitas vezes, recorrer a fórmulas de compromisso,[13] incorporando ao texto constitucional orientações normativas distintas sobre a matéria objeto de acordo.

No segundo processo, a maioria se forma para não decidir, adiando a resolução do conflito para a legislação infraconstitucional. Assim, sendo impossível um acordo,

opta-se por atribuir à maioria política a decisão sobre a matéria, fazendo com que as normas constitucionais apenas atribuam competência ao legislador ordinário.

Por fim, a maioria forma-se tão-somente pelo critério aritmético, sem ampliar o apoio da decisão a um conjunto maior de grupos políticos. Assim, enquanto os dois primeiros processos tendem a gerar uma votação consensual, o terceiro processo tende a gerar uma votação não consensual.

Antes de ingressar na exposição, deve-se ressaltar que, mesmo acordos que incorporam amplas parcelas da Constituinte não significam unanimidade. A formação de maiorias em processos constituintes marcados pelo pluralismo sempre levará à formação de minorias. Assim, como é pouco provável que todos os interesses presentes sejam igualmente atendidos, a estabilidade constitucional também dependerá do acerto da Constituinte em selecionar os interesses daqueles grupos cuja adesão à Constituição é necessária para não colocá-la em risco.

1 Análise dos regimentos

Os primeiros acordos da Constituinte são firmados em torno de seu regimento. Ao contrário das legislaturas ordinárias, que começam a trabalhar com base em regras pré-estabelecidas, as Constituintes têm como primeiro encargo a definição das normas de seu funcionamento, mesmo que algumas delas já estejam dispostas no momento de sua convocação.[14] Além disso, as normas regimentais podem favorecer ou não a obtenção de acordos na Constituinte, tendo em vista, particularmente, o modo como determinam a elaboração do projeto de Constituição, a apresentação de emendas, os debates e a participação dos parlamentares na sua feitura.

A Constituição Espanhola foi redigida a partir do anteprojeto elaborado por uma comissão (*Ponencia*), formada por sete representantes dos Grupos Parlamentares.[15] Esse anteprojeto foi apreciado em seguida pela Comissão Constitucional do Congresso dos Deputados e por seu Plenário, sendo posteriormente enviado para votação na Comissão Constitucional e no Plenário do Senado, cabendo a uma Comissão Mista das duas Casas a redação do texto final.[16]

Em todas as etapas, o regimento previa a possibilidade de modificação do projeto pelos integrantes do Parlamento por meio de emendas (na *Ponencia*, os participantes propunham votos particulares, em vez de emendas) que poderiam advir da iniciativa do Grupo Parlamentar ou, individualmente, de um Parlamentar, caso no qual a emenda deveria ser subscrita pelo porta-voz do Grupo para conhecimento da mesma. O processo espanhol dispunha também das emendas *in voce*, que representavam um entendimento entre os Grupos Parlamentares e eram propostas oralmente no momento dos debates (ver infra).

Na Constituinte brasileira, após uma demorada discussão de seu regimento (ver infra), houve a seguinte organização: 24 Subcomissões Temáticas, 8 Comissões

Temáticas,[17] 1 Comissão de Sistematização, Votação de primeiro turno em Plenário, Votação de segundo turno em Plenário, e 1 Comissão de Redação. A elaboração do projeto de Constituição iniciou-se nas Subcomissões, que encaminharam seus anteprojetos às respectivas Comissões, cujos substitutivos foram enviados à Comissão de Sistematização.

A Comissão de Sistematização, formada inicialmente por 49 membros titulares, além dos Presidentes e Relatores das demais Comissões e Subcomissões, foi encarregada da compatibilização das matérias oriundas das Comissões. O texto saído da Comissão de Sistematização compôs o primeiro projeto de Constituição, denominado "Projeto A",[18] ao qual seguiu-se o "Projeto B", resultante da votação em primeiro turno, o "Projeto C", saído da votação de segundo turno, e o "Projeto D", que encerrou a elaboração constitucional após o trabalho da Comissão de Redação.[19]

Inicialmente, segundo a Resolução n. 2, a modificação do Projeto de Constituição oriundo da Comissão de Sistematização seria realizada mediante a propositura de emendas, desde que não substituíssem integralmente o projeto ou se referissem a mais de um dispositivo, sendo que no último caso estavam ressalvadas as hipóteses de modificações correlatas. Segundo a mesma Resolução, a autoria das emendas caberia aos Constituintes (emendas individuais) e aos eleitores (emendas populares). As emendas populares deveriam ser subscritas por 30 mil ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, três entidades associativas legalmente constituídas.

Entretanto, o Regimento da Assembléia Constituinte brasileira sofreu alterações substanciais com a aprovação da Resolução n. 3, de forma que os debates passaram a se organizar em torno de emendas coletivas, emendas de fusão (estas serão explicadas no item posterior) e destaques. A alteração do Regimento marca a formação definitiva do Centrão, agrupamento de tendência liberal-conservadora integrado, sobretudo, por PFL, PDS e PTB, e que teve importante atuação durante a Constituinte brasileira.

As emendas coletivas eram propostas pela maioria absoluta dos membros da Assembléia, podendo substituir integralmente títulos, capítulos, seções e subseções do Projeto de Constituição e tendo preferência na ordem de votação. Assim, tornou-se possível que, no momento da votação em Plenário do texto proposto na Comissão de Sistematização, fosse aprovado um texto substitutivo apresentado através de uma emenda coletiva, que passava a servir de base para as votações.

Os destaques poderiam ser de três tipos: para supressão, para aprovação e para votação em separado. Aqueles que estivessem descontentes com algum dispositivo do texto substitutivo aprovado, poderiam requerer o destaque para sua supressão ou um destaque para aprovação do texto original da Sistematização.[20]

Além disso, mediante requerimento subscrito por 187 Constituintes, o Plenário apreciaria o destaque para votação em separado (DVS). Com essa modalidade de destaque, apartava-se determinado texto (dispositivo ou capítulo) do substitutivo para votação do Plenário, exigindo-se maioria absoluta – 280 votos – para sua aprovação.

Assim, o DVS serviu como importante arma das minorias, pois a aprovação da emenda coletiva não impedia que as partes mais polêmicas do texto fossem destacadas para votação em separado. Tendo em vista o caráter polêmico dessas matérias, o DVS impunha que fosse feito um acordo para alcançar os 280 votos.[21]

Esses elementos acentuam as diferenças entre os processos constituintes estudados, sendo visível que a Constituinte brasileira nasce com uma base ampla, possibilitada pela participação da sociedade nas audiências das subcomissões e comissões e na apresentação de emendas populares, mas se estreita durante o processo, a partir do momento em que as mudanças produzidas no Projeto de Constituição deslocaram as decisões para as negociações entre os grupos políticos. Por sua vez, o processo espanhol limitou a elaboração da Constituição, desde seu início, aos representantes partidários, mas, ao final, submeteu o projeto a referendo popular.

A efetividade das formas adotadas em cada processo deve ser observada de acordo com seus resultados práticos. Enquanto a Constituição espanhola, em um universo de 17.873.301 votos emitidos, contou com 15.706.078 votos "sim", das emendas populares brasileiras, somente uma chegou a ser aprovada em primeiro turno, tendo sido fundida com a propositura de outros partidos.

Em um processo constituinte como o brasileiro, em que a reforma do Regimento ampliou as possibilidades de alteração do projeto inicial, é compreensível que, nas votações em primeiro turno, 78,92% da matéria aprovada tenham sido oriundos de emendas, enquanto 14,04% representaram a manutenção do texto aprovado na Sistematização. Já no caso espanhol, 94,84% das votações no Plenário do Congresso dos Deputados mantiveram o texto aprovado na Comissão Constitucional, e apenas 5,16% das votações configuraram a aprovação de emendas ao projeto de Constituição.

Para concluir essa discussão, cabe identificar, nos regimentos das Constituintes, os mecanismos que favoreciam a obtenção de acordos. Nas matérias de maior divergência, a composição de interesses deu-se pelas emendas *in voce*, na Espanha, e pelas fusões, no Brasil.

As emendas *in voce* eram reguladas da seguinte forma:

> *Art. 119 - En caso de que se formulasen enmiendas "in voce", cuyo texto deberá ser depositado en la Mesa de la Comisión, que sólo las admitirá a trámite si trataran de alcanzar un acuerdo entre los distintos criterios expuestos, el debate se realizará igualmente, mediante un turno a favor y uno en contra, con una duración máxima de 15 minutos cada uno.*

Da leitura do dispositivo, surgem as seguintes conclusões: (a) as emendas originavam-se a partir de um acordo celebrado entre as lideranças; (b) eram apresentadas oralmente; e (c) continham uma proposta de acordo entre as emendas anteriores, daí a necessidade de um procedimento especial para sua tramitação. A análise das votações

demonstra que as fórmulas que abriram espaço para as composições tenderam a alcançar maior sucesso, de tal modo que das dez emendas ao Projeto de Constituição espanhola aprovadas no Congresso dos Deputados, sete eram emendas *in voce*.

Na Constituinte brasileira, a fusão de emendas adveio com a Resolução n. 3, desde que a proposta de fusão (a) não apresentasse inovações em relação às demais emendas que a compunham; e (b) fosse assinada pelos primeiros subscritores das propostas originais.

Pela dinâmica das votações, sempre houve um inter-relacionamento entre emendas coletivas[22] e fusões. Em um primeiro momento, as fusões eram utilizadas com o objetivo de aparar as arestas do substitutivo apresentado, ou seja, na votação das emendas coletivas construía-se um acordo em que os Constituintes se comprometiam a propor fusões para aperfeiçoar o texto do substitutivo. Contudo, esse acordo em torno do aperfeiçoamento do texto por meio das fusões não garantia a aceitação geral do substitutivo pela Assembléia, pois ainda podiam existir pontos considerados inconciliáveis, os quais eram levados para a decisão em Plenário, podendo resultar em uma nova negociação (mais fusões) ou na disputa voto a voto.

Apesar disso, as fusões foram um instrumento fartamente utilizado, inclusive trazendo inovações em seu texto. Em um segundo momento, precisamente após a derrota da emenda apresentada pela Centrão ao Capítulo II, do Título da Ordem Econômica, o substitutivo era aprovado quase como uma formalidade para fornecer à votação um texto base, sendo as fusões utilizadas como um segundo substitutivo, que alterava o primeiro.

Das 191 emendas aprovadas em primeiro turno, 140 (73,30%) eram oriundas de fusões, enquanto 48 (25,13%) eram emendas individuais. Não restam dúvidas de que as proposições que estimularam os membros da Assembléia ao acordo desfrutaram de um alto índice de aprovação. Na Constituinte brasileira, das 323 emendas rejeitadas, 70 (21,67%) eram fusões e 247 (76,47%), emendas individuais.

As conseqüências das diferenças regimentais também se revelam na análise quantitativa das votações. Considerando como votação consensual aquela que se inclui dentro do desvio padrão calculado a partir da base de votos "não" no Plenário do Congresso dos Deputados da Espanha (votações com até 19 votos contrários), e no primeiro turno da Constituinte brasileira (votações com até 85 votos contrários), no caso espanhol, somente 2% das votações foram não consensuais; no caso brasileiro, 15% das votações se enquadram nessa categoria.[23]

Tendo identificado a importância dos acordos na feitura das Constituições, devemos agora buscar esclarecer a natureza dos acordos estabelecidos, isto é, se incluíam a minoria nas decisões, se geraram votações consensuais ou se representaram, tão-somente, a imposição de uma maioria. Essas questões serão objeto das seções seguintes.

2 Os acordos na Constituinte espanhola[24]

Aos olhos do observador estrangeiro, a Constituinte espanhola possui um caráter singular pela importância que o discurso do consenso adquiriu durante o processo. Todos os principais partidos políticos apresentavam-se à opinião pública propugnando que a Constituição fosse aceita por todos e defendendo suas posições em nome do consenso.

Essa característica manifesta particularidades da história espanhola. Desde o século XIX, a Espanha foi marcada pela instabilidade constitucional, vendo suas várias Constituições serem substituídas por outra de signo oposto.[25] Além disso, a lembrança da guerra civil (1936–1939) mostrava a todos os grupos políticos a necessidade da convivência entre os adversários, a fim de superar a fratura do país.

Isso não significa que a transição para a democracia tenha ocorrido sem dificuldades. Após a morte do general Franco, em 1975, a perda de legitimidade do regime que ele comandava tornara-se patente, e impunha mudanças políticas. Contudo, a oposição – sem força suficiente para promover uma ruptura da ordem vigente – levou a uma transição negociada que teve como base jurídica o ordenamento do regime autoritário. Assim, utilizando os procedimentos previstos nas leis fundamentais do franquismo e, após referendo popular, foi promulgada a Ley de Reforma Política (Lei 1/77), convocando eleições diretas para o Congresso dos Deputados e o Senado.[26] O art. 3º dessa lei estabelecia um procedimento de "reforma constitucional", que poderia ser iniciado pelo Governo ou pelo Congresso dos Deputados, requerendo aprovação por maioria absoluta dos membros do Congresso e do Senado e sendo submetida igualmente a referendo. Paralelamente, o Governo tomava uma série de medidas que liberalizavam o regime, tal como o abrandamento da Lei de Ordem Pública, a ampliação do direito de associação política e de associação sindical, e a concessão de anistia. O momento mais marcante desse processo foi a legalização do Partido Comunista da Espanha.

Dessas eleições democráticas, saíram vitoriosos, em primeiro lugar, a União do Centro Democrático (UCD), de centro-direita, que, no entanto, não possuía maioria para fazer sozinha a Constituição. Em segundo lugar, o Partido Socialista Operário Espanhol (PSOE) e seus associados, de centro-esquerda, que firmara-se como a principal força de oposição.

Em que pesem as negociações entre governo e oposição incluírem a adoção de uma nova Constituição e a Lei de Reforma Política estabelecer um procedimento para sua elaboração, não era pacífica a necessidade dessa mudança, e nem mesmo os próprios representantes eleitos em 1977 estavam certos de haver recebido esse mandato do povo.[27] Inicialmente, o Governo tentou elaborar um anteprojeto a partir de uma comissão de especialistas, o que não foi aceito pela oposição, que defendia que a iniciativa partisse do Parlamento. O primeiro passo foi a criação da Comissão Constitucional, em agosto de 1977, e a escolha da *Ponencia* (ver supra). Assim, o reconhecimento dos poderes constituintes do Parlamento eleito em junho de 1977 decorreu

do próprio resultado eleitoral, no qual, apesar dos setores reformistas do regime terem obtido maioria relativa, o êxito do PSOE-PSC eliminava a possibilidade de a UCD controlar integralmente o processo de transição, sendo necessário negociar com a oposição para obter aprovação popular.

Como é amplamente sabido, o principal eixo de acordo na Constituinte espanhola deu-se entre UCD e PSOE-PSC.[28] A força dessa aliança pode ser demonstrada pelas votações no Plenário do Congresso dos Deputados, no qual somente em oito ocasiões os dois partidos não votaram conjuntamente.[29] Além dessa ampla maioria constituinte, a estabilidade constitucional espanhola também foi beneficiada do fato de o PSOE e seus aliados terem governado a Espanha de 1982 a 1996.

2.1 Concessões mútuas

Na maior parte dos casos, as votações da Constituinte espanhola seguem o padrão das concessões mútuas: os dois partidos majoritários logram um acordo sobre o texto constitucional, ao qual se somam, em quase todas as ocasiões, o Partido Comunista (5,71%) e a Minoria Catalã (3,71%). O principal grupo que ficou de fora desses acordos foi a Aliança Popular (AP), que detinha 4,57% do Congresso dos Deputados, oriunda dos setores mais conservadores do franquismo.[30]

Tais concessões iniciaram-se durante o processo de negociação da transição. O franquismo colocara como condição para a retomada da democracia a manutenção da monarquia, o que foi aceito pela oposição, desde que a Coroa não tivesse prerrogativas políticas. As razões desse acordo são explicitadas em uma declaração de voto do representante comunista, Solé Tura:

> Nós também éramos partidários, e assim o expressamos ao largo desses anos, de que a Constituição da forma de governo tinha que ser decidida por um referendo próprio e específico. Mas isso exigia umas condições que não se deram. Essas condições eram, para nós, aquelas sintetizadas pelo conceito de ruptura, e essa ruptura, que não se obteve fundamentalmente pelas carências da própria oposição democrática, nos coloca diante de uma situação em que a ruptura tem outras conotações e em que o referendo sobre a forma de governo, que nós queríamos anterior à Constituição democrática, coincide com esta. [...] Hoje o que divide os cidadãos deste país, fundamentalmente, não é a linha divisória entre monárquicos e republicanos, mas entre partidários da democracia e inimigos da democracia. [...] Se queremos que essa democracia funcione, necessitamos que se incorporem a ela forças políticas, institucionais fundamentais que hoje se estão incorporando de uma maneira lenta, mas progressiva – e quero saber que segura –, através precisamente da instituição monárquica. [...] enquanto a monarquia respeite a Constituição e a soberania popular nós respeitaremos a monarquia.[31]

Em dois outros temas, encontramos bons exemplos de como o acordo baseado em concessões mútuas permite chegar a uma votação consensual. Nos debates sobre a pena de morte, vários partidos posicionaram-se a favor de sua total abolição. Na Comissão Constitucional, duas posições se enfrentaram: para a AP e a UCD, essa matéria não deveria ser tratada na Constituição, mas sim na lei;[32] para os abolicionistas essa era uma decisão que não poderia deixar de ser tomada pela Constituinte.[33]

Nessa questão, nota-se como a busca de um acordo oscila entre a concessão e a não-decisão. Após a derrota da proposta de abolição, as declarações de voto dos vitoriosos tentam convencer os grupos contrários à pena de morte a adiarem a solução do conflito para não prejudicarem o consenso constitucional. Segundo Herrero de Miñon (UCD), "Há muitas coisas que todos consideramos importantes; há muitas coisas que todos consideramos desejáveis e, sem embargo, não acreditamos que a Constituição seja o lugar adequado para estabelecê-las, pelo caráter especialmente rígido e absoluto dos termos constitucionais, que não permitem as matizações adequadas".[34] Em contrapartida, a esquerda insistia na necessidade de tomar uma decisão sobre a matéria, tal como defendeu o futuro Presidente do Governo, Felipe González (PSOE):

> [...] damos muita importância às questões da economia, mas nos parece que são temas sobre os que cabe chegar a uma transação, a uma negociação, como ocorre quase sempre em temas dessa natureza. Sem embargo, não é equiparável o comparável, como se fez aqui, o problema do modelo econômico com o problema se há ou não abolição da pena de morte. [35]

Os debates se encerraram com uma grave advertência de Solé Tura (PCE-PSUC), de que se estava colocando em risco a política do consenso:

> Considero que perdemos uma grande ocasião para afirmar solenemente no texto constitucional algo que é também fundamental [...] A Constituição tem que servir para criar um sistema que funcione, mas também tem que servir para enunciar princípios nos quais queremos assentar este funcionamento democrático. Por isso, era fundamental que a abolição da pena de morte figurasse no texto constitucional. Há também outra questão que me preocupa. Debatemos entre ontem e hoje temas como o direito de asilo, como a maioridade e agora a pena de morte que são questões importantes, mas seguramente tampouco decisivas para a arquitetura do texto constitucional. Sem embargo, em todas elas nos estamos introduzindo lentamente em um terreno de conflitividade que vai-se resolvendo pelo jogo mecânico de maiorias e de minorias que não nos leva a lugar algum.[36]

Essa advertência dos defensores da abolição, no Plenário, acabou forçando a UCD a modificar sua posição, apresentando no Plenário do Congresso dos Deputados um emenda *in voce* nos seguintes termos: *"Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas por su propia condición al fuero castrense".*[37] Assim, obtinha-se a abolição pretendida, o que representava uma concessão da UCD, ao mesmo tempo em que os setores abolicionistas aceitavam que a legislação estabelecesse a pena de morte na jurisdição militar. O compromisso aparece claro em García Añoveros (UCD): "*Gostaríamos que pudéssemos obter, como utopia possível neste momento, um apoio para o texto que propomos*".[38] Os termos do acordo foram aceitos pelos demais partidos, à exceção da AP, que se absteve.

A votação do direito de propriedade também resultou de concessões mútuas. Na discussão no Plenário do Congresso dos Deputados, a AP tentou restaurar o texto original do informe da *Ponencia*, que trazia a exigência de indenização prévia em casos de desapropriação. O artigo havia sido alterado durante as negociações que precederam as votações na Comissão Constitucional, levando ao protesto da AP, que considerava que essa era uma questão fundamental, na qual não poderia haver concessões, como expõe seu representante De La Vallina Valverde:

> Compreendo e compartilho que devemos nos esforçar todos para fazer uma Constituição ampla, flexível, que permita acolher nelas quantos mais, melhor, que permita governar a distintas forças políticas; mas tratando-se de direitos fundamentais, como é o de propriedade, não podem caber ambigüidades.[39]

Ao contrário do exemplo da pena de morte, essa advertência não foi considerada pelos partidos majoritários, que acordaram o seguinte texto, correspondente ao art. 33.3 da CE: "*Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*". Assim, a esquerda aceitou o reconhecimento do direito à indenização, enquanto a direita abriu mão da indenização prévia.[40]

Sem embargo, nesse acordo aparecem interpretações distintas sobre o texto aprovado. Apesar de ambos saudarem o consenso, a declaração de voto do representante socialista, Fajardo Spínola, destaca que:

> Este conceito de propriedade privada, talvez em 1931 não teria sido possível; o foi, mas depois de um longo debate. Hoje, no entanto, foi muito fácil o parto do artigo 31, precisamente porque duas organizações políticas confluíram com seu bom senso em torno a um articulado que as conquistas jurídicas já haviam conseguido.[41]

Já o representante da UCD, Meilan Gil, afirma que o artigo não desmistificava a propriedade, como dissera o representante socialista, mas vinha apenas:

> […] constitucionalizar uma realidade vigente na legalidade ordinária e na doutrina e sobretudo na realidade social. […] A palavra "mediante" há que colocá-la em relação com a expressão "conforme o disposto nas leis". Em termos finais, isto é o que se faz no nível constitucional, deixando à flexibilidade da legislação ordinária que se determine o que aqui está descrito de uma maneira abstrata, a atual redação não impede em absoluto que esse "mediante" se traduza por "o prévio pagamento" – que será a regra geral – numa lei de expropriação forçada na qual se garanta realmente o respeito à propriedade privada, adequando-a às circunstâncias nas quais se joga o interesse público que justifica a expropriação.[42]

Essa divergência de interpretação manifesta-se mais claramente em outras ocasiões, em que podemos identificar o uso de fórmulas de compromisso para lograr o acordo.

No item referente ao planejamento público da economia, opunham-se duas propostas. Desde os debates da Comissão Constitucional, a AP defendia que o planejamento fosse declarado apenas indicativo para o setor privado e, do mesmo modo que na votação sobre desapropriação, apresentava a questão como inegociável. De acordo com Fraga:

> Se existe algo em que estão de acordo todos os teóricos das Constituições é que isso é um conjunto de decisões ou de normas fundamentais, e que entre elas figura justamente o modelo econômico-social. […] De modo que essa decisão é transcendental, é a mais importante de todas, e realmente se sobre ela não se toma decisão na Constituição (seja ideologizada ou desideologizada), é como dizer que a Constituição terá um único artigo e, segundo quem governe (como naqueles regimes em que a rua é de que manda), seguir-se-á um modelo econômico ou outro. Isso não é fazer uma Constituição.[43]

A fórmula vitoriosa, que aparece no art. 131.1 da CE, dispõe que: "*El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*."

O caráter de compromisso dessa fórmula aparece nas divergências sobre a interpretação desse texto apresentadas pelos grupos que o apoiaram. Assim, quando o representante da UCD, Alierta Izuel, rebate a emenda defendida pela AP, ele destaca que a Constituição já havia tomado uma série de decisões, tais como a liberdade de empresa, a liberdade de profissão e a negociação coletiva, que, conjuntamente, excluíam um modelo econômico de planificação centralizada:

> [...] a interpretação que deve dar-se a este artigo no contexto da Constituição, e que nosso Grupo de União de Centro Democrático interpreta, é que a planificação que se recolhe nele e que estamos debatendo não será em nenhum caso coativa e em todo caso poderia assimilar-se ao que vem se definindo ultimamente pelo setor privado como planificação indicativa.[44]

Essa ênfase não é compartilhada pelos socialistas, tal como se infere da declaração de Pons Irazazabal:

> Devemos deixar o texto aberto para que, ante uma eventual insuficiência da planificação indicativa, possam ser abordadas outras fórmulas mais eficazes para o cumprimento dos fins concretos que assinala o próprio art. 125. E eu diria que não se trata de constitucionalizar a planificação indicativa nem a planificação vinculante. Nisso discordamos da interpretação que o Sr. Fraga manteve aqui e que já manteve na Comissão Constitucional. Trata-se de fugir, junto com outros artigos do texto constitucional, da fixação rígida de um modelo econômico e social. Nós entendemos – e o temos repetido até a exaustão – que esta Constituição deve ser de uso alternativo e que não deve fixar rigidamente um modelo econômico e social. O art. 125 inscreve-se em uma série de previsões prudentes que permitirão que perdure o sistema de democracia política plasmado na Constituição, ao compasso das transformações que a evolução econômica e social demande, sem que isso obrigue pôr em questão a própria Constituição ou o sistema político. [...] Qualquer medida na qual se contivessem normas vinculantes para um setor, com o fim de encaminhá-lo à consecução de objetivos predeterminados, poder-se-ia denunciar como anticonstitucional, se tivessem sido admitidas as emendas apresentadas a este artigo. [...] A margem de incerteza que existe é ineliminável em uma sociedade politicamente plural.[45]

Em outro dos temas mais polêmicos da Constituinte espanhola, referente ao direito à educação, o consenso também foi obtido por meio de uma fórmula de compromisso. Na Comissão Constitucional, tal como acontecera nos casos anteriores, a AP critica a busca de acordo e insiste que a Constituição não deixe margens à legislação ordinária.[46] Um dos pontos de discórdia era a insistência da AP de que se incluísse a liberdade de gestão das instituições privadas, o que foi refutado por Alzaga (UCD):

> O termo "gestão", é verdade, não está recolhido literalmente [...] no último texto que elaboramos do art. 26 que vai ser objeto de votação, introduziu-se um apartado importante ao número 1 do mesmo onde se diz que se reconhece

> a liberdade de ensino. E a liberdade de ensino tem um conteúdo suficiente cunhado pela doutrina, como o tem também o direito de reunião, o direito de associação, a liberdade de imprensa e tantas outras, sem necessidade de explicitar em um texto constitucional os ingredientes que vem a compor essa liberdade. A doutrina entende por liberdade de ensino a liberdade de fundar centros docentes, de dirigi-los, de gestioná-los, de escolher professores, de fixar, quando couber, um ideário do centro; a liberdade de ministrar nos mesmos, no caso de que se considere pertinente pelos padres e os diretores do centro, a formação religiosa, etc.[47]

No Plenário, a declaração de voto do Grupo Socialista foi feita por Gómez Llorente:

> Entendemos que esse artigo era o artigo possível nesses momentos, de acordo com o atual estado da consciência coletiva das forças políticas e sociais de nosso país. Era o texto que podia encontrar o necessário consenso, isto é, que podia expressar o denominador comum do pensamento, ao menos da imensa maioria dos Grupos Parlamentares. E logo insistirei que este artigo não recolhe a filosofia socialista da educação, a filosofia específica e particular que nós gostaríamos de manter. Mas tal como ocorre com outros muitos artigos da Constituição, e dada a natureza da empresa histórica que estamos tentando realizar, isso é perfeitamente lógico para que a Constituição seja sobretudo duradoura.[48]

Mas o exemplo paradigmático de fórmula de compromisso refere-se ao tema mais polêmico da Constituinte espanhola: a organização territorial do poder. O Estado espanhol formara-se no início da Idade Moderna mantendo várias prerrogativas de suas unidades, o que explica a diversidade lingüística e cultural presentes em sua história. A partir do século XIX, o ideário burguês passou a pregar maior centralização do Estado, levando à abolição daquelas prerrogativas. Isso levou ao surgimento de correntes políticas nacionais, que reivindicavam o retorno de suas autonomias, particularmente em duas regiões de grande importância econômica: Catalunha e País Basco. Sob a Constituição de 193, essas regiões tiveram o reconhecimento de sua autonomia, a qual foi posteriormente suprimida pelo regime franquista, fazendo com que as correntes nacionalistas reaparecessem com força no processo constituinte.

O compromisso entre centralismo e autonomia verifica-se nos próprios termos do art. 2º da CE, que dispõe: "*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación Española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas*".

Para o Deputado da UCD, Arias-Salgado, na votação desse artigo:

> Encontramo-nos, sem dúvida, diante de um dos preceitos mais polêmicos do texto constitucional e de mais difícil elaboração consensual. [...] Entendemos que a redação última da Ponencia tem defeitos e é imperfeita. Mas, como fórmula de compromisso, parece-nos suficiente porque é susceptível de dar satisfação bastante às nacionalidades e regiões e porque marca claramente os limites infranqueáveis do princípio de seu direito à autonomia.[49]

A tentativa de conciliar a "unidade da nação espanhola" com as "nacionalidades" que a integram só podia dar margem a interpretações divergentes. Ainda para Arias Salgado:

> O termo "nacionalidades" do art. 2º implica, simplesmente, o reconhecimento da existência de formações sócio-históricas às quais se confere um direito à autonomia, cujo limite de princípio infranqueável reside precisamente na soberania da unidade política que as compreende e cujo limite de conteúdo se concretiza normativamente no articulado do próprio texto constitucional.[50]

Já para o representante da Minoria Catalã, Roca Junyent, a ênfase é outra:

> [...] Espanha é uma realidade plurinacional e essa realidade pode ser perfeitamente assumida em uma Constituição que, ao lado de definir essa nação espanhola, nação-Estado, define aquelas outras nacionalidades que são aquelas identidades históricas e culturais [...] As autonomias são forma de participação no poder político e não supõem, em absoluto, nada que degrade nem que desagregue o poder do Estado, porque são também parte do poder do Estado e, portanto, do que se trata é de distribuir esse poder público.[51]

De modo coerente com essa fórmula de compromisso, a repartição de competências entre o Estado e as Comunidades Autônomas (CCAA) deixou uma ampla margem à regulação infraconstitucional, incluindo a elaboração dos Estatutos de Autonomia, no qual estariam definidas as competências assumidas pelas CCAA (art. 147).[52]

2.2 Não-decisão

Em outras ocasiões da Constituinte espanhola, a dificuldade de chegar a um acordo substantivo sobre determinada questão levava os principais partidos a não tomarem uma decisão sobre ela, adiando a solução do conflito para a legislação infraconstitucional, à qual caberia integralmente a regulação da matéria.

O exemplo mais típico dessa opção é a votação sobre o divórcio. Não havendo acordo em torno de sua aprovação, o texto constitucional foi redigido da seguinte

maneira: "*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*" (art. 32.2). Apesar dos Deputados da AP considerarem que essa redação constitucionalizava o divórcio, e terem apresentado emendas ao texto para suprimir a referência à dissolução do matrimônio, o texto não vinculava o legislador a optar pelo divórcio como forma de dissolução, deixando "aberta a porta para que o legislador ordinário possa resolver sobre esta questão de acordo com o que possa entender como mais adequado à realidade social a que pretende dirigir-se", tal como expôs Roca Junyent (Minoria Catalã).[53] Para Solé Tura (PCE-PSUC), a desistência da proposta de constitucionalização do divórcio pelos comunistas, justificava-se para "tentar resolver da maneira mais equilibrada possível os temas de princípio, temas em que, evidentemente, é difícil pôr de acordo forças tão distintas como as que aqui estamos representadas".[54]

Outro exemplo de não-decisão encontra-se na composição do Conselho Geral do Poder Judiciário (CGPJ). Desde os trabalhos da *Ponencia*, não foi possível chegar a um acordo sobre o direito dos juízes elegerem diretamente membros da categoria para o CGPJ, proposta defendida pela esquerda. Assim, a Constituinte não se pronunciou sobre a matéria, recusando também uma emenda apresentada pela AP que proibia essa eleição pelos membros da Magistratura.

2.3 Maioria aritmética

Por fim, em poucas ocasiões a votação na Constituinte espanhola não incorporou os principais grupos políticos, baseando-se em uma maioria aritmética. Tal ocorreu na votação do art. 16.3, que fazia referência expressa à Igreja Católica e teve a oposição dos socialistas: "*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*".

Essa menção à Igreja Católica fora acrescentada no informe da *Ponencia*, contra a posição socialista, comunista e catalã. A proposta foi da UCD, que era menos enfática que aquelas apresentadas pela AP. Na Comissão Constitucional, Fraga (da AP) realçou que esse era um dos artigos mais importantes da Constituição, e que seria bom que fosse aprovado com o "*máximo consenso*",[55] apelando à esquerda que cedesse nesse ponto. Apesar de o Partido Comunista ter votado a favor, os socialistas não aderiram à proposta, justamente por considerarem que ela não era consensual, tal como expôs Peces-Barba:

> Somos contra essa menção não justificada porque, de alguma maneira, rompeu a tentativa que se fez de estabelecer um consenso. [...] fizemos neste tema, como em muitos temas já votados com anterioridade, um enorme esforço para chegar a fórmulas que assegurem uma vida tranqüila, pacífica e séria a esta Constituição.[56]

Outro exemplo de maioria aritmética deu-se na discussão sobre o direito à sindicalização dos juízes, reivindicação de socialistas e comunistas que não foi admitida pela UCD, e na votação sobre a composição do Senado, na qual o acordo entre a UCD e os Socialistas não incorporou os Comunistas e as minorias basca e catalã, que defendiam que a circunscrição eleitoral dos Senadores fosse constituída pelas Comunidades Autônomas, com representação proporcional, e não pelas Províncias, como acabou prevalecendo.

O pequeno número de decisões tomadas na Constituinte espanhola por maioria aritmética não teve grande repercussão sobre a estabilidade constitucional. Somente a questão da composição do Senado continua sendo alvo de debates constitucionais na Espanha, acompanhando o tema da organização territorial do poder.

3 Os acordos na Constituinte brasileira[57]

A convocação de uma Assembléia Constituinte era um dos pontos do Programa da "Aliança Democrática", acordo político que reunira setores da oposição e do regime para promover a transição do regime autoritário, após a derrota da proposta de emenda constitucional que convocava eleições diretas para a sucessão do General. João Batista Figueiredo. Vitorioso o candidato da AD, Tancredo Neves, no Colégio Eleitoral, o governo civil assume em março de 1985, sob o comando de seu vice, José Sarney, tendo em vista os problemas de saúde que acometeram Tancredo e acabaram levando-o à morte. Em novembro de 1985, após um longo processo de negociação, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 26, à Constituição de 1967, conferindo poderes ao Congresso Nacional que seria eleito em novembro de 1986, para aprovar a nova Constituição em reunião unicameral, por maioria absoluta.[58]

A Constituinte brasileira iniciou-se com uma extensa polêmica sobre seu Regimento, no qual explicitou-se inclusive a divergência sobre o caráter originário ou derivado do poder constituinte que seria exercido.[59] As divergências internas dos partidos também se manifestaram logo no início dos trabalhos. Antes mesmo da discussão do Regimento, alguns Deputados do PMDB questionaram que as normas provisórias tivessem sido definidas somente pelas lideranças, que vinham da legislatura anterior, ainda que de modo consensual. O Deputado Tidei de Lima (PMDB) pregou que não deveria haver voto de liderança na Constituinte e ironizou:

> Creio que são necessárias pelo menos 24 horas para sugerir alguma correção, ou incluir alguma medida, apesar de entendermos que os líderes são os luminares com grandes conhecimentos, são quase infalíveis. Mesmo assim podem, por um momento ou outro, ser falíveis. Gostaríamos, humildes mortais desta planície, de ter 24 horas para tomar conhecimento das normas provisórias, a fim de sugerir alguma coisa que possa até embasar o regimento definitivo.[60]

A discussão do Regimento também foi bastante polêmica, como comprovam as 949 emendas apresentadas ao projeto e o episódio ocorrido na sessão de 25.02, em que a bancada aliada ao Governo retirou-se do Plenário para inviabilizar sua votação.[61] As principais divergências incidiam sobre os poderes que a Assembléia Constituinte teria – especialmente se ela poderia promulgar "projetos de decisão" e se o Congresso Nacional teria funcionamento regular – bem como sobre a convocação de um referendo popular para aprovação da Constituição.

As dificuldades de aprovação do Regimento demonstraram que os líderes do PMDB não tinham controle sobre sua bancada, o que os obrigava a negociar com o PFL e o PDS. Del Bosco Amaral expressa essa posição da base do PMDB, dizendo que seus membros votam de acordo com suas consciências: "(...) estou à vontade para votar fora de minha bancada na Constituinte, quando sentir que existem interesses anti-nacionais, para não usar a expressão "subalternos".[62] Ao final da sessão, o líder do PFL, José Lourenço, assim se manifestou: "[...] aqui não existem vencidos, nem vencedores. [...] Mais do que nunca ficou provado hoje que só através do entendimento político conseguiremos resultados que vão ao encontro da vontade da Nação".[63]

Finalmente, na sessão de 10.04, o Regimento foi aprovado em votação simbólica, ressalvados os destaques. Os projetos de decisão foram restringidos em troca da aceitação das emendas populares, da redução de *quorum* para destaque e da limitação do funcionamento da Câmara e do Senado.

Assim como na Espanha, vemos que o processo constituinte brasileiro foi desenvolvido com base no acordo entre os grupos políticos. O número alto de votações não consensuais, contudo, indica maiores dificuldades para lograr esses acordos, tal como veremos a seguir.

3.1 Concessões mútuas

O melhor exemplo de concessões mútuas na Constituinte brasileira encontra-se nas votações do capítulo referente aos direitos individuais. De início, foi aprovada a emenda coletiva do Centrão ao Capítulo I do Título II do Projeto "A", que recebeu o apoio do PMDB, PDT, PL, PDC, PCB e PTB, em troca da concordância com a modificação de vários de seus dispositivos. Por outro lado, restou a irresignação do PT, PSB e PCdoB, sobretudo em relação ao atendimento de certas demandas consideradas como princípios prévios, sem os quais o acordo não era possível. Além disso, mesmo para aqueles que integraram o acordo, alguns pontos surgiram como inconciliáveis, sendo remetidos à decisão no momento da votação em Plenário.

Para os partidos que compuseram a maioria, o acordo que garantiu o entendimento em torno da aprovação da emenda do Centrão envolveu concessões mútuas, como exemplificou a fala de Gastone Righi (PTB):

> São poucos, muito poucos os pontos em que divergimos. E hoje viveremos um acordo, uma composição, que não se fez total ou global, mas que atinge um espectro tão largo da matéria que vamos votar que se poderia dizer que representa um consenso tranqüilo do pensamento desta casa. Iremos, por consenso, aprovar o substitutivo dito do "Centrão"'. Aceitaram os membros do "Centrão" com os de outras correntes que ou a nós se agregaram, ou caminham paralelamente a nós, como o grupo dos 32, o Centrinho, o PMDB, o PDT e tantos outros. E nos entendemos para fazer mais de trinta modificações no substitutivo, modificações que vão desde as redacionais, até as de fundo, as de conceito [...] Assim, as lideranças concordaram com trinta modificações e com o direito democrático de haver destaques e de irmos para Plenário para a discussão.[64]

Referindo-se somente ao capítulo dos direitos individuais e coletivos (Título II, Capítulo I), Roberto Freire (PCB) esclareceu a lógica da negociação:

> Basta atentar para um detalhe: são mais ou menos 60 parágrafos e algumas emendas aditivas. Todos os partidos aqui representados, sem exceção, inclusive os blocos, apresentaram destaques para 26 desses parágrafos. Quanto aos demais, todos nós admitíamos que era um texto democrático. Com a negociação, desses 26, 20 representaram avanços democráticos".[65]

Da mesma forma, a manifestação de Mário Covas (PMDB):

> Sr. Presidente, devo dizer aos companheiros que a liderança participou de um acordo com as demais lideranças, e em princípio fixou o seguinte: uma reforma regimental. E a Assembléia é testemunha de que esta liderança manifestou-se contra tal reforma. Todavia, pela vontade da maioria, ela ocorreu. Portanto, as regras de funcionamento desta Casa são decorrentes da mudança regimental. Nessas condições, ouvindo os companheiros, a liderança houve por bem concordar com a votação do substitutivo, apresentado pelo "Centrão". Em contrapartida, obtivemos do "Centrão" concordância no que diz respeito às 22 das 27 reivindicações feitas pelo PMDB.[66]

Contudo, os depoimentos já demonstravam que a negociação não agregara todos os partidos, nem obtivera consenso sobre todas as matérias. Ao se manifestarem, os líderes partidários enunciavam o elenco das questões que seriam decididas em plenário, porque delas não se abriria mão. O PMDB, por exemplo, destacou cinco reivindicações não atendidas pelo Centrão as quais iria disputar em Plenário:

> Esses pontos referem-se aos § 8º - (É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz...), 9º (tortura) e 38 (asilo político) – Da Propriedade – ao parágrafo que permite às entidades representarem em juízo ou fora dele os seus filiados e, finalmente, o mandado de segurança coletivo. São os itens que disputaremos nos votos em Plenário. Quanto aos demais, votaremos em conjunto, o mais breve possível.[67]

Além disso, outros partidos se colocaram à margem da negociação, criticando-a principalmente por haver promovido mudanças conservadoras ao texto da Comissão de Sistematização e por não ter garantido vários direitos aos trabalhadores.[68]

A necessidade de concessões mútuas para chegar a um acordo aparece com maior nitidez na discussão do § 39, art. 6 º, da emenda do Centrão ao Título II. Conforme havia anunciado o líder Mário Covas, o PMDB requereu destaque para a votação em separado – que exigia maioria absoluta para aprovação – do seguinte texto:

> § 39 - É assegurado o direito de propriedade. A lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Em caso de perigo público iminente, a autoridade competente poderá usar propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior se houver dano.

Em conjunto com PDT, PT, PCB e PCdoB, o PMDB derrubou o texto por 248 votos contra 236 votos. Contudo, as emendas apresentadas para substituir a proposta do Centrão também foram rejeitadas, gerando um "buraco negro". Aplicando o Regimento, o relator apresentou uma proposta conciliadora alcançada após sucessivas reuniões das lideranças:

> É garantido o direito de propriedade. A propriedade atenderá sua função social, a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. Em caso de perigo público iminente a autoridade competente poderá usar propriedade particular, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Nos termos do acordo, a esquerda aceitou a consagração do direito de propriedade e da indenização em dinheiro em troca da aceitação, pela direita, do princípio da função social da propriedade e das exceções à indenização para fins de reforma agrária e urbana.[69]

A emenda foi aprovada por ampla maioria (446 votos "sim", 40 votos "não", e 4 abstenções). Contudo, PT, PCdoB e PSB votaram contra, pois haviam eleito como

ponto inegociável excluir do texto constitucional a fixação do dinheiro como forma de pagamento das indenizações, além de considerarem que não havia garantia de que o Centrão como um todo honraria os compromissos de aprovar os demais dispositivos objeto do acordo.

3.2 Não-decisão e maioria aritmética

Ao contrário do processo espanhol, em que o recurso à não-decisão gera, na maioria das vezes, uma votação consensual, na Constituinte brasileira não é possível identificar essa relação em várias matérias importantes. Nesse caso, o adiamento da solução do conflito para a legislação infraconstitucional não é aceito por minorias relevantes, o que acaba gerando uma decisão por maioria aritmética.

Esse problema aparece logo na discussão do Capítulo II do Título II, referente aos direitos sociais. Já na votação da emenda substitutiva do Centrão a esse capítulo, o número de votos contrários (163) foi bem maior do que na votação do Capítulo I (56). A discordância estava presente mesmo entre os partidos que indicaram a aprovação da emenda substitutiva, como se manifesta nas declarações dos líderes do PMDB e do PTB: o primeiro afirma que haverá disputa de votos em vários pontos; o segundo repudia o tratamento dado à estabilidade no emprego.[70]

As dificuldades para fazer acordos à esquerda e à direita nessa matéria são exemplificadas por duas votações específicas.

O texto do substitutivo do Centrão dera o seguinte tratamento às horas extras: "Serviço extraordinário com remuneração cinqüenta por cento acima do normal ou conforme convenção ou acordo coletivo". A partir de emenda substitutiva, negociada entre PMDB, PFL, PDS e PTB, o texto assumiu o seguinte teor: "Serviço extraordinário com remuneração no mínimo superior em cinqüenta por cento à da normal".

A esquerda considerou esse acordo um retrocesso diante do que se tinha alcançado na Comissão de Sistematização, que estabelecia remuneração da hora extra em cem por cento, valor que já era concedido pelos tribunais em litígios trabalhistas. Ademais, argumentava-se que aumentar o valor da hora extra ampliaria a proteção ao trabalhador, forçaria novas contratações e diminuiria os riscos de acidente de trabalho.

Para os defensores da emenda, o valor de cinqüenta por cento representava um piso, e não um teto que congelasse a remuneração da hora extra. Asseguravam que a vantagem de fixar esse piso encontrava-se em proteger os trabalhadores carentes de organização, que teriam garantido constitucionalmente o valor mínimo. A votação da matéria não pode ser enquadrada como consensual: 307 votos "sim", 112 votos "não", e 3 abstenções.

Assim como o acordo sobre as horas extras não abrangeu a esquerda, o acordo sobre a jornada de trabalho em turnos de revezamento não abrangeu a direita. O texto do art. 8º, XIII, do substitutivo do Centrão, dispunha: "Jornada especial de trabalho para turnos de revezamento, ininterruptos, conforme convenção ou acordo

coletivo". A emenda substitutiva, apresentada por PMDB, PT e PCdoB, propunha: "Jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva".

A defesa da emenda argumentou sobre os efeitos: (i) preserva a saúde, bem-estar e condições de vida digna do trabalhador, o que dá à matéria *status* constitucional; (ii) estabelece as seis horas máximas como regra geral pelo benefício dos trabalhadores que não são favorecidos com os acordos e convenções coletivas; e (iii) não traz grandes ônus para o faturamento da empresa.

Os turnos contra a emenda destacaram os efeitos negativos: (i) impor arbitrariamente o limite da jornada é descapitalizar o trabalho e limitar a margem de atuação dos sindicatos; e (ii) ao estabelecer no texto constitucional o máximo de seis horas, seria demagogia dizer que por meio de negociação ou acordo se pode ampliar esse período.

O PDT, o PTB e o PDC encaminharam voto "sim"; ao passo que o PDS e o PFL lideravam os votos "não". Como proposta conciliadora, o relator propôs que os autores da emenda, no segundo turno, se comprometessem a apresentar uma emenda supressiva ao termo "máxima", onde residiria o âmago das divergências, proposta aceita pelos autores da emenda, mas negada por seu contraditores, o que justifica os 125 votos contra.

Segundo João Paulo (PT): "Os autores da emenda diante da exposição do nobre relator, estão acordes em apresentar um destaque supressivo retirando a palavra "máxima". No mesmo sentido, Mário Covas (PMDB):

> Há duas maneiras de agirmos numa Casa como esta, num instante como este. Há as fórmulas definitivas e há os compromissos futuros. Em vários acordos aqui feitos, temos fixado compromissos que só serão cumpridos no futuro. A emenda que ora se vai votar tem dois patronos: O Constituinte que acabou de anunciá-la [...] e que se propõe a tirar a palavra mais adiante.[71]

Essas promessas não foram aceitas pelo Centrão. Para Luís Roberto Ponte (PMDB):

> [...] falando aqui na possibilidade de retirada de uma palavra, que V. Exa. diz não ser possível nesta fase, mas somente na segunda. Não há nada mais lógico, se essa intenção, se isso resolver, acho que devemos meditar se isso realmente resolve, não é nesse afã e nessa correria que vamos decidir isso. Qual é o instrumento lógico? O instrumento lógico é deixarmos um buraco negro provisório para negociarmos serenamente, completando as nossas informações para não criarmos o caos neste País. Por isso sugerimos que a votação seja não".[72]

A discussão sobre a estabilidade no emprego também aparece como uma das mais polêmicas no capítulo dos direitos sociais e exemplifica as dificuldades para

obter acordos nessa matéria. O substitutivo aprovado com a emenda coletiva do Centrão fixou como texto base: "Estabilidade no emprego, após doze meses, mediante garantia de indenização correspondente a um mês de salário por ano de serviço prestado, nos casos de demissão sem justa causa e, nos casos de força maior, de indenização na forma da lei".

Aprovado o substitutivo, duas emendas de fusão visaram alterá-lo. A primeira, de autoria do PT, PDT, PCB, PCdoB, PSB e uma parcela do PMDB, estabelecia: "Relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa definida em lei, com nulidade do ato de demissão e os casos de indenização, sem prejuízo de outros direitos".

A segunda, resultante do acordo entre PFL, PDS e outra parcela do PMDB, propunha: "Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

O ponto comum de todas as propostas de correção da emenda coletiva centrava-se na existência de indenização. Domingos Leonelli (PMDB), referindo-se à proposta dos partidos menores de esquerda, afirmou: "Nesta nossa emenda está o que os empresários do 'Centrão' exigiram desde o começo, e aquilo a que a esquerda resistiu no início, que é exatamente a inclusão da indenização no texto permanente".[73] No mesmo sentido, o pronunciamento de Mário Covas: "Não conheço qualquer emenda que, de alguma forma, não tenha falado em indenização. Nem a do companheiro Lula, que também a contempla, embora a critério do trabalhador".[74]

Dentre as propostas, apenas a última foi discutida e debatida, pois sua aprovação prejudicou as demais. Em sua manifestação, Mário Covas argumentou que ela trazia grandes ganhos em relação ao mínimo que se havia estabelecido, alegando, ao fim, que o que estava para ser aprovado era o máximo suportável dentro da bancada do partido:

> Por outro lado, não é menos verdade que a posição do "Centrão" e dos setores mais conservadores da sociedade brasileira, aqui, foi sempre a de vincular a relação de emprego a uma única coisa: a indenização. Essa sempre foi a exigência contida em tudo aquilo que se possa identificar como emendas originárias desse setor. [...] O "Centrão" defendeu a seguinte posição: garantia de emprego, garantia através da indenização. Recebi, neste intervalo, proposta subscrita por setores sindicalistas que merecem o maior respeito. O que dizem esses setores? Que seriam capazes de ir até o seguinte limite: 'Relação de emprego protegida contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa na forma da lei, que disporá sobre a nulidade do contrato de demissão e sobre casos de indenização'. Parece-me que falta aqui acrescentar 'e outros direitos' [...] Os sindicalistas chegaram a aceitar o seguinte limite: garantia de emprego, nos termos da lei, desde que incluída a nulidade e a indenização [...], e meu partido, a Comissão

> de Sistematização, defendeu a seguinte posição: garantia de emprego, contra decisões imotivadas, nos termos da lei. Finalmente, consultada a bancada, chegamos a um texto julgado suportável, que não é, em hipótese alguma, nenhuma forma de desprestígio à classe trabalhadora. [...] A posição do PMDB deixava a lei em aberto. Estão estabelecidos parâmetros. De um lado, a indenização compensatória no mesmo nível dos direitos. Nem sei como isso será estabelecido. Essa é uma luta a ser travada em Lei Complementar.[75]

A aprovação da emenda foi assegurada dentro do limite em que o PMDB garantiu o apoio da bancada e firmou compromissos com alguns setores envolvidos. Como, da emenda aprovada, parte da decisão (indenização e outros direitos) foi repassada para a lei infraconstitucional, ainda na Constituinte os autores comprometeram-se a fazer aprovar algumas garantias para o trabalhador, com o que supriram temporariamente a inexistência de lei que regulasse a matéria. Assim, houve o compromisso de fazer aprovar no ADCT um acréscimo de dez por cento ao total do FGTS como indenização e garantir a estabilidade dos líderes sindicais, das gestantes e dos trabalhadores da Cipa (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes).

Observa-se que, ao contrário dos dois casos anteriores, a emenda vitoriosa, resultante de fusão que expressa concessões mútuas – o Centrão admitiu o princípio da proteção da relação de emprego e as disposições transitórias sobre a matéria, e o PMDB aceitou a indenização – buscou também o caminho do acordo fundado na não-decisão, delegando à legislação ordinária o conteúdo da proteção.[76] Apesar disso, a esquerda pressionava pela nulidade da demissão e também divergia da exigência de lei complementar, o que não permitiu uma votação consensual: 151 constituintes foram contra o acordo.

A dificuldade de não decidir na Constituinte brasileira também aparece nas votações do Título VII da Ordem Econômica, provocando mais uma vez votações não consensuais. A votação do Capítulo I desse Título, referente aos princípios gerais da ordem econômica, fundara-se, no primeiro momento, em uma negociação bem-sucedida, que permitiu o acordo básico sobre temas polêmicos como o conceito de empresa nacional, a nacionalização dos minérios e os contratos de risco. Assim, a Emenda coletiva ao Capítulo I, do Título VII, foi aprovada com 519 votos a favor, 9 votos contra e 6 abstenções. No entanto, permaneciam divergências sobre aspectos específicos dessas matérias, como demonstra o depoimento de Mário Covas durante os debates.[77]

A divergência sobre a conceituação da empresa brasileira aparecia na tentativa de inclusão do seguinte texto: "O poder público dará tratamento preferencial à aquisição de bens e serviços produzidos no País por empresas brasileiras".[78]

Para os deputados do Centrão, esse texto estava além dos limites da negociação, como exemplifica o Deputado Ricardo Fiúza (PFL): "O que se quer acrescentar já

está contido no § 2º, mas não de forma cartorial. E alguns empresários que defendem a livre iniciativa querem ter seus cartórios e gozar dos benefícios da ausência de concorrência".[79] A reivindicação de que essa lei fosse complementar também não contou com o apoio da maioria, levando a uma votação não consensual, com 148 constituintes contrários à proposta.

Processo semelhante ocorreu com a votação sobre a exploração de recursos do subsolo. Nesse caso, a divergência existia quanto ao grau de nacionalização que deveria conter essa matéria, defendendo o Centrão e seus aliados a seguinte proposta ao artigo 205:

> § 3 º - O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica e a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais somente poderão ser efetuados mediante autorização e concessão da União, no interesse nacional. São privativos de brasileiros ou de empresas brasileiras de capital nacional o aproveitamento de potenciais de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de recursos minerais considerados estratégicos, na forma da lei, bem como aqueles situados em faixa de fronteira e em terra indígena, obedecida a legislação pertinente.[80]

A esquerda pretendia ampliar a nacionalização além do que fosse considerado estratégico, e propôs o seguinte texto, que foi vitorioso:

> § 3 º - O aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica e a lavra de recursos e jazidas minerais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional, na forma da lei, que regulará as condições específicas quando estas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Justificou-se a emenda argumentando acerca da tradição das constituições do País de nacionalizar os recursos minerais e da importância estratégica destes, principalmente para um País de dimensões e riquezas naturais tão vastas. Contraditou-se argumentando que a proposição ia contra os interesses nacionais, considerando-se sobretudo o volume de capital estrangeiro investido aqui, através desse setor, e pelo fato de a proposta não passar de um programa partidário que traía os esforços de composição de acordo realizados nas emendas anteriores. Nesse caso, também houve forte oposição: 126 constituintes votaram contra.

Como se sabe, ambas as disposições da ordem econômica foram posteriormente alteradas pela Emenda Constitucional n. 6. O mesmo destino tiveram outros artigos oriundos de votações não consensuais na Constituinte brasileira, tais como o prazo prescricional das ações trabalhistas (art. 7º, XXIX, alterado pela EC nº 28), o direito

de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, alterado pela EC nº 19) e a fixação da taxa máxima de juros em doze por cento (art. 192, § 3 º, alterado pela EC n. 40), que tiveram, respectivamente, 115, 89 e 112 votos contrários.

Conclusão

A comparação dos dois processos indica que as maiorias na Constituinte espanhola se formaram com base em concessões mútuas, incluindo a ampla utilização de fórmulas de compromisso, bem como por meio de acordos para não tomar decisões sobre determinadas matérias, deixando sua regulação para a legislação infraconstitucional. Já no caso da Constituinte brasileira, observa-se que, em vários temas importantes, os acordos não incorporaram minorias relevantes, limitando-se a organizar uma maioria aritmética.

Essas diferenças explicam, em parte, a estabilidade dos dois textos constitucionais. Como vimos, várias votações que não contaram com amplo apoio na Constituinte brasileira resultaram em disposições que foram posteriormente alteradas por emenda constitucional ou que ainda estão pendentes de regulamentação. Em contrapartida, a Constituição Espanhola mantém-se com seu texto praticamente inalterado.

Verificadas essas diferenças, cabe ensaiar sua explicação. A dificuldade para lograr acordos na Constituinte brasileira encontra um de seus motivos na ausência de partidos disciplinados, que facilitassem a negociação e o cumprimento desses compromissos. No caso espanhol, o acordo entre os dois principais partidos, UCD e PSOE-PSC, garantia uma ampla maioria às votações, às quais se incorporaram, em quase todos os momentos, o Partido Comunista e a Minoria Catalã. No caso brasileiro, as negociações envolviam um número maior de agentes, tendo em vista que os partidos continham diferentes grupos em seu interior. A melhor expressão das dificuldades no processo de negociação aparece nas várias ocasiões em que as lideranças partidárias não tinham certeza do resultado da votação em plenário ou viam seus encaminhamentos serem rejeitados por membros de sua própria bancada. Essa incerteza servia de incentivo para que os grupos presentes na Constituinte tentassem aprovar suas propostas mesmo sem contar com o apoio das lideranças dos demais grupos.

Em segundo lugar, o processo de elaboração da Constituição influenciou de modo distinto, em cada um dos casos, o recurso às concessões mútuas e à não-decisão como estratégia de negociação e formação de maiorias. No caso espanhol, os trabalhos iniciais da *Ponencia* e da Comissão Constitucional limitaram o conteúdo da Constituição, em razão do pequeno número de constituintes envolvidos no debate, mas, principalmente, por neles terem sido forjados boa parte dos acordos que permaneceram na votação em Plenário. Já, no Brasil, o processo de elaboração a partir das subcomissões gerou um texto constitucional detalhado, que ampliava

as possibilidades de desacordo no Plenário, especialmente após a substituição do projeto aprovado na Comissão de Sistematização pelas emendas do Centrão.

O reconhecimento desses fatores esclarece as formas que facilitam a obtenção de acordos constituintes. No entanto, não podemos deixar de examinar as conseqüências desses diferentes modos de formação de maiorias.

No modelo espanhol, a ausência de decisão sobre determinadas matérias ou o recurso a fórmulas de compromisso atribui à legislação ordinária e à justiça constitucional um papel decisivo na solução dos conflitos. Isso significa que o êxito dessa Constituição dependerá da continuidade do processo de negociação no plano da legislação infraconstitucional, e de uma justiça constitucional ativa no desenvolvimento do conteúdo dos acordos fundamentais obtidos no processo constituinte. No caso da Constituição de 1978, a política do consenso na legislação complementar foi favorecida pela exigência de maioria absoluta para aprovação das leis orgânicas, que deveriam regulamentar as matérias mais importantes, enquanto o Tribunal Constitucional desenvolveu uma jurisprudência criadora para tornar efetivos os preceitos constitucionais, particularmente no que se refere à organização territorial do poder.[80]

No modelo brasileiro, a formação de maiorias pelo critério aritmético resulta em menor indeterminação do texto constitucional, com um amplo recurso a regras, em vez dos princípios que caracterizam as fórmulas de compromisso. Contudo, essa Constituição se encontra mais sujeita a reformas caso a maioria política deixe de acatar as decisões constitucionais, como ocorreu com a Carta de 1988. Nesse modelo, o papel da justiça constitucional também será acentuado, considerando a variedade de argumentos que poderão ser utilizados para contestar a constitucionalidade das leis, mas a jurisprudência constitucional tenderá a exercer mais uma função de defesa que de criação do ordenamento constitucional.

Vale observar ainda que, mesmo votações consensuais como as que caracterizaram a Constituinte espanhola, podem não abrigar minorias expressivas. Isso ocorreu com a minoria nacionalista basca, que, à frente do governo de sua Comunidade Autônoma, continua reivindicando a soberania política. Por outro lado, também pode ocorrer que as minorias do processo constituinte, ao se tornarem maiorias políticas, tenham alterado sua valoração da Constituição. No caso espanhol, o principal grupo excluído dos acordos constituintes, a Aliança Popular, chegou ao governo espanhol em 1996, como Partido Popular, após um processo de mudanças internas que o levou a uma posição de apoio ao regime constitucional. Guardadas as diferenças, fenômeno semelhante pode ser verificado, no Brasil, com o Partido dos Trabalhadores, que votou contra o texto final da Constituição de 1988, ainda que houvesse reconhecido a legitimidade do processo constituinte ao assiná-la.

Em ambos os casos, nota-se que a estabilidade da Constituição encontra-se estreitamente associada à dinâmica democrática. No momento de sua aprovação, a

Constituição espanhola parecia deixar um alto grau de incerteza no processo político, que foi sendo superado pela aceitação de suas normas pelos grupos políticos, situação oposta àquela vivida pela Constituição brasileira. Isso significa que o processo constituinte é apenas o ponto de partida – ainda que muito relevante – da permanente construção do consenso constitucional, ou seja, da busca do equilíbrio entre o que deve e o que não deve ser dito pela Constituição.

: ARTIGO APROVADO (04/11/2008) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

1 *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 69).

2 Tal como ocorreu com a aceitação da reedição indiscriminada de medidas provisórias antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 32.

3 Cf. Antonio G. Moreira Maués, *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988* (Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 13-17).

4 Cf. Robert Dahl, *La Poliarquia. Participación y oposición* (Madrid: Tecnos, 1989, especialmente p. 13-25).

5 Sobre o tema, ver Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

6 As tensões entre o constitucionalismo, entendido como um conjunto de limites ao poder, e a democracia, entendida como poder da maioria, é um tema recorrente do pensamento constitucional. Para muitos autores, os limites impostos pela Constituição só podem ser justificados democraticamente quando fortalecem a própria democracia, estabelecendo normas que asseguram a continuidade e a qualidade da deliberação pública. Cf. Stephen Holmes, Precommitment and the paradox of democracy. In: Jon Elster, Rune Slagstad (Eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

7 O processo legislativo e o exercício do controle de constitucionalidade formam também momentos fundamentais na busca do consenso constitucional. No primeiro caso, o legislador deve respeitar os acordos feitos na Constituinte e desenvolver seu conteúdo normativo; no segundo caso, a justiça constitucional deve proteger o conteúdo desses acordos, fiscalizando tanto as ações quanto as omissões do legislador.

8 Além dos citados, a Constituinte espanhola contou com a representação dos seguintes partidos (o número de parlamentares está indicado entre parênteses): Partido Comunista da Espanha-Partido Socialista Unificado da Catalunha, PCE-PSUC (20); Aliança Popular, AP (16); Pacto Democrático pela Catalunha e União do Centro e a Democracia Cristã da Catalunha (Minoria Catalã, 13); Partido Nacionalista Basco, PNV (8). Outros pequenos partidos somavam 9 representantes, formando o Grupo Misto.

9 Os seguintes partidos estiveram representados desde o início da Constituinte brasileira (o número de parlamentares está indicado entre parênteses): Partido do Movimento Democrático Brasileiro, PMDB (294); Partido da

Frente Liberal, PFL (133); Partido Democrático Social, PDS (38); Partido Trabalhista Brasileiro, PTB (26); Partido Democrático Trabalhista, PDT (24); Partido dos Trabalhadores, PT (16); Partido Liberal, PL (8); Partido Socialista Brasileiro, PSB (6); Partido Comunista do Brasil, PCdoB (5); Partido Democrata Cristão, PDC (5); Partido Comunista Brasileiro, PCB (3); Partido Trabalhista Renovador, PTR (1).

10 Em sua inovadora análise dos jogos de linguagem nos processos constituintes, situada nas experiências americana de 1787 e francesa de 1789, Jon Elster (Argumenter et négocier dans deux Assemblées Constituantes. In: *Revue Française de Science Politique*, vol. 44, n. 2, 1994) destaca o uso de recursos extrapolíticos nas negociações constitucionais, considerando que os recursos políticos (ameaças, advertências e promessas) são pouco eficazes. Não se pode negar que a mobilização de recursos extrapolíticos também esteve presente nas Constituintes espanhola e brasileira, como exemplificam o papel cumprido pelas Forças Armadas, no primeiro caso, e pelo Poder Executivo, no segundo caso. Não obstante, a ausência de maioria absoluta favorecia a utilização de recursos políticos pelos atores, que se via reforçada, na Espanha, pela necessidade de aprovar a Constituição em referendo e, no Brasil, pelas incertezas das votações em plenário.

11 Essa opção metodológica não significa desconhecer que o processo de negociação de uma Constituição também se realiza em instâncias externas à Assembléia Constituinte, envolvendo diretamente os atores sociais, as quais, no entanto, não foram objeto de análise neste trabalho.

12 Esse recorte justifica-se pelo número reduzido de alterações trazidas aos projetos de Constituição pelas votações no Senado espanhol e no segundo turno da Constituinte brasileira.

13 A importância das fórmulas de compromisso nas Constituições democráticas foi destacada de modo pioneiro por Carl Schmitt. Cf. *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982, p. 52-57). Ao contrário da visão de Schmitt, contudo, consideramos que as fórmulas de compromisso contêm normatividade, devendo ser diferenciadas das situações de não-decisão, nas quais a Constituição não oferece pautas substantivas para a solução de conflitos.

14 As normas do regime autoritário que haviam servido de base para a convocação das duas Constituintes impunham que seu funcionamento seria bicameral na Espanha e unicameral no Brasil, e o *quorum* para aprovação final do texto, além da exigência de referendo no caso espanhol.

15 A *Ponencia* foi composta da seguinte maneira: UCD: 3 representantes, PSOE-PSC, PCE-PSUC, AP e Minoria Catalã: 1 representante cada.

16 Apesar da participação do Senado, o Congresso dos Deputados foi o principal fórum de debate e elaboração da Constituição. Além de sua maior representatividade, o Congresso era composto de um número maior de parlamentares, o que lhe daria vantagem em caso de divergências com o Senado, as quais seriam resolvidas por maioria absoluta em reunião conjunta das duas Casas.

17 I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher: A) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; B) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; C) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais.

II) Comissão da Organização do Estado: A) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; B) Subcomissão dos Estados; C) Subcomissão dos Municípios e Regiões.

III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo: A) Subcomissão do Poder Legislativo; B) Subcomissão do Poder Executivo; C) Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público.

IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições: A) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; B) Subcomissão de Defesa do Estado; Sociedade e de sua Segurança; C) Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas.

V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças: A) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas; B) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; C) Subcomissão do Sistema Financeiro.

VI) Comissão da Ordem Econômica: A) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; B) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; C) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

VII) Comissão da Ordem Social: A) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; B) Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente; C) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação: A) Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; B) Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; C) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso.

18 O primeiro Projeto da Comissão de Sistematização foi duramente criticado, ao que se seguiu apresentação de dois substitutivos pelo Relator.

19 As 24 subcomissões temáticas funcionaram de 07.04.1987 a 25.05.1987; as 8 comissões temáticas, de 01.04,1987 a 12.06.1987; a Comissão de Sistematização, de 09.04.1987 a 18.11.1987; as votação de primeiro turno ocorreram de 03.02.1988 a 05.07.1988; e as votações de segundo turno, de 07.07.1988 a 02.09.1988.

20 Na Constituinte brasileira, uma emenda coletiva foi oferecida e aprovada como substitutivo para cada um dos oito títulos da Constituição, para o Preâmbulo e para o ADCT, o que fez dos destaques um mecanismo bastante utilizado, principalmente o destaque para aprovação, que visava preservar o texto da Comissão de Sistematização. Quanto à autoria, 44 dos 51 destaques aprovados no primeiro turno eram individuais, enquanto apenas 4 advieram da fusão de emendas e outros 3 destaques foram propostos através da co-autoria entre os parlamentares.

21 Isso também gerou o problema conhecido na Constituinte como "buraco negro". Derrubado o texto base por meio do DVS poderia ocorrer que nenhuma outra emenda obtivesse os 280 votos necessários para sua aprovação. Nesse caso, o Regimento previa que, em um prazo de 48 horas, o Relator ou a maioria dos parlamentares submeteriam ao Plenário uma fórmula conciliadora. O "buraco negro" ocorreu na votação de três matérias: (i) direito de propriedade; (ii) capítulo referente à política agrícola e à reforma agrária; (iii) direito de greve do servidor público.

22 Todas as emendas coletivas aos Títulos do Projeto de Constituição foram aprovadas, à exceção do Capítulo III da Ordem Econômica.

23 O cálculo do desvio padrão justifica-se pela grande variabilidade no número de votos recebidos pelas diferentes proposições nas Constituintes, evitando, ainda, a fixação de um percentual arbitrário para definir as votações consensuais e as votações não consensuais. Assim, utilizando como variável os votos "não" dados a cada proposição, calculou-se uma medida de 49 votos como grau máximo de dispersão no primeiro turno da constituinte brasileira e 15 votos para a votação da constituinte espanhola no Congresso dos Deputados. A partir da média aritmética (36 votos – Brasil, primeiro turno, e 04 votos – Espanha, Congresso dos Deputados), pode-se estabelecer o grau máximo de dispersão para enquadrar uma votação como consensual. Assim, numericamente, uma votação no primeiro turno da constituinte brasileira foi considerada consensual caso não ultrapassasse 85 votos "não", enquanto no processo espanhol o limite foi fixado em 19 votos "não". A escolha dos votos "não" como variável se justifica porque o "não" representa a contrariedade ao que se está votando, enquanto a base de votos "sim" pode ser influenciada pelo *quorum*, ou seja, o baixo número de "sim" em uma votação pode significar apenas que havia poucos parlamentares presentes naquele momento, não sendo suficiente para atestar se os ausentes da votação estavam contra ou a favor da matéria aprovada.

24 Sobre a Constituinte espanhola, v. Gregorio Peces-Barba Martinez, *La elaboración de la Constitución de 1978* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988); J. F. Tezanos; R. Cotarelo; A. de Blas (Orgs), *La transición democrática española* (Madrid: Sistema, 1989); Francisco Rubio Llorente, El proceso constituyente en España. In: *La forma del poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997); José Maria García Escudero; Maria Asunción García Martínez, *La Constitución día a día* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1998).

25 Tal fato foi destacado pelas lideranças dos partidos políticos já no primeiro dia de debates do projeto de Constituição. Para Herrero (UCD), o único caminho para chegar à democracia era a decisão soberana de uma assembléia constituinte: "Na realidade, nossa história é rica em experiência contrárias. Em 1876, a Constituição, com razão denominada canovista, foi um projeto governamental, ao que as Cortes se limitaram a dar um assentimento formal. Pelo contrário, em 1931 cedeu-se a uma tentação contrária e as Cortes ditaram uma Constituição que sucumbiu frente ao que caberia denominar sectarismo; quer dizer, frente à tentação de fazer uma Constituição válida para parte da Câmara, mas dificilmente aceita pela totalidade da representação nacional. Daí surgiram Constituições, em um e outro caso, qualificáveis de hemipléticas e muito úteis para serem utilizadas como armas pela metade da Espanha contra a outra metade, mas nas quais não se podia ver refletida a Espanha integral e total", (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Madrid, *Cortes Generales*, 1989, p. 637). A Constituição não deveria ser "a imposição de ninguém sobre ninguém, mas sim a imposição da vontade geral dos espanhóis, entendendo por vontade geral aquilo que há de geral e estatal em todo partido, aquilo que há de cidadão em todo homem concreto, aquilo que há de altruísta em toda reivindicação parcial e egoísta", (ibid., p. 637).

Para Peces-Barba (PSOE): "Nós temos afirmado e defendido a necessidade do consenso. [...] devemos tender a não fazer um texto onde exista algo que seja absolutamente inaceitável para um Grupo Parlamentar. O consenso não é somente um problema quantitativo [...] entendemos que com esta Constituição todos devem poder governar; isto é, todos aqueles aos que a vontade popular leve ao Governo. [...] E pedimos desde esta perspectiva a todos os Grupos Parlamentares que tomem nota daqueles aspectos que supõem para nós graves dificuldades de aceitação, da mesma forma que nós estamos com a máxima atenção e com o máximo interesse escutando os argumentos dos demais Grupos Parlamentares para tomar boa nota, também, daquilo que possa ser absolutamente inaceitável para os demais", (ibid., p. 648-649).

O caráter principiológico da Constituição também ajudava o consenso. Segundo Carrillo (PCE): "Nós não vemos no projeto de Constituição nenhum obstáculo fundamental à realização de nossos ideais. [...] Certamente, desde uma óptica puramente partidária, essas objeções poderiam ser muito mais numerosas, intermináveis. [...] Mas trata-se de lograr uma Constituição capaz de conseguir o consenso da grande maioria. Uma Constituição que dure, que não seja facilmente empurrada por qualquer vendaval, como foram outras neste país. Ainda que não seja perfeita, que nos dê abrigo a todos e seja sólida", ibid., p. 651; 654-655).

Por fim, Fraga (AP) afirmou: "No passado, outra constante foi a imposição de uma fórmula constitucional por um grupo de espanhóis sobre os demais. Também pela primeira vez estamos trabalhando sobre pressupostos diferentes; o grupo constituinte é de amplo espectro, e cabe esperar que nossa obra, tanto na parte dos princípios dogmáticos quanto no desenvolvimento orgânico das instituições, permita diversas alternativas de programa político e de Governo e um turno pacífico entre as forças políticas e os blocos que o formem. [...] Ao estabelecer-se este pacto, quer dizer, ao renunciar a impor uns aos outros um '*trágala*' constitucional, é evidente que o consenso só pode ser alcançado a partir de um clima de confiança. Um compromisso, entendido no sentido britânico, de um acordo baseado em mútuas concessões, só pode ser tal se as partes entram em um verdadeiro compromisso (no sentido espanhol, agora) com o pactado, não considerando-o como uma astúcia, como uma etapa em direção a outras metas. Isso exige também que as estipulações e as palavras do pacto constitucional signifiquem claramente o mesmo para todos, o que obriga a fugir de toda ambigüidade ou contradição nos termos. Finalmente, o compromisso não pode nunca chegar a cem por cento do escrito, e aí reside precisamente a verdadeira atitude de um consenso democrático, em aceitar, sem vetos nem reservas, essa parte inevitável de todo acordo parlamentar, que é o respeito à regra de maioria" (ibid., p. 655-657).

26 Nessa Câmara, o Rei poderia nomear um quinto de seus membros.

27 Cf. Gregorio Peces-Barba, *La elaboración de la Constitución de 1978*, p. 15-16.

28 Isso não significa que esse acordo tenha sido obtido sem tensões. Dentre os vários momentos difíceis vividos, ocorridos durante as negociações, pode-se destacar o abandono do representante socialista, Peces-Barba, dos trabalhos da *Ponencia*, alegando a recusa da UCD em aceitar as propostas do PSOE-PSC. Apesar disso, não era conveniente para a UCD compor a maioria com a AP, pois a exigência de submeter a Constituição a referendo colocava em risco a aprovação do projeto, caso não contasse com a adesão do eleitorado socialista. Da parte do PSOE-PSC, as declarações de seus membros indicam o reconhecimento da necessidade de fazer uma Constituição negociada com a UCD, disposição essa acentuada pela aposta de que o PSOE não tardaria a ganhar as eleições, preferindo uma Constituição de caráter principiológico, que não dificultasse seu possível governo. Assim, as lideranças dos dois maiores partidos encontraram-se várias vezes fora do Plenário ou no intervalo das sessões para negociar fórmulas que pudessem ser aceitas por ambas as partes.

29 Isso ocorreu nas votações sobre a forma de governo monárquica, direitos dos estrangeiros, menção à Igreja Católica, medidas de conflito coletivo, regras de sucessão da monarquia e Conselho de Estado, em que os socialistas se abstiveram, e nas votações sobre o direito à vida e o direito à sindicalização dos juízes, em que se posicionaram contra o texto aprovado.

30 Considerando o cálculo do desvio padrão, somente em duas situações o acordo UCD-PSOE-PSC gerou uma votação não consensual: o art. 2º , referente à definição de nação, e o art. 69, referente à composição do Senado. Isso demonstra que o acordo entre os partidos majoritários teve êxito em incorporar as minorias, pois a mera soma de suas bancadas não seria suficiente para manter uma votação dentro do desvio padrão.

31 Ainda que o PSOE-PSC tenha mantido o voto republicano na Comissão Constitucional, fez questão de esclarecer que aceitaria o resultado da primeira votação sobre o tema. Nos debates da Comissão, seu representante Gomes Llorente assim se pronunciou: "Se, na atualidade, o Partido Socialista não se empenha como causa central e prioritária de seu fazer mudar a forma de Governo é, na medida em que pode abrigar razoáveis esperanças de que sejam compatíveis a Coroa e a democracia, de que a Monarquia se assente e se imbrique como peça de uma Constituição que seja susceptível de um uso alternativo pelos Governos de direita ou de esquerda que o povo determine através do voto e que viabilize a

autonomia das nacionalidades e as regiões diferenciadas que integram o Estado. [...] Nós aceitaremos como válido o que resulte neste ponto do Parlamento constituinte. Não vamos questionar o conjunto da Constituição por isso. Acatamos democraticamente a lei da maioria. Se, democraticamente, estabelece-se a Monarquia, enquanto seja constitucional, nos consideraremos compatíveis com ela. O processo da reforma política torna inevitável que na sua ocasião o povo se pronuncie sobre o conjunto da Constituição, e posto que isso é previsível e racionalmente inevitável, não faremos obstrução, senão facilitaremos o máximo consenso a uma Constituição que deve fechar o quanto antes este período da transição e abrir o caminho a novas etapas de progresso e transformações econômicas e sociais, as quais em nada renunciamos, e para as quais só pretendemos ser um instrumento de nosso povo", (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Madrid, Cortes Generales, 1989, p. 773, 796-797). Vale destacar que o PNV também votou a favor da Monarquia, ainda que invocando seu compromisso histórico com a defesa dos direitos do povo basco.

32 Era a opinião de Fraga (AP): "Não prejulgo a atitude que meu Grupo possa tomar mais adiante e, desde já, esclareço que meu Grupo, examinando este tema diante de um eventual projeto de lei anunciado, reconheceu neste ponto, como questão de consciência, liberdade de voto a seus membros. Mas aqui não estamos discutindo essa lei, mas, de uma vez e para todos os casos, se introduz-se por via constitucional o tema da pena de morte, exclui-lo para todos os casos. [...] deixe-se essa questão para a lei; a lei pode matizar em um mesmo país umas circunstâncias e outras" (ibid., p. 990).

33 De acordo com Martín Toval (PSC), "abolir a pena de morte pela Constituição é absolutamente oportuno, porque seria um ato constituinte; portanto, um ato fundamental, um ato, se se prefere, de caráter filosófico, de crença humanística coletiva por cima da política dos partidos e dos interesses enfrentados", (ibid., p. 991).

34 Ibid., p. 1006.

35 Ibid., p. 1008.

36 Ibid., p. 1009.

37 O texto foi posteriormente modificado no Senado, sendo promulgada a seguinte redação: "*Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*", (art. 15).

38 Para o representante socialista Gómez Llorente: "Sem embargo, em plena consciência da responsabilidade que nos incumbe nesta Câmara e sabendo que o que votamos era o passo máximo, a atitude mais progressista que poderia ter-se na prática e com eficácia de modo a abolir a pena de morte, votamos como o fizemos. Não obstante, queremos fazer também aqui a afirmação de que seguiremos atuando na mesma linha de pensamento que nos inspirou sobre este ponto e que tentaremos, sem descanso, que na legislação ordinária fique definitiva e absolutamente abolida a pena de morte", *(Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Madrid, Cortes Generales, 1989, p. vol. II, p. 2022, 2024).

39 Ibid., p. 2162.

40 Para Pons Irazazabal (PSOE): "Entendemos que a fórmula do '*dictamen*', cuja aprovação propomos, permite reconstruir um novo equilíbrio no qual estes dois fatores – tanto os poderes da Administração como as garantias dos administrados – saiam reforçados pelo bem da economia da sociedade, das próprias garantias dos cidadãos e, definitivamente, do país todo", (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, vol. II, p. 2164). Para Clar Garau (UCD), "Este artigo contém talvez uma das idéias básicas mais importantes do nosso ordenamento jurídico e que inclusive constituiu durante muitos anos a fronteira entre ideologias opostas. Por isso queremos demonstrar agora que o 31 vem a ser um artigo muito progressista e que rompe totalmente com a concepção tradicional que existia da propriedade privada", (ibid., p. 2166).

41 Ibid., vol. II, p. 2173.

42 Ibid., vol. II, p. 2174-2175.

43 A réplica ao pensamento de Fraga pode ser exemplificada pelo Deputado comunista Tamames Gomez: "[...] a Constituição deve ser um marco, um eixo de coordenadas dentro das quais possa mover-se o desenvolvimento econômico em razão da correlação de forças existentes. Tentar cristalizar a Constituição seria como ideologizá-la, e ideologizá-la seria como uma vitória de um determinado grupo sobre outro. [...] A mim me parece, insisto, que a redação atual é bastante correta, que se fala daquilo que há que se falar, de necessidades coletivas, de harmonizar o desenvolvimento regional, de

buscar equilíbrios setoriais, também estimular o crescimento dos recursos do país. E que isso deve se fazer por meio de um plano, que será um plano de governo ou de uma coalizão governamental, que poderá ser em um momento dado indicativo somente para o setor privado ou vinculante para o setor privado em algumas proporções mais ou menos importantes, de acordo com o grau de intervenção do setor público em cada caso concreto", (ibid., vol. II, p. 1447-1448).

44 Ibid., vol. II, p. 2330-2331.

45 Ibid., vol. II, p. 2344-2345.

46 De acordo com Silva Muñoz (AP), "se esgotamos até suas últimas conseqüências o argumento da neutralidade da Constituição, ao que chegaríamos, como conseqüência última inevitável, é a que a Constituição sobrava e que, por conseguinte, as leis ordinárias seriam as que teriam que resolver todos esses problemas", (ibid., vol. I, p. 1141-1142).

47 Ibid., vol. I, p. 1142-1143.

48 Ibid., vol. II, p. 2113-2115.

49 Ibid., vol. I, p. 808-809.

50 Ibid., vol. I, p. 811.

51 Ibid., vol. I, p. 817-818.

52 Essa abertura é reconhecida pelos próprios parlamentares. Segundo Perez-Llorca Rodrigo (UCD): "Estamos prevendo para nosso país uma organização autônoma suficiente, flexível e aberta, com a intenção e o espírito de que se pacifiquem os problemas existentes nesse momento e que não se fechem as portas ao futuro, e que preservando a unidade nacional se possam ir solucionando gradualmente, a partir da Constituição, os velhos problemas históricos colocados em nosso país", (iibid., vol. II, p. 1537-1538). No mesmo sentido, afirma Solé Tura (PCE-PSUC): "Com isso quero dizer que este art. 141 não deve ser visto como artigo que fecha, mas como um artigo que abre; quer dizer, como um artigo que estabelece os limites máximos da competência do Estado central, mas ao mesmo tempo deixa aberta uma série de possibilidades de delegação para que essas faculdades sejam exercidas tanto a nível executivo quanto a nível regulamentar, como inclusive a nível legislativo em alguns casos, pelas Comunidades Autônomas", (ibid., vol. II, p. 1640).

53 Ibid., vol. I, p. 1162.

54 Apesar de seu caráter ainda mais polêmico, a votação sobre o direito à vida também pode exemplificar o acordo para não decidir. Houve consenso na troca da palavra "pessoa" por "todos" no seguinte dispositivo: "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*" (art. 15). Apesar da resistência de AP, essa troca não implicava a legalização do aborto, tal como ficou demonstrado na igualmente polêmica sentença do Tribunal Constitucional sobre o tema, (ibid., vol. II, p. 2156).

55 Ibid., vol. I, p. 1012.

56 Ibid., vol. I, p. 1029.

57 Sobre a Constituinte brasileira, ver: Florestan Fernandes, *A Constituição Inacabada* (São Paulo: Estação Liberdade, 1989); Bolívar Lamounier (Org.), *De Geisel a Collor:* o balanço da transição (São Paulo: Sumaré, 1990); Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil* (São Paulo: Paz e Terra, 1991).

58 Os Senadores eleitos em 1982, para um mandato de 8 anos, e que correspondiam a um terço da Casa, também integrariam a Constituinte. Apesar da semelhança de forma com o processo constituinte espanhol, a história constitucional brasileira já conhecia a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional, técnica que foi utilizada para a elaboração das Constituições de 1891, 1946 e 1967, sempre levando à limitação dos poderes da Assembléia.

59 A extensão dos poderes da Constituinte também foi objeto de grandes polêmicas, como exemplifica o "projeto de resolução", apresentado pelo Dep. Maurílio Ferreira Lima (PMDB), atribuindo à Constituinte o poder de editar "resoluções constitucionais" para alterar a Constituição então vigente, ou a proposta de suspensão do funcionamento do

Congresso enquanto durasse a Constituinte. À direita, o Partido Liberal (PL) havia apresentado uma consulta ao STF sobre a vigência do processo de reforma constitucional, enquanto vários defendiam que o poder constituinte era reformador, e não originário.

60 Ao projeto de normas *provisórias* foram apresentadas 74 emendas, muitas delas buscando reforçar a soberania da Constituinte e limitar o papel dos líderes, (*Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, Vol. 1, Brasília, Senado Federal, s/d, vol. 1, p. 35).

61 A manifestação do Deputado Amaral Netto (PDS) expressa as dificuldades da negociação: "Senhores, se não nos cedem nada, se não nos dão nada, agüentem com as conseqüências. Não estamos preocupados com a opinião pública neste momento. [...] não admitimos seis ou sete pontos terríveis neste Regimento. Pedimos que fossem modificados; não nos ouviram, ninguém conversou, ou, se conversou, apenas fingiu que o fez", (ibid., p. 35, 595).

62 Ibid., vol. 1, p. 641.

63 Ibid., vol. 12, p. 6755.

64 Ibid., vol. 1, p. 641.

65 Ibid., vol. 12, p. 6758.

66 Ibid., vol. 12, p. 6759.

67 Ibid., vol. 12, p. 6759.

68 Note-se que a votação do Título II, que incluía os direitos sociais, dificultava a obtenção de acordo, conforme anunciou Luiz Inácio Lula da Silva (PT): "O que percebo é que a tática adotada nas negociações aqui na Constituinte toma os mesmos rumos daquela entre sindicatos e trabalhadores e sindicatos patronais, quase sem qualquer objetivo. O 'Centrão', em suas críticas à Comissão de Sistematização, dizia que era preciso tripudiar sobre ela de toda forma, porque esta comissão estava tentando fazer um projeto socializante. Portanto, era preciso brecá-la, antes que aplicasse o socialismo neste País. O título II da Comissão de Sistematização foi colocado em xeque principalmente no que diz respeito aos interesses da classe trabalhadora brasileira: estabilidade no emprego, direito à greve, imprescritibilidade nos processos trabalhistas, direito *do sindicato representar os trabalhadores e jornada de trabalho...Observamos, nas tentativas de negociação divulgadas pelos* jornais, que os companheiros contrários ao texto da Comissão de Sistematização querem que aceitemos um acordo do qual não consta absolutamente nada de garantias efetivas para os trabalhadores", (ibid., vol. 12, p. 6756). Especificamente quanto aos direitos individuais, o PCdoB recusou-se a anuir ao substitutivo por estar nele incluído (i) o direito à propriedade, ao lado do elenco de outros direitos fundamentais no *caput*, art. 6º; (ii) a vinculação do crime de tortura ao de terrorismo; e (iii) a propriedade enquanto direito absoluto, com prévia e justa indenização em dinheiro para o caso de desapropriação. Haroldo Lima (PC do B) concluiu: "Então, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, por estas três razões básicas, nós, do Partido Comunista do Brasil, ficamos fora do acordo. Não participamos deste entendimento que agora foi feito. Iremos, sim, votar contra o substitutivo do 'Centrão'" (ibid., vol. 12, p. 6758). Segundo Ademir Andrade (PSB): "Não aceitamos votar o *caput* do art. 6º, que iguala a questão da propriedade com o direito à vida. Não aceitamos votar que a propriedade não esteja submetida à subordinação do bem social. Não aceitamos votar que a desapropriação para efeito de utilidade pública ou para bem-estar social seja paga em dinheiro, justa e prévia indenização em dinheiro, como está no projeto do 'Centrão'", (ibid., vol. 12, p. 6758). Apesar das críticas, o número de votos contrários à emenda coletiva foi reduzido (56 votos), mantendo essa votação dentro do desvio padrão.

69 O entendimento é confirmado pela declaração do líder Mário Covas: "... votada esta proposta, todos nós estamos nos comprometendo a votar também o texto que, aliás, é comum na proposta da Comissão de Sistematização e na do 'Centrão', que prevê o pagamento em títulos da reforma agrária. Estamos nos comprometendo também a aprovar o texto que é comum, relativo à reforma urbana, ao do 'Centrão' e ao da Sistematização que, em determinadas circunstâncias, prevê o pagamento em títulos; e, mais que isto, estamos nos comprometendo também em comum, a aceitar o dispositivo do art. 191 que a condiciona à ordem econômica, à função social da propriedade e à preservação do meio ambiente", (ibid., vol. 12, p. 7201). Também o líder José Lourenço (PFL) confirma: "O entendimento político agora concluído, que atende aos interesses maiores do País, significa, para nós, que estão preservados os entendimentos anteriormente havidos, para pagamento em títulos da dívida agrária para a

desapropriação de terras e pagamento em dinheiro para as benfeitoria. Para os imóveis urbanos ocorrerá o mesmo comportamento. Quanto à preservação do meio ambiente na defesa da ecologia, naturalmente todos nós e todos os partidos com assento nesta Casa têm a mesma visão do problema", (ibid., vol. 12, p. 7201). Sem embargo, outros membros do Centrão negavam esse acordo, como, por exemplo, Bonifácio de Andrada: "O nobre Líder do PMDB referiu-se a compromissos em matéria posterior. O nosso compromisso do 'Centrão' é votar esse texto. Os conceitos de função social, de reforma agrária, de reforma urbana, como também de matéria ecológica, para nós são os que estão no projeto do 'Centrão'", (ibid., vol. 12, p. 7201).

70 Afirmou Mário Covas: "No momento, tendo em vista o fato de que V. Exa. irá colocar em votação o conjunto, quero dizer que, em relação à grande parte do texto global, houve acordos, embora parciais. Para que eles possam ser cumpridos, votaremos a favor, votaremos 'sim'. Mais do que isso, há certos textos sobre os quais não houve acordos, por isso o PMDB oportunamente se manifestará sobre eles com total liberdade para votar", (ibid., vol. 13, p. 7520).

Segundo Gastone Righi (PTB): "Queremos, inicialmente, declarar que o PTB não foi consultado e, portant,o não apóia esse acordo que tem curso em Plenário. O PTB está contra ele e não concorda em transacionar, ainda mais pela forma insensata e irresponsável como foi feito. O dispositivo que este acordo pretende impor é absolutamente inaceitável. Aí não se garante ao trabalhador indenização ou estabilidade alguma ou emprego qualquer. Posterga-se isso tudo para uma legislação futura, que talvez os trabalhadores jamais vejam e, quiçá, seja a espada de Dâmocles a impedir ao empresariado seu desenvolvimento ou novos investimentos no País", (ibid., vol. 13, p. 7518).

Os partidos excluídos do acordo também manifestam fortemente sua discordância. Para Luiz Inácio Lula da Silva (PT): "É importante salientarmos que a chamada esquerda nesta Casa, da qual o Partido dos Trabalhadores faz parte, fez todo o possível para que conseguíssemos um acordo sobre a questão da estabilidade e dos direitos sociais. É verdade que, por diversas, sequer fomos ouvido*s sobre* o que pensávamos a respeito de questões importantes contidas nos direitos sociais. Achamos que o acordo feito é espúrio e não interessa ao conjunto da classe trabalhadora brasileira. [...] Muito nos surpreende o fato de os partidos considerados minoritários – o PT, o PDT, o PCdoB, os companheiros do PSB e porque não dizer os companheiros do MUP, como me falou aqui o companheiro Domingos Leonelli – terem sido deixados para escanteio pelas lideranças dos partidos majoritários, porque somos considerados radicais, sectários", (ibid., vol. 13, p. 7519).

71 Ibid., vol. 13, p. 7623.

72 Ibid., vol. 13, p. 7623.

73 Ibid., vol. 13, p. 7532.

74 Ibid., vol. 13, p. 7532.

75 Ibid., vol. 13, p. 7532.

76 Vale lembrar que esta lei ainda não foi editada.

77 "Depois de tentativas de acordo, produzimos algumas emendas relativas a determinados artigos sobre as quais, embora os textos do 'Centrão' e da Sistematização fossem diferentes, não havia grande divergência. Quanto aos pontos divergentes, o primeiro, como todos sabem, baseava-se na conceituação de empresa nacional e de empresa de capital nacional. Então, nos termos do acordo, ficou convencionado que votaríamos uma emenda de fusão com um texto completo e, a seguir, por não haver concordância sobre se a lei a vigorar no texto seria ou não complementar, votar-se-ia, subsidiariamente, se a lei seria complementar ou não. Há acordo em relação ao texto global e, com referência à lei complementar, cada partido votará segundo a sua vocação. No que diz respeito aos minérios, convencionou-se votar um texto básico que garante a nacionalização dos minérios estratégicos, definidos em lei, dos minerais contidos em faixa de fronteira e nas terras indígenas. Posteriormente, votar-se-á – isto no acordo –, a nacionalização total ou não. Finalmente, em termos de contrato de risco, manter-se-á o parágrafo da Sistematização, por acordo global, e votaremos posteriormente, nas Disposições Transitórias, um mecanismo que discipline os atuais contratos para que o País, as empresas e a Petrobrás não sejam prejudicados. É o texto do acordo feito, ressalvadas algumas outras emendas voltadas para os demais artigos, mas em relação aos quais não há grande discordância. Este acordo teve a participação de todos os partidos e, até onde eu sei, de todos os grupos existentes na Constituinte", (ibid., vol. 17, p. 9892). Outras lideranças também se manifestaram pela aceitação do acordo geral. Gastone Righi (PTB): "Sr. Presidente, complementando a questão de ordem do ilustre líder Mário Covas, gostaria de declarar que a

liderança do PTB votará a favor do substitutivo da emenda coletiva do 'Centrão', o que agora se coloca em votação. O acordo a que chegamos demonstra a postura correta, adotada ontem pela liderança do PTB, ao pleitear a abstenção, para que tivéssemos essas 24 horas, quando todas as lideranças chegaram ao consenso", (ibid., vol. 17, p. 9893). Amaral Netto (PDS): "Sr. Presidente, como Líder do PDS, não estive presente à reunião. Quero aqui ratificar o que ficou acordado com os Constituintes Jarbas Passarinho, Delfim Netto, Bonifácio de Andrada e Gerson Peres. Parabenizo os que conseguiram chegar a um acordo que não pode contentar a todos, mas satisfaz um pouco a cada um, e dá ao País a possibilidade de ter uma Constituição cuja votação não leve a litígios", (ibid., vol. 17, p. 9893). Dep. Vladimir Palmeira (PT): "em primeiro lugar é preciso que fique claro que este é um texto de acordo. Portanto, é natural que nem todos estejam satisfeitos. Esta definição, portanto, por ser resultado de um acordo, não tem as qualidades que nós, da esquerda, gostaríamos que tivesse, mas ela evita o confronto, que nos poderia ser prejudicial, porque poderia ser aprovada a emenda do Centrão que diz: 'Empresa brasileira é só aquela instalada no País'" (ibid., vol. 17, p. 9903). Ou ainda, as palavras do relator: "O 'Centrão' fez concessões quanto ao controle decisório efetivo, à titularidade permanente e ao controle tecnológico. Isto é, quis fazer fusão", (ibid., vol. 17, p. 9904).

78 A emenda aprovada continha o seguinte texto: "Art. 200. Será considerada empresa brasileira aquela constituída sob as leis brasileiras e que tenha no país sua sede e administração. § 1º - Empresa brasileira de capital nacional é aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidade de direito público interno. Entende-se por controle efetivo da empresa, para fins deste parágrafo, a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 2º - A empresa brasileira de capital nacional poderá gozar, na forma da lei, de proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas à defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico do país. § 3º - A lei prevista no parágrafo anterior, que considerar um setor imprescindível para o desenvolvimento tecnológico nacional, poderá ainda, com relação á empresa brasileira de capital nacional, entre outras condições e requisitos: a) Exigir que o controle referido no parágrafo primeiro se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia, na forma por ela estabelecida; b) determinar percentuais de participação no capital das pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou entidade de direito público interno."

79 Ibid., vol. 17, p. 9912.

80 O texto do caput fora aprovado, sem nenhum encaminhamento contra e resultante de fusão, com o seguinte teor: "Art. 205. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial e pertencem à União, garantida ao concessionário ou autorizado a propriedade do produto da lavra. Parágrafo único. É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; a lei regulará a forma e o valor da participação".

80 Cf. Eliseo Aja. *El Estado Autonómico* (Madrid: Alianza, 1999) e Antonio G. Moreira Maués; Itziar Gómez Fernández (Orgs.) *Ordenamiento Territorial en Brasil y España* (Valencia: *Tirant lo blanch*, 2005).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico*. Madrid: Alianza, 1999.
ANAIS da Assembléia Nacional Constituinte, Vol. 1. Brasília: Senado Federal, [s.d.].
BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
CONSTITUCIÓN Española. Trabajos Parlamentarios, vol. I. e II. Madrid: Cortes Generales, 1989.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
DAHL, Robert. *La Poliarquia. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989
ESCUDERO, José Maria García; MARTÍNEZ, Maria Asunción García. *La Constitución día a día*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.
ELSTER, Jon. Argumenter et négocier dans deux Assemblées Constituantes. In: *Revue Française de Science Politique*, vol. 44, n. 2, 1994.
FERNANDES, Florestan. *A Constituição Inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *De Geisel a Collor:* o balanço da transição. São Paulo: Sumaré, 1990.
LLORENTE, Francisco Rubio. El proceso constituyente en España. In: *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *La elaboración de la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
_____; Itziar Gómez Fernández (Orgs.) *Ordenamiento Territorial en Brasil y España*. Valencia: *Tirant lo blanch*, 2005.
PECES-BARBA, Gregório. *La elaboración de la Constitución de 1978*. [s.n.t.].
SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
TEZANOS, J. F.; COTARELO, R.; BLAS, A. de (Orgs.). *La transición democrática española*. Madrid: Sistema, 1989.

Antonio Gomes Moreira Maués

Professor Associado da Universidade Federal do Pará
Pesquisador do CNPq

Av. Serzedelo Corrêa, 1035/202
Batista Campos – 66033-770
Belém – PA – Brasil
amaues@amazon.com.br

Élida Lauris dos Santos

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará
Doutoranda em Sociologia pela Universidade de Coimbra

Rua Almirante Gago Coutinho, nº 43
4º esquerdo – 3030-326
Coimbra – Portugal
elidalauris@gmail.com

UM ESTUDO SOBRE AS CONDIÇÕES FACILITADORAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL [1]

Loiane Prado Verbicaro [2]

JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL: A STUDY ABOUT THE CONDITIONS THAT MAKE IT POSSIBLE

RESUMO

A intitulada pesquisa tem como finalidade a análise do Poder Judiciário em um contexto de ampliação de sua dimensão política, o que traz como conseqüência um tipo inédito e peculiar de espaço público de participação democrática. Tal alteração no quadro político-institucional possibilitou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar de judicialização da política – expressa na ampliação da importância e da participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou efeitos visíveis na democracia brasileira. Serão analisadas as condições necessárias e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Judicialização da política; condições necessárias

ABSTRACT

This research is aimed at analyzing the Judiciary Power in a context wherein it acts as an agent amplifying its political dimension which brings about, as a consequence, a peculiar and unheard of type of public avenue of democratic participation. Such changes in the political and institutional environment made it possible for a more extended insertion of the Judiciary Power in essentially political matters, which came to gain widespread acceptance as "judicialization" of politics and has been expressed by a magnified importance and actual participation of the Judiciary Power in social, political and economical life. Such phenomenon, typical of consolidated democracies, derived from conditioning variables and peculiarities experienced in political, economical and social order and brought about visible consequences in Brazilian democracy. There will be analized the necessary conditions of the "judicialization" of politics process in Brazil.

KEYWORDS

"Judicialization" of Politics; necessary conditions

INTRODUÇÃO

Para se conceber um projeto contemplador de direitos fundamentais, de uma concepção material de democracia pautada no bem comum, na cidadania, na solidariedade e na justiça distributiva, o Poder Judiciário assume um papel decisivo, na medida em que representa um relevante espaço público de participação democrática realizador da materialidade da Constituição.

A institucionalização de um espaço público alternativo – complementar e não excludente às clássicas instituições político-representativas –, propiciado pelo incremento da atividade judicial, pela crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e sobre a sociabilidade da vida contemporânea, repercute diretamente nas relações entre Estado e sociedade civil, permitindo uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder por meio da abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas – especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que possibilitou a inserção do Poder Judiciário em um contexto de protagonismo e ampliação de sua dimensão política.

Como conseqüência dessa concepção de espaço público e da ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, houve uma alteração no quadro político-institucional, o que propiciou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar judicialização da política (judiciabilidade de questões políticas).

No contexto brasileiro, entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório.

O trabalho centra-se na análise dessas condições facilitadoras do processo de judicialização da política no Brasil. Para o desenvolvimento dessa abordagem, resgatou-se a lógica investigativa adotada na pesquisa do autor norte-americano Neal Tate (1995, p. 27-36) para aplicá-la à realidade brasileira e compreender, no interior das singularidades e especificidades próprias da realidade brasileira (contexto histórico, estrutura institucional, realidade democrática e política de reconhecimento de direitos fundamentais), os fatores que impulsionaram a expansão do protagonismo judicial no Brasil.

Nesse sentido, o resgate da análise que Neal Tate realizou na realidade norte-americana justifica-se como um importante ponto de partida e referencial teórico necessário para a fundamentação e estruturação do objeto investigado na presente pesquisa. Para tanto, a simplista adaptação e/ou transposição do modelo norte-americano

à realidade brasileira não seria em si uma estratégia investigativa segura, em virtude das inúmeras distinções institucionais e históricas existentes entre os Estados Unidos e o Brasil. Daí a necessidade de um aprofundamento específico do estudo no interior da realidade brasileira, o que será, a seguir, analisado.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONCEITO E CONDIÇÕES FAVORÁVEIS

A judicialização da política surge em um contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política – ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica. Tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou conseqüências visíveis na democracia brasileira.

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117), por meio da efetiva participação no processo referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas – a política se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado.

Com a consolidação desse fenômeno percebe-se certa aproximação entre o direito e a política, bem como uma mitigação ao conceito de legitimidade democrática, compreendida como simples representação originária do povo nas urnas capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos constituídos, ampliando-se tal fundamento democrático para a plena realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o político passa a ser, em alguns casos, processado pelo jurídico a fim de assegurar a respeitabilidade dos direitos fundamentais e da Constituição.

Esse protagonismo do Poder Judiciário decorre da própria Carta Constitucional de 1988 que o legitimou a atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia de proteção jurídica. A Constituição brasileira estabelece, assim, os contornos e limites institucionais de atuação da política democrática e o Judiciário é poder a quem compete garantir a respeitabilidade a esses núcleos constitucionais.

Nesse sentido, a atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na Carta Constitucional de 1988 e representa um reforço à lógica democrática.

Os autores norte-americanos C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ao investigarem a judicialização da política, analisaram os fatores que impulsionaram a expansão do

protagonismo judicial. Segundo eles, a expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, resultado do desenvolvimento histórico das instituições democráticas, está associada ao fim do comunismo no Leste europeu e à conseqüente queda da União Soviética; à hegemonia dos Estados Unidos da América, que propiciou a difusão do funcionamento institucional do sistema jurídico norte-americano de revisão judicial (*judicial review)*. Dessa forma, o modelo de revisão judicial contemplado nesse país tornou-se o paradigma de controle judicial a ser seguido por outros países, especialmente, pelas novas democracias. Segundo os autores, na Europa os direitos humanos tiveram, também, um papel fundamental, por ter disseminado a judicialização nos mais diversos países da região, sendo a difusão do poder judicial entendida como um avanço na idéia de limites jurídicos impostos pelo Estado à sociedade, inclusive ao próprio Estado.

Neal Tate (1995, p. 27-36) analisou as condições necessárias ou facilitadoras ao surgimento do processo de judicialização da política. São elas: a institucionalização de uma ordem democrática; a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário; a universalização do acesso ao sistema de justiça; a existência de uma Constituição (política de afirmação de direitos) que explicite direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria; o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política; a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política (tal ineficácia materializa-se na ausência e/ou insuficiência das políticas públicas acertadas na arena política e na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do Parlamento, gerando, com isso, uma espécie de crise de governabilidade e paralisia no processo decisório, o que culmina, quase sempre, em demandas ao Poder Judiciário); as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica (trata-se de um ato de renúncia à prerrogativa de decidir a fim de evitar o enfrentamento direto com questões fortemente controversas e de grande magnitude e impacto à sociedade. Exemplo: os casos de aborto, eutanásia, adoção de crianças por casais homossexuais, etc.).

No entanto, ressalta-se que esse fenômeno possui características diversificadas de acordo com as especificidades vivenciadas em cada país, não possuindo, pois, uma moldura inflexível ou fórmula genérica capaz de acolher todas as formas possíveis de manifestação da judicialização da política no interior de uma estrutura una, modular e hermética. Cada país tem as suas peculiaridades próprias (estrutura institucional, formação histórica, configuração da Carta Constitucional), não sendo capaz de seguir linear, simultânea e sincronicamente o modelo de judicialização seguido por outros países de tradições espaço-temporal distintas.

Nos países anglo-saxões (em virtude da estruturação do sistema jurídico da *Common Law*), o ativismo judicial e a judicialização da política constituem prática corrente

e tradicional. Nesse contexto, o Judiciário é concebido como portador de um considerável poder de criação do direito por meio dos precedentes, como guardião dos direitos fundamentais e como "ator consciente das implicações ético-morais de suas funções profissionais e, acima de tudo, sensível ao seu meio ambiente, onde encontra as bases históricas para definir e fundamentar seus critérios de interpretação e justiça" (FARIA, 1997).

Já nos países cujo sistema jurídico tem origem no direito romano-germânico da *Civil Law* (América Latina e Europa Continental), o papel atribuído ao Judiciário sempre foi mais restrito. Essa origem (romano-germânica) gera uma tradição cultural essencialmente caracterizada por uma tendência à auto-restrição dos juízes, por um mecanicismo interpretativo e por uma concepção formalista da ciência jurídica. Por isso, fala-se em um juiz funcionário (burocrata estatal) que realiza, simplesmente, um mecânico processo de aplicação de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos, a fim de garantir a certeza nas relações jurídicas.

Ocorre que há, segundo constata Cappelletti (1999), uma tendência cada vez maior de convergência do sistema da *Common Law* com o sistema da *Civil Law,* aproximando as tradições da Europa Continental com as da cultura anglo-saxã, secularmente distanciadas entre si. Tal tendência associa-se ao crescimento do caráter legislado do direito anglo-saxão; à reformulação da teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu no sistema da *Civil Law;* à aproximação com o modelo de *checks and balances* dos federalistas americanos, que concebem os juízes como guardiões dos direitos fundamentais e não simples operadores das leis e da certeza jurídica – ampliação das funções judiciais e do papel criativo do Poder Judiciário no direito romano-germânico, que vêm crescentemente afirmando uma concepção antidogmática de compreensão do direito.

No contexto brasileiro, grande parte das condições facilitadoras da judicialização da política pode ser identificada, especialmente, a partir do processo de redemocratização e reconstitucionalização do Brasil, após sucessivos períodos de autoritarismo. Aliado aos fatores globais que contribuem à judicialização da política como fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, outros, decorrentes de condicionamentos e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social brasileira, bem como transformações sofridas pelo próprio sistema legal na função jurisdicional, propiciam o surgimento e a consolidação desse processo de intervenção do Poder Judiciário em assuntos políticos. Entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras desse processo, destacam-se as seguintes:

1) A promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe mudanças valorativas ao direito. Este fato atribuiu crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre os quais destacam-se: a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o pluralismo

político, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o sufrágio universal, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem-estar, a justiça e o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias a sua efetiva proteção jurídica por intermédio de novos instrumentos processuais (como: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção).

A existência de uma Constituição social, democrática e compromissária que explicite direitos e valores a serem resguardados pelo Estado e que possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sintam lesados pelo descumprimento de seus direitos é um marco a justificar um Judiciário capaz de inserir-se na arena política (jurisdicização dos conflitos sociais e políticos) a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional.

Uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos e uma prática judiciária que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental realizadora dos valores substanciais presentes em seu texto e capaz de garantir o elo conteudístico de união da política (pública governamental do Estado) ao núcleo político e valorativo do contrato social expresso na Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais e cujo sentido só pode ser alterado a partir de uma ruptura institucional.

2) A universalização do acesso à justiça (CAPPELLETTI, 2002). A exata compreensão do acesso à justiça, que se transformou em direito fundamental do cidadão nas modernas democracias, deve abranger tanto a acessibilidade do sistema a todos os indivíduos que necessitem da tutela estatal quanto o bom funcionamento da estrutura judiciária, proporcionando aos cidadãos a produção de resultados socialmente justos. O efetivo acesso à justiça é indispensável à materialização do fenômeno da judicialização da política.

3) A estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propicia maior respeitabilidade as suas decisões e/ou atuação. Nos regimes tripartites, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do estado. Dessa forma, o Judiciário age tanto como um poder legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela, como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo.

4) A existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas (fatores de indeterminação do direito), em

detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica.

A expansão do poder judicante nas sociedades contemporâneas é um fenômeno que marcou o final do século passado, tendo o seu maior realce na Assembléia Constituinte, momento em que os representantes do povo elaboraram uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas nas matérias mais palpitantes. Isso se deu em virtude da ausência "de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo" e de dar um mínimo de unidade, certeza, univocidade e coerência à ordem constitucional. Como alternativa, recorreu-se a normas que permitissem ulteriores complementações e/ou valorações em seu sentido normativo. Como conseqüência, o Judiciário teve sua discricionariedade e seu protagonismo ampliados, "sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político" (Faria, 2003).

Nesse contexto, percebe-se uma sensível diminuição do rigor e da estrita subsunção do juiz a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança mediante a interpretação. Verifica-se, pois, a ampliação das hipóteses em que os juízes são chamados a valorar autonomamente as normas constitucionais (e também as normas infraconstitucionais) e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao legislador. Tal mudança enfatiza as especificidades, peculiaridades e singularidades do caso concreto, o que propicia condições de possibilidade para uma análise eqüitativa e fundada em preceitos de uma justiça social e distributiva, mesmo que em nome de um certo déficit de certeza, previsibilidade, univocidade e exatidão da ordem jurídica.

Seguindo essa tendência, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Carta Constitucional de 1988, depara-se com diversos modos de expressão legislativa que fazem com que o órgão aplicador do direito adquira certa autonomia em face da lei. São eles: os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as normas programáticas (Engisch, 1996, p. 208-231).

Com a existência desses fatores de indeterminação do direito, o órgão julgador passa a ser chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente por meio da formal subsunção do fato à norma, mas mediante valorações e a adaptação da norma à dinâmica da realidade social. Nesse sentido, o juiz fortemente vinculado à lei é substituído por um juiz modelador da vida social, com sensibilidade para captar e atender as múltiplas necessidades sociais.

Os tribunais desvinculam-se, assim, das garras da estrita vinculação à lei. No entanto, é importante esclarecer que esses conceitos desvinculantes não permitem ao juiz uma total e irrestrita liberdade de julgamento (Grau, 2006, p. 107). Há molduras e pautas normativas que devem ser respeitadas no momento da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto.

Nota-se que esses conceitos desvinculantes, característicos, essencialmente, do âmbito constitucional, ao mesmo tempo em que provocam uma maior dificuldade à aplicação do direito, propiciam, em contrapartida, maiores condições de possibilidade a uma ampliação da eficácia e melhor aplicabilidade de seus dispositivos. Isso porque possibilitam uma análise específica do caso e dotada de racionalidade substancial, bem como favorecem o exercício do controle judicial, inclusive de políticas públicas, na medida em que conduzem à ampliação de uma análise judicial substantiva. Assim, em vez de representarem arbítrio e insegurança generalizada, contribuem, em tese, à concretização dos ideais de justiça social e eficácia dos direitos fundamentais.

Tais fatores de indeterminação do direito atribuem (ou ao menos possibilitam condições de possibilidade) efetividade e força vinculante à Constituição, por intermédio do Poder Judiciário, que passa a ter uma atuação de cunho substancial a fim de efetivar os princípios democráticos, bem como a garantia dos direitos e garantias fundamentais. Para se garantir a máxima normatividade possível dos enunciados constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, torna-se imperativo que o Poder Judiciário efetue o controle das políticas públicas, utilizando-se, para tanto, de técnicas hermenêuticas adequadas a fim de assegurar o caráter racional do processo decisório.

Os fatores de indeterminação do direito possibilitam, pois, uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas, o que proporciona um maior destaque ao Poder Judiciário, que passa a atuar com maior liberdade na concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos, em um contexto social perverso e excludente. É nesse cenário de maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização dos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas); de promover a igualdade e a inclusão social, em um contexto de crise do Estado, crise do direito e crise da justiça.

5) A crise do paradigma positivista e do modelo formalista de interpretação, comandados por rígidos cânones e por intérpretes dotados de especial autoridade. Tal crise proporcionou mudanças significativas na hermenêutica jurídica e passou a questionar a teoria da interpretação como dedução puramente lógica e formal do texto normativo. Tal mudança ampliou consideravelmente o poder e as responsabilidades da magistratura brasileira.

A partir da percepção da crise do formalismo interpretativo e da correspondente ruptura paradigmática no ato de compreensão e de interpretação do direito, o ato de criação normativa – positivação do direito – passa a ocorrer não apenas no momento de deliberação majoritária pelo poder institucionalmente constituído e democraticamente eleito para tanto (arena política do Legislativo), mas também pelo próprio Poder Judiciário, no instante em que se dá o julgamento do caso concreto submetido a sua apreciação (DWORKIN, 1999).

Isso conduz a uma relativização do momento de positivação do direito e uma conseqüente mudança nos tradicionais pressupostos da dogmática jurídica, que concebem o ato judicante como um simples ato conclusivo de aplicação do fato à norma previamente elaborada, e não como elemento de criação do sistema jurídico.

6) A ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Essa dimensão da capacidade dos tribunais de efetuar o controle de constitucionalidade das leis é de fundamental importância no que se refere à inserção do Poder Judiciário no sistema político (Mauès; Leitão, 2003, p. 7). Trata-se de um importante indicador da relevância atribuída ao Poder Judiciário no interior do sistema político de poder.

No Brasil, tanto os juízes de primeiro grau, por meio do controle difuso de constitucionalidade (de inspiração norte-americana), como o Supremo Tribunal Federal, com o controle concentrado de constitucionalidade (de inspiração austríaco-kelseniana), estão autorizados, constitucionalmente, a intervir, quando solicitados, no controle das leis e no processo de elaboração e de implementação de políticas públicas, a partir de uma atuação limitadora da ação dos outros poderes do Estado.

O controle difuso de constitucionalidade, ou controle por via de exceção, é aquele em que todo e qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade das leis no julgamento do caso concreto. Nesse modelo de controle, a lei declarada inconstitucional tem eficácia *inter partes* e continua a integrar o ordenamento jurídico, sendo afastada, apenas, no caso específico submetido à apreciação do Poder Judiciário. Percebe-se o obstáculo que pode representar à ação intervencionista ou reformista do Estado na existência do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que atribui aos juízes de instâncias inferiores ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de revisão de última instância, a prerrogativa de interpretar e controlar a constitucionalidade das leis. O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, validade universal, fazendo com que a lei declarada inconstitucional seja afastada do ordenamento jurídico.

Trata-se de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade que outorga ao Poder Judiciário, especialmente ao Tribunal Constitucional, uma posição de destaque à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, propiciando condições facilitadoras ao surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil. A existência de um efetivo controle de constitucionalidade, inevitavelmente, favorece a existência de políticas judicializadas, na medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da interpretação que os juízes fazem de seu sentido normativo. A identificação desse fundamento constitucional atinente ao controle de constitucionalidade é, pois, critério fundamental à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder.

7) A permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias em situações de relevância e urgência, sem que haja o estabelecimento de limites claros e precisos quanto ao seu uso, estabelece um vasto campo de possibilidades para a produção legislativa por parte desse poder e amplas possibilidades para o descumprimento dos preceitos constitucionais (Carey; Shugart, 1998). Ocorre que, como o texto constitucional impõe limites ao poder político e atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade para efetuar a fiscalização dos atos deliberados pelos outros poderes (controle de constitucionalidade), garantem-se a respeitabilidade às instituições democráticas e a abertura de um espaço institucional facilitador da judicialização dos conflitos políticos.

8) A ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a agir em defesa de direitos coletivos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito). As recentes reformas processuais estão cada vez mais permitindo o alargamento das hipóteses de legitimação para agir nas ações coletivas, possibilitando aos cidadãos amplo acesso à defesa de seus direitos individuais e coletivos.

A ampliação da legitimidade ativa à propositura da ação direta de inconstitucionalidade propiciou um considerável acréscimo na importância do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ampliação de legitimidade, especialmente à concedida aos partidos políticos para requererem o controle e a revisão de atos políticos deliberados na arena majoritária, proporcionou um processo de fiscalização na elaboração e na execução de políticas públicas pela oposição política ao governo. Verifica-se, nesse contexto, a inserção do Poder Judiciário na arena política, na medida em que as oposições partidárias judicializam o processo legislativo e executivo a fim de limitar e/ou bloquear as políticas governamentais do Estado, incompatíveis com a Constituição.

Todavia, essa atuação dos partidos políticos no controle de constitucionalidade dos atos normativos tem limites. Os partidos políticos são autorizados, constitucionalmente, a propor ADIn perante o Supremo Tribunal Federal contra atos do Executivo e Legislativo violadores da Constituição; entretanto, não estão autorizados a converter o Tribunal Constitucional em uma terceira "Casa Legislativa", capaz de reverter as decisões tomadas na arena majoritária, mas não acatadas pela minoria parlamentar vencida. Esse comportamento seria um ato de violação à Constituição, uma vez que implicaria desrespeito "à regra da maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs" (Maués; Leitão, 2003, p. 7).

9) A veloz modificação da base econômica do Brasil, resultante de processos de modernização e desenvolvimento econômico acelerados, que converteram, em 50 anos,

uma sociedade predominantemente agrária em uma sociedade industrializada, complexa e urbana, caracterizada pela instabilidade institucional e pela crescente desigualdade social. Esse modelo se justifica pela forma tardia, mas intensa e acelerada, em que ocorreram o processo de industrialização e o desenvolvimento do capitalismo no Brasil.

O processo de modernização e industrialização da economia brasileira iniciou-se a partir da década de 1940 e teve como principal agente indutor o Poder Público, ao contrário do que se verificou nos países europeus, em que a industrialização e o capitalismo foram incentivados pelo mercado. Tal forma de indução da industrialização e do capitalismo brasileiros se deu em virtude de um somatório de fatores, entre os quais destaca-se: a incapacidade da sociedade brasileira em formar poupança interna e a falta de uma elite capaz de conduzir esse processo de transformação da base econômica do Brasil. Nesse sentido, o Estado brasileiro atuou diretamente a fim de desenvolver estímulos fiscais, garantias de captação de recursos externos, reformas estruturais na legislação brasileira, etc.

Apontam-se como conseqüências desse processo tardio, mas intenso e veloz, de modernização à (des)estruturação do Estado brasileiro: a veloz alteração da ocupação geoocupacional, que transformou o Brasil de um país essencialmente rural em um país urbano, mas que, em virtude da velocidade desse processo, incitou verdadeira desestruturação social pela ausência de políticas públicas e de logística nas cidades para adaptar-se ao ligeiro processo de industrialização, urbanização e migração; mudanças geoeconômicas; choques culturais; crise fiscal do Estado; crescentes crises e conflitos sociais; instabilidade institucional; crescente desigualdade social.

Tais conseqüências refletiram diretamente na formação da conflituosidade social e na própria demanda por justiça na sociedade brasileira, o que explica, em parte, o crescimento quantitativo e qualitativo de demandas sobre o Poder Judiciário e a maior percepção de sua importância e dimensão política no contexto de uma sociedade desestruturada social e economicamente.

10) A existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos, o que demonstra a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após a democratização do país.

11) O agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do País e a conseqüente explosão da crise social, que provocaram intensa procura dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de restabelecer seus direitos fundamentais violados e/ou não implementados pelo Poder Público.

12) A hipertrofia legislativa ou sobrejuridificação da realidade social, que decorreu da crescente ineficácia do sistema legal em face da crise econômica e social do País, o que impulsionou o Estado a legislar em ritmo intenso a fim de tentar restabelecer um ajuste no sistema jurídico que fosse compatível com a conflituosidade que se apresentava.

No Brasil, a crise econômica das últimas décadas do século XX, as transformações tecnológicas em curso nas economias industrializadas e a dinâmica dos mercados cada vez mais integrados em escala planetária (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA,1996, p. 29) geraram grandes conseqüências ao direito positivo e ao sistema jurídico brasileiro, entre elas, destaca-se: a ineficácia crescente do sistema legal em face da nova dinâmica social, o que impulsionou uma tentativa de reformulação no paradigma jurídico.

Essa realidade de descompasso entre o sistema legal e os conflitos sociais obrigou o Estado a efetuar um ajuste em seu sistema legal para compatibilizá-lo à realidade sociopolítico-econômica. Para tanto, passou a legislar desenfreadamente, por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas, com o objetivo de coordenar, limitar e induzir o comportamento dos agentes produtivos. Ocorre que, em vez de proporcionar o ajuste almejado, instalou-se um verdadeiro abismo entre a dinâmica das instituições político-jurídicas e a realidade socioeconômica, bem como o fim da coerência e da unidade do sistema jurídico.

Segundo José Eduardo Faria (2003, p. 15), o resultado dessa tentativa de ajuste do sistema legal à nova conflituosidade foi paradoxal. Isso porque quanto mais o Estado legislou visando à neutralização e/ou pacificação dos conflitos, mais ele os intensificou, os problematizou e os multiplicou, uma vez que essas normas, fruto da intensa produção legislativa, "se entrecruzam e criam intricadas cadeias normativas, rompendo a unidade lógica, a coerência conceitual, a uniformidade doutrinária e a funcionalidade do próprio ordenamento jurídico", gerando, com isso, incerteza, diminuição do potencial de eficácia da legislação, instabilidade legal, inflação jurídica, aumento da conflituosidade social, comprometimento da efetividade das políticas e programas de governo, dificuldade no cálculo racional entre os agentes produtivos, insegurança no sistema econômico, entre outras conseqüências.

A intensa produção de leis (hipertrofia legislativa), ao tentar atender aos mais contingentes, antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade, em vez de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, resolve-se em um esvaziamento da eficácia da própria lei. O problema resultante dessa excessiva edição de normas é o da coerência interna do ordenamento jurídico, que não consegue manter um padrão de logicidade, integração e coesão. Nesse contexto:

> […] o direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da era "das grandes codificações". A idéia de unicidade do sistema jurídico é

> substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrossistema (CAMPILONGO, 2002, p. 40-42).

Rompe-se, assim, com a tradicional visão do direito que o concebe como um sistema fechado, hierarquizado, coerente e completo. Visualiza-se, então, um sistema que compreende o direito como múltiplas cadeias normativas capazes de apreender a complexidade da realidade socioeconômica. Esse sistema se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes.

Diante dessa realidade, ampliam-se as tensões no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que a excessiva e desenfreada produção legislativa conduz os tribunais a uma tentativa de restabelecer "um mínimo de coerência e unidade no sistema jurídico", ampliando-se, dessa forma, a liberdade e a discricionariedade interpretativa no seio da magistratura, com a conseqüente fragilização das fundamentações de natureza puramente técnica e formal. Isso porque, como a ordem jurídica não consegue oferecer parâmetros "constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo" por parte dos juízes, que são chamados a decidir as questões que lhes são apresentadas, tornando-se um poder com atribuições, em parte, legislativas. Isso porque como o sentido definitivo da norma só pode ser "estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática, os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja: ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores" (FARIA, 2003, p. 15).

Visualiza-se, nesse contexto de ineficácia da política macroeconômica do país, de tentativa do Estado de (re)estabelecer a ordem e a sintonia entre o sistema jurídico e a realidade sociopolítico-econômica, de hipertrofia legislativa e de ineficácia do sistema legal em face da nova dinâmica social, a incapacidade da dogmática jurídica em oferecer critérios racionais, unívocos e previsíveis para a interpretação jurídica. Conseqüência disso é a ampliação no espaço de argumentação, interpretação, fundamentação e reconstrução da realidade por intermédio das decisões judiciais, o que reflete no protagonismo do Poder Judiciário na esfera econômica, política e social. Essa crescente juridificação decorrente do excesso de leis contribui com o surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil.

13) A desproporcionalidade da representação política (distorção da idéia de democracia representativa em virtude das dissintonias existentes na relação Estado *x* sociedade) e a crescente ineficácia do sistema político-decisório – crise de legitimidade das instituições democráticas – na implementação de políticas públicas, o que enseja a necessidade de uma atuação substancial do Poder Judiciário a fim de tutelar os direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos. É ao Poder Judiciário

que os atores políticos e sociais crescentemente recorrem a fim de reivindicarem pelos seus direitos.

A discussão em torno da desproporcionalidade na representação política envolve tanto a representatividade popular (Câmara dos Deputados) quanto a representatividade territorial (Senado Federal), a julgar pelos percentuais da relação representantes *x* representados, a saber: os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com 42% da população e apenas 38% do eleitorado nacional, possuem maior número de representantes parlamentares na Câmara (52%) e no Senado (74%). Os Estados do Sul e Sudeste, com 58% da população e 62% do eleitorado, possuem o diminuto percentual de 48% dos representantes da Câmara e 26% dos representantes do Senado Federal.

As distorções comumente apontadas à representatividade popular referem-se, fundamentalmente: 1) ao estabelecimento de um número mínimo de representantes por unidade da Federação independentemente da sua população, o que conduz a uma sobre-representação de certas unidades da federação; 2) ao estabelecimento de um número máximo de representantes por Estado, o que leva a uma sub-representação de certas unidades da federação; 3) a não-revisão periódica do número de representantes de cada Estado a partir do padrão de crescimento populacional.

Quanto à representatividade territorial, seus desequilíbrios são mecanismos criados pelo sistema político como forma de assegurar a igualdade política nas unidades federadas e compensar o atraso econômico por via do bônus na representação política (sobre-representação dos Estados menos populosos e mais pobres e sub-representação dos Estados mais populosos e mais ricos). Isso porque uma representatividade estritamente proporcional dos Estados na configuração eleitoral levaria a uma maior coincidência entre poder econômico e poder político, o que aumentaria o grau do desequilíbrio federativo (SANTOS, 2003, p. 51-60).

Tal modelo político burla, essencialmente, a idéia de representação proporcional (um indivíduo, um voto). Segundo seus críticos (LIMA JÚNIOR, 1997, p. 110-128), o caráter proporcional da representatividade seria a tradução mais precisa do princípio igualitário da democracia. A desproporcionalidade dos Estados, ao contrário, a contemplação da desigualdade e restrição ao poder da *demos*, ao estabelecer que os votos de alguns cidadãos tenham maior valor do que os de outros (constrangimento à democracia e afastamento de decisões mais compatíveis com os interesses da maioria).

À luz dessa linha argumentativa, visualiza-se uma distorção da democracia representativa, o que conduz, invariavelmente, a uma amoralidade no sistema político-partidário, uma vez que o chefe do Executivo Federal, para se eleger, precisa do apoio do eleitorado do Sul e Sudeste, mas, para buscar as bases de sustentação da sua governabilidade, tem que fazer acordos e concessões com os parlamentares do Norte e Nordeste.

A necessidade de tais acordos, alianças e concessões nem sempre possibilita a realização dos interesses do (povo) eleitorado que elegeu seus representantes a fim de

tutelar e reivindicar pelas suas necessidades, direitos e anseios – ausência de uma relação de identidade entre representantes e representados.

Tal sistema representativo, com elevado potencial de ingovernabilidade, gera reflexos no empobrecimento das vias de representatividade popular e no crescente *déficit* de cidadania e inclusão social, o que desloca, ao Poder Judiciário, atribuições e responsabilidades próprias da arena política, a fim de propiciar uma via a mais de acesso às instâncias de poder, à cidadania, à inclusão e à igualdade.

CONCLUSÃO

A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na Segunda Guerra Mundial foi determinante para a consagração da democracia e a constitucionalização de direitos.

Sob a influência dessa diretriz, a política aliada do Pós-Guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo.

O surgimento do constitucionalismo democrático no segundo Pós-Guerra trouxe consigo a universalização do *judicial review*, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação do texto constitucional, com especial destaque ao Judiciário como poder estratégico capaz de garantir um núcleo mínimo de direitos fundamentais dos cidadãos.

No Brasil, após o processo de redemocratização e constitucionalização do país, a conjuntura política, econômica e social favoreceu a intervenção dos tribunais em questões políticas, a fim de resguardar a supremacia da Constituição, dos direitos fundamentais e da democracia. Tal fenômeno da judicialização da política no Brasil não foi monolítico. Vários fatores contribuíram apara a consolidação desse modelo. São eles: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão

da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório.

Nesse contexto democrático de florescimento da judicialização da política, verificam-se significativas transformações no papel e na responsabilidade assumidos pelo Poder Judiciário na sociedade contemporânea, que o conduziram a assumir um modelo politizado e promovedor de direitos fundamentais, a despeito da crise da justiça e dos aspectos problematizantes da sua atuação em face das políticas públicas do Estado.

O Poder Judiciário não pode ser concebido como uma estrutura totalizadora e revolucionária capaz de provocar, por si só, transformações emancipadoras na sociedade e o desenvolvimento nacional do país. A via de acesso ao Judiciário é um importante canal e instrumento de veiculação de reivindicações individuais e coletivas a fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que não podem ser tratados como simples recomendações éticas ao Estado ou apêndices à democracia.

Trata-se de uma exigência do Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais sejam respeitados e que entre os cidadãos não se estabeleça um fosso insuperável de vantagens e oportunidades. E o Poder Judiciário é, sem dúvida, uma importante via, não a única, de acesso dos cidadãos às instâncias do poder, para fazer cumprir os direitos e os valores fundamentais da democracia.

Não se deve, é óbvio, substituir, peremptoriamente, as instâncias majoritárias de formação da vontade política, que possuem, por essência, a representatividade popular e democrática, pelas instâncias judicantes. Estas não podem e não devem reivindicar para si o espaço atribuído institucionalmente às deliberações democráticas cabíveis aos outros poderes do Estado. A arena da participação democrática é fundamental à democracia. As escolhas dos canais majoritários são escolhas legítimas e que, em regra, devem conduzir a sociedade. O Poder Judiciário não é e não pode ser o único, o permanente e o principal canal de delimitação dos direitos fundamentais e de reivindicações sociais: outros canais devem absorver e processar as demandas e insatisfações populares, sob pena de esvaziar o mundo político, imprescindível à idéia de democracia.

A via de acesso ao Poder Judiciário propicia um reforço à lógica democrática ao possibilitar a ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder; ao permitir uma (re)discussão de temas vitais ao Estado Democrático de Direito e ao favorecer uma racionalidade a propostas divergentes e/ou não conciliáveis ou harmonizáveis na arena majoritária de formação da vontade política. Eis a sua importância como estrutura complementar; não excludente à forma clássica de deliberação democrática.

Tal atuação do Poder Judiciário propicia condições de possibilidade para uma dinamização à democracia ao viabilizar a realização plena dos direitos fundamentais individuais e sociais. Com isso, impulsionam-se os poderes políticos do Estado a atuarem na realização efetiva de políticas públicas capazes de melhorar socialmente a vida da sociedade, a fim de resgatar a representatividade dos poderes políticos e a sua importância na condução do Estado e das políticas governamentais de inclusão e justiça social.

À luz dessas diretrizes, a democracia passa a funcionar, sob sua melhor luz, quando se tem um sistema no qual os juízes interpretam, a partir de uma perspectiva inclusiva, transformadora, antidogmática e pautada sob o manto da racionalidade, o cenário jurídico de uma determinada comunidade, de modo a resguardar o conjunto de princípios que a regem, com especial ênfase aos direitos fundamentais.

: ARTIGO APROVADO (21/10/2008) : *RECEBIDO EM 30/11/2007*

NOTAS

1 O presente trabalho refere-se, em parte, às reflexões realizadas para a dissertação de mestrado intitulada *Os tribunais nas democracias contemporâneas*: uma análise à luz da judicialização da política, defendida em novembro de 2007.

2 Professora do Centro Universitário do Pará, Graduada (*summa cum laude*), Mestra em Direito, Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará e Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Seqüência 47* – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ano XXIV, n. 47, dez. 2003.
CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* São Paulo: Max Limonad, 2002.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
———. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Fabris, 2002.
CAREY, John M.; SHUGART, Matthew (Org.). *Executive decree authority.* New York: Cambridge University Press, 1998.
CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, nov. 2004.
CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.* São Paulo: RT, v. 86, mar. 1997.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
———. *Uma questão de princípio.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
———. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.
ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário. *O Estado de S. Paulo*, 6 jun. 1999a.
———. O Supremo e a "judicialização da política". *O Estado de S. Paulo*, 6 nov. 1999b.
——— (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 2002.
———. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>. 2003.
FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antiguidad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001.
GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos juízes (na democracia). *Justiça e Democracia* – Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.
HESSE, Manuel Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. *Instituições políticas democráticas*: o segredo da legitimidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, n. 57, 2002.
OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. Politização do direito e juridicização da política. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br>.
RIBEIRO, Hélcio. *Justiça e democracia*. Judicialização da política e controle externo da magistratura. Porto Alegre: Síntese, 2001.
SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*: o caso português. Portugal: Centro de Estudos Judiciários e Edições Afrontamento, 1996.
SANTOS, Wanderley Guilherme. *O cálculo do conflito*. Estabilidade e crise na política brasileira. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
TATE, Neal; VALLINDER, T. The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.
TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar*: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano Editora, 2001.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.
WERNECK VIANA, Luiz. Poder Judiciário, "positivação do direito natural" e política. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro: Editora Acadêmica, n. 18, 1996. 1995.
——— (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.
———; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica 1995.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995.

Loiane Prado Verbicaro

Av. José Bonifácio, n. 1130, apt. 1201
Belém – PA – Brasil
loianeverbicaro@uol.com.br

Professora do Centro Universitário do Pará
Graduada (summa cum laude)
Mestra em Direito
Mestranda em Ciência Política
pela Universidade Federal do Pará
Doutoranda em Direitos Humanos
pela Universidade de Salamanca (Espanha)

A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: [1] SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA"

Marcos Paulo Verissimo

THE BRAZILIAN 1988 CONSTITUTION TWENTY YEARS ON: SUPREME COURT AND ACTIVISM IN A "BRAZILIAN MODE"

RESUMO

Este artigo examina as transformações por que vem passando o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, relacionando-as à sua reconfiguração institucional ocorrida por ocasião da Constituição de 1988. Essas transformações são apresentadas como respostas a um duplo fenômeno (impulsionado por essa mesma reconfiguração institucional) de incremento do papel político do Tribunal, por um lado, e de sobrecarga extraordinária de seu volume de trabalho, por outro. Essa tensão reflete no modelo misto de controle de constitucionalidade no Brasil e parece apontar para mudanças iminentes nesse mesmo modelo, algumas das quais já vêm sendo concebidas pelo próprio Tribunal.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade; Judicialização da Política no Brasil

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court is currently changing. This process of change seems to aim at solving a important contradiction caused by the institutional redesign of the court in the 1988 Constitution that, on the one hand, has transformed it into one of the country's major political actors, but, on the other hand, has also caused its dockets to get incredibly overloaded, forcing the court to deal with more then 100,000 cases a year. The solution for such paradox will probably lead to changes in the Brazilian mixed model of Judicial Review, and some of these changes are already been conceived by the jurisprudence of the court itself.

KEYWORDS

Brazilian Supreme Court; Judicial Review in Brazil; Judicialization in Brazil

Introdução

A Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal e o processo de judicialização da vida política nacional

A Constituição de 1988 aniversariou em outubro de 2008 e a comemoração de seus vinte anos passa a ensejar, como é comum acontecer nessas datas especiais, processos variados de avaliação, balanço e revisão. Trata-se de um documento importante por muitas razões, algumas óbvias e outras menos evidentes. Sua posição privilegiada na hierarquia normativa poderia, do ponto de vista interno à dogmática jurídica, ser usada

como justificativa formal bastante dessa importância. No entanto, uma análise ao menos parcialmente externa à dogmática é capaz de pôr em relevo outras razões de destaque menos evidentes e talvez mais importantes. A primeira é simbólica: trata-se da "Constituição Cidadã", que nasceu para traduzir uma espécie de novo pacto institucional para a democracia. Nesse sentido, além de documento jurídico, ela incorpora a promessa da construção e manutenção de uma democracia sustentável após um período longo de tempo em que o Brasil foi marcado mais por governos de exceção que por governos democráticos. Além disso, a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que se quis fundar como *welfarista,* e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais.

Esse plano de ação social foi incorporado ao discurso constitucional por meio do léxico da dogmática jurídica, com seus substantivos, adjetivos e verbos bastante próprios. Assim, a proposta de construção de uma democracia social foi configurada no documento constitucional debaixo do jargão dos direitos, e os objetivos de redução da pobreza traduzidos em direitos sociais cuja estrutura foi interpretada pela dogmática jurídica sob a mesma tradicional chave dos direitos subjetivos. Essa característica marcante da Constituição de 1988 (que não constitui, vale dizer, fenômeno exclusivamente nacional), produziu importantes modificações no discurso da dogmática constitucional, que incorporou à adjudicação constitucional, com isso, novos e importantes problemas, aos quais estão relacionados os temas candentes da exigibilidade dos direitos sociais, da eficácia normativa das normas ditas programáticas, dos limites do controle de constitucionalidade e outros semelhantes, crescentemente lançados na pauta dos debates constitucionais a partir da promulgação do texto atualmente em vigor.

Sob um prisma externo à dogmática constitucional, o primeiro produto mais importante desse novo arranjo constitucional consistiu em uma espécie de "fuga" cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários. Esse processo, chamado globalmente pela alcunha de "judicialização", que se torna cada vez mais prevalente na experiência nacional, não parece ter sido, ademais, um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional. Ao revés, parece ser um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo, na medida em que, para além de traduzir o compromisso de democracia social para dentro do léxico do direito, o texto constitucional promulgado em 1988 também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial capazes de viabilizar a "implementação" dos "direitos" e "princípios" de transformação social incorporados à nova carta.[2]

A Constituição de 1988 também teve um papel fundamental no redesenho da política tradicional, isto é, não judiciária, no contexto nacional. Outorgando enormes poderes de agenda à chefia do executivo, entregou a esse poder uma capacidade de ditar a pauta legislativa até então inédita no País, ao menos se considerarmos as experiências democráticas anteriores. Entregando também ao executivo poderes intensos de interferência na política de distribuição de recursos, deu a esse poder capacidade de aglutinação em torno de si de um sistema partidário fragmentado, fundando as condições para o nosso chamado "presidencialismo de coalizão", em que o executivo central passa a ter, simultaneamente, enorme predominância na determinação da pauta legislativa, além de altas taxas de sucesso na aprovação de seus projetos.[3] Por sua vez, esse expressivo aumento no poder de determinação da política partidária por parte do executivo parece ter contribuído, lateralmente, para a construção de um ambiente institucional apto a atribuir aos órgãos judiciários uma espécie de "competência de controle" do novo e fortalecido executivo, transformando esses órgãos em um importante fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de "segunda instância deliberativa", que passou a ser largamente utilizada tanto pela sociedade civil quanto pelos partidos de oposição.

A lista de transformações institucionais provocadas ou viabilizadas pela Constituição de 1988 seria enorme, e não é objetivo deste texto apresentá-la exaustivamente. Contudo, um determinado aspecto dessas transformações parece poder ser indicado com razoável clareza, aspecto esse que, como demonstrarei adiante, se relaciona, diretamente, ao processo de judicialização supra-referido. Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário "ativista", que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais).

Dentro desse arranjo, um entre os demais órgãos judiciários destaca-se, tendo tido seu papel e características institucionais transformados radicalmente nos últimos vinte anos. Trata-se, evidentemente, do Supremo Tribunal Federal. Apontado pelo texto de 1988 como o órgão responsável, "precipuamente", pela "guarda" da Constituição, esse tribunal foi inteiramente reformado pela nova Carta, destacando-se, entre as características gerais desse processo da reforma, uma enorme preocupação em ampliar as vias de acesso popular à sua jurisdição. Isso se traduziu em instrumentos os mais diversos, entre os quais sobrelevam os seguintes: (i) ampliação do rol de legitimados para a movimentação do controle concentrado; e (ii) eliminação das barreiras de acesso ao controle difuso, por meio, sobretudo, da eliminação dos requisitos de relevância geral como condições especiais de admissibilidade do recurso extraordinário.

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais "rotineiro"[4] de prestador de serviços forenses, de "terceira instância" na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.

É em meio a essa crise de identidade institucional do Supremo Tribunal Federal que se comemorará o vigésimo aniversário da Constituição de 1988. As propostas para a solução da crise vão aparecendo aqui e ali e incluem instrumentos de concentração decisória, mecanismos de filtro, propostas de transformação da corte em um "tribunal constitucional".[5]

Nesse sentido, meu propósito com o presente ensaio é o de analisar com alguma atenção os dados que compõem as estatísticas de julgamento do Supremo, de sorte a tentar compreender como se tem dado, efetivamente, o desenvolvimento de sua missão política em meio a tamanha congestão de casos. A partir dessa análise, procuro examinar, ainda que superficialmente, algumas das propostas de reforma institucional do STF, incluindo uma proposta que se poderia chamar de "autoconduzida" que se encontra presentemente em curso de julgamento no tribunal, ligada à atribuição de efeito vinculante às decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Em conclusão, procuro demonstrar que um debate mais intenso acerca da feição institucional que se quererá emprestar ao órgão é premente, e que, muito possivelmente, tal feição não será a de um "tribunal constitucional" em sentido clássico, mas deverá aproximar-se, talvez, daquilo que poderia ser chamado, por aproximação ao título que escolhi para este ensaio, de um tribunal constitucional "à brasileira".[6]

1 Constituição de 1988 e ativismo "à brasileira"

O ponto de partida para a análise das transformações por que vem passando o Supremo Tribunal Federal deve coincidir, creio, como o tema supramencionado da judicialização da vida pública nacional. E esse tema, por sua vez, remete necessariamente ao diagnóstico dúbio já referido acima. No curso do processo de transformações por que passou nos últimos vinte anos, a justiça brasileira, de um modo geral, acabou assumindo, por um lado, um papel marcadamente protagônico

no espaço político, mas perdeu credibilidade, por outro lado, como prestadora do "serviço público" de solução rotineira de controvérsias.

Por um lado, está completamente sobrecarregada e tem imensa dificuldade em dar conta do volume de litígios com que é defrontada. É lenta e é ineficiente no desempenho de inúmeras atividades fundamentais como, por exemplo, a recuperação de créditos inadimplidos. Vista como *prestadora de serviços* de solução de conflitos privados, ela é encarada com pessimismo e ansiedade, passando a estar submetida, por conta disso, a toda uma agenda de reformas, concentrada no tema da *eficiência na gestão do serviço judiciário*.

Por outro lado, essa mesma justiça engaja-se intensamente nas principais questões de política pública nacionais, vê seus instrumentos de ação aumentarem mais e mais e é enxergada como canal de representação de minorias e de grupos sociais excluídos do processo político formal (Vianna e Burgos, 2002). Em sua ação política e de mediação social, a justiça parece encerrar expectativas esperançosas e apontar para um potencial democrático *revolucionário.*[7]

Como ressaltado, boa parte das razões que explicam ambos os fenômenos relacionam-se, direta ou indiretamente, à Constituição da Nova República. Essa Constituição manteve o modelo brasileiro de jurisdição una e controle misto (difuso e concentrado) de constitucionalidade, o que significa que atribuiu a qualquer juiz a tarefa e a prerrogativa de analisar a legalidade de atos produzidos quer pelo legislativo, quer pelo executivo. Adicionalmente, o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal.

Assim é, por exemplo, que acabou eliminada no novo texto constitucional a possibilidade de escolha pelo Supremo Tribunal Federal dos casos que lhe são submetidos. Essa escolha, antes materializada pelo mecanismo da *argüição de relevância,*[8] foi considerada antidemocrática pelo legislador constituinte e expurgada do sistema constitucional. Além disso, foram outorgadas ao Ministério Público garantias de independência semelhantes às entregues ao próprio judiciário,[9] positivando-se sua competência para agir em proteção de qualquer interesse social, coletivo ou difuso.[10] Ampliou-se o rol de legitimados ao controle de constitucionalidade das leis, que ficou aberto, assim, também à sociedade civil, através dos partidos políticos, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, das confederações sindicais ou das entidades de classe de âmbito nacional.[11] Previram-se juizados especiais para pequenas causas cíveis, criminais e federais.[12] Estabeleceu-se constitucionalmente a legitimidade processual das associações para representarem seus filiados em juízo.[13] Constitucionalizaram-se inúmeros princípios processuais.[14]

À justiça, e aos órgãos que a cercam, a Constituição de 1988 dedicou *diretamente* 44 de seus 250 artigos, isso sem falar nas referências indiretas, espalhadas por todo o texto constitucional.[15] Criaram-se também, por força da nova Carta, cinco novos tribunais de apelação em nível federal (os Tribunais Regionais Federais), além de um novo tribunal de sobreposição em matéria infraconstitucional (o Superior Tribunal de Justiça), destinado a absorver parte das competências antes atribuídas ao Supremo Tribunal Federal.

Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a "guarda" do novo texto constitucional. Operando seus termos dúbios e seu projeto de ação social, o tribunal foi chamado a um verdadeiro papel de mediação de interesses e arbitramento de disputas entre atores políticos, sobretudo entre governo e oposição. Os exemplos disso abundam e, como eles demonstram eloqüentemente, o tribunal não parece ter ficado omisso a esse chamamento. Ao revés, assumiu com cada vez mais clareza seu papel político, e passou a exercer sua competência de revisão constitucional com cada vez mais desenvoltura, quer no contexto do controle difuso, quer no do concentrado.

Para exemplificar isso em relação ao controle difuso, é possível referir uma pesquisa, apresentada por Marcus Faro de Castro ao XX Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, em que foram analisadas 1.240 ementas de acórdãos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e publicados no *Diário de Justiça da União* no primeiro semestre de 1994 (Castro, 1997, 147). A amostra compreendeu uma parcela significativa do total de 7.955 acórdãos publicados pelo tribunal no mesmo ano (Castro, 1997, 151) e revelou resultados interessantes. Em primeiro lugar, demonstrou que, na verdade, mais da metade dos processos analisados (58,1%) veiculava questões de política fiscal ou tributária (Castro, 1997, 152). Em segundo lugar, mostrou também que, em mais de três quartos dos casos (75,5%), o tribunal produziu decisões totalmente contrárias aos interesses do Estado veiculados nos respectivos processos. Entre o universo de decisões contrárias aos interesses do Estado, a maior parte delas (50,88%) dizia respeito, justamente, a temas de política fiscal e tributária (Castro, 1997, 153). Outro exemplo eloqüente de ativismo judicial por parte do STF, também em sede de controle difuso, poderia ser o da derrota sofrida pelo governo em relação ao tema da correção monetária incidente sobre as contas de FGTS durante o período de 1989–1990 (Plano Verão e Plano Collor).[16] Muitos outros exemplos semelhantes poderiam ser dados.

Mas é no campo do controle concentrado que o ativismo do tribunal fica mais claro e produz resultados mais expressivos. Por essa via foram judicializados, em tempos recentes, temas políticos importantes como aqueles ligados à Lei de Biossegurança (Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.510), à reforma partidária (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.351 e 1.354), e à verticalização das candidaturas para a eleição de 2006 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685), com declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal,

nos dois últimos casos. Se pensarmos na batalha judicial que foi travada em torno da contribuição previdenciária dos inativos, teremos exemplo ainda mais expressivo. Isso porque, apesar de o governo se ter saído vencedor por apenas três votos de vantagem, teve de arcar, mesmo assim, com uma vitória parcial, já que o voto vencedor do Ministro Cezar Peluso manteve a constitucionalidade da política mas houve por bem aumentar o limite de isenção respectivo de R$ 1.505,23 para R$ 2.508,72,[17] em decisão que poderia ser compreendida, eventualmente, como demonstrativa do exercício de competências legislativas pelo órgão judiciário, para além do mero poder de veto.

Na verdade, segundo informações contidas no sítio do STF na internet, parece haver, de modo geral, uma razoável propensão do tribunal a proferir juízos de inconstitucionalidade nos casos que lhe são submetidos. Entre as Ações Direitas de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46% foram julgadas procedentes. Das restantes, 16,97% foram julgadas parcialmente procedentes e apenas 16,57% foram julgadas totalmente improcedentes. Em relação aos pedidos de liminar em ADI julgados pelo mérito (442), o mesmo ocorre. Em 55,43% dos casos a liminar requerida foi deferida integralmente. Em 16,06% dos casos foi deferida em parte e apenas em 28,51% dos casos foi totalmente indeferida (BRASIL, 2008a).

Mas, como já dito, se a Constituição de 1988 está na base do processo de judicialização da vida pública brasileira, tendo sido responsável por desenhar a face protagônica que a justiça e o STF em particular ostentariam a partir da década de 1990, seus mecanismos de ampliação do acesso à justiça, aliados à aparente disposição dos tribunais em exercer ativamente as competências de revisão que lhes foram atribuídas, também respondem, em contrapartida, por boa parte da crise de eficiência que acompanhou a atuação do Judiciário a partir dessa mesma década.

Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano.

Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano (ver, a propósito, o Gráfico 1).[18]

Não por acaso, esse aumento é creditável, sobretudo, ao imenso alargamento das vias de acesso ao exercício de competência recursal ligada ao exercício do controle

difuso pelo STF. Assim, analisados os tipos de processo que experimentaram particular incremento e que respondem majoritariamente pelo volume de novos feitos ingressados a cada ano, encontraremos, nas primeiras duas posições, tanto os recursos extraordinários quanto os agravos interpostos contra decisões dos tribunais estaduais ou federais que, na origem, negaram seguimento a recursos desse tipo.

Em 1990 (VER GRÁFICO 2), o número de agravos distribuídos ao STF foi de 2.465, ao passo em que o número de recursos extraordinários representou 10.760. Juntas, essas duas classes de processos representaram 81,5% de todas as distribuições. No mesmo ano, foram distribuídas 267 ações diretas de inconstitucionalidade. Ao longo dos 17 anos seguintes, o número de ações diretas de inconstitucionalidade variou muito pouco, oscilando entre um patamar mínimo de 158, em 1996 e 2007, e um patamar máximo de 306, em 2003. A média de ADIs distribuídas para o período foi de 212 ao ano, verificando-se uma levíssima tendência de aumento médio do número de distribuições ao longo do período. Mas, em relação ao número de agravos e recursos especiais, o quadro é completamente outro. Em 2007, foram 56.909 agravos e 43.708 recursos especiais distribuídos, o que representa um aumento, em relação aos dados de 1990, de respectivamente 2.208,68% 306,20%. Em relação à participação percentual dessas duas classes processuais no total de distribuições, o que se verificou no período foi uma forte tendência ao aumento da importância dos agravos e uma diminuição expressiva na participação dos recursos extraordinários, conforme se pode constatar a partir da leitura dos gráficos 3 e 4.

É desnecessário dizer que esses números passaram a colocar em questão o próprio papel institucional do Supremo Tribunal Federal. Seu desenho institucional corresponde ao de um órgão encarregado da "guarda da Constituição". Isso significa que sua missão não é, em princípio, a de solução de controvérsias, mas sim a de estabilização da interpretação constitucional em um regime de controle misto, no qual a importância do controle difuso exercido pelos mais diversos órgãos judiciários do País, é significativa. Tal tarefa se exerce tanto por meio do controle concentrado de constitucionalidade, que é sua competência originária, quanto do controle difuso, que corresponde a uma de suas mais importantes competências recursais. Essas competências recursais, todavia, deveriam ter o mesmo escopo de uniformização da interpretação constitucional, e não serem usadas como mecanismos ordinários de solução de casos particulares. Ao menos, essa seria a lógica se tomássemos como ponto de partida o arranjo institucional em que se inspira o modelo de controle difuso com competência uniformizadora de uma corte suprema, que é o modelo americano. Tais tarefas, contudo, ficam evidentemente prejudicadas se cada Ministro do Supremo Tribunal Federal tiver que dar conta de um volume de distribuições individuais ao ano que supera a casa dos 10 mil feitos.

Ocorre que, não obstante esse volume imenso de distribuições anuais, o Supremo Tribunal Federal é uma corte com baixa taxa final de congestão. De alguma forma, o

tribunal consegue dar vazão, ano a ano, a quase a totalidade de seu volume de processos recebidos. Ademais, a julgar pela repercussão que ganharam, nos últimos meses, casos importantes como o do julgamento da Lei de Biossegurança ou como a discussão acerca da constitucionalidade do Prouni, parece que, ao fim e ao cabo, o Supremo consegue, de uma forma ou de outra, exercer sua competência de uniformização (sobretudo no controle concentrado) apesar do imenso volume de casos que recebe anualmente. O Gráfico 5, que compara o volume anual de processos recebidos e julgados, dá conta dessa impressionante capacidade de resposta à demanda que tem marcado o Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história recente.

Como explicar essa notável produtividade, que supera em mais de oito vezes a média nacional de produtividade por magistrado? Como justificar que os juízes responsáveis pelo tratamento do maior volume de casos no País sejam, justamente, aqueles incumbidos de julgar os mais importantes, de interagir preferencialmente com o espaço político em um processo de mediação de interesses, de atuação como *veto player*, e de desestabilização e reorganização das respostas alcançadas nos canais representativos tradicionais? O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo "à brasileira".[19]

2 Um olhar sobre as estatísticas de julgamento do STF

A compreensão da fantástica taxa de produtividade do STF passa pela percepção de que são artificiais, em larga medida, os números atinentes aos feitos julgados a cada ano, hoje, pelo STF. Eles dizem respeito, basicamente, ao volume de casos "resolvidos", isto é, eliminados da pauta do tribunal por terem sido objeto de algum tipo de resposta jurisdicional, seja ela de mérito, seja ela meramente processual. O gráfico 6 mostra isso, revelando que o incremento expressivo do número de casos julgados pelo tribunal, sobretudo após a promulgação da nova Constituição, não foi, todavia, seguido por um aumento correspondente nas estatísticas de *acórdãos publicados* pelo tribunal a cada ano. Estas mantiveram-se, surpreendentemente, muito mais estáveis. Além disso, o percentual de acórdãos publicados em comparação com o número geral de casos julgados tem caído década após década, deixando a média de 83,88% que caracterizou a década de 1940 para atingir uma média de 11,80%, relativa aos sete primeiros anos da década de 2000 (cf. Tabela 1).

Assim, se nos sete primeiros anos da década de 2000 foram julgados em média 109.411 processos pelo STF a cada ano, o número de acórdãos publicados anualmente foi bem menor, atingindo 12.903 (v. Gráfico 5).

Para explicar essa enorme diferença entre o volume anual de casos julgados e o volume anual de acórdãos publicados é preciso investigar com um pouco mais de cuidado as hipóteses de elaboração e publicação de acórdãos no âmbito do tribunal. Essa investigação fornecerá pistas valiosas sobre os modos que permitem ao Supremo lidar com o espantoso volume de litígios que lhe é apresentado a cada ano. Sugerirá também a possível existência de uma espécie de *certiorary à brasileira,* isto é, de um filtro de cunho processual que pode estar permitindo ao tribunal gerir, de forma eventualmente informal, sua expressiva carga de trabalho.

Nesse sentido, é preciso ressaltar que há uma variadíssima gama de processos que se submetem à competência decisória do STF. Por sua vez, essas competências são repartidas entre competências originárias, recursais ordinárias e recursais extraordinárias, estas últimas, sobretudo, próprias ao modelo de cortes supremas, cujo paradigma fundamental é o da Suprema Corte Americana.[20]

A formatação do Supremo Tribunal Federal como corte suprema, isto é, como órgão de cúpula do judiciário brasileiro, aliada ao modelo de controle difuso de constitucionalidade, deriva do arranjo constitucional da primeira república. E isso responde pela variada gama de atividades que são atribuídas à corte até hoje. Além disso, com a introdução (em 1965, no início, pois, do último governo militar), de um mecanismo estruturado de controle concentrado de constitucionalidade, tais competências ficaram ainda mais amplas, consolidando-se o modelo de controle misto (parte recursal-difuso, parte originário-concentrado) que marca a corte até hoje.[21]

Na Constituição de 1967, emendada em 1969, essas competências variadas incluíam o processamento e julgamento, em *instância originária*: (i) de crimes comuns e de responsabilidade, quando os acusados fossem autoridades públicas de alto escalão; (ii) de litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios; (iii) de litígios entre a União e os Estados ou territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta. Além disso, competia ao STF resolver (iv) os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado; (v) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União. Ao STF também competia julgar e processar originariamente (vi) pedidos de extradição e homologação das sentenças estrangeiras, (vii) os *habeas corpus* e as ações de mandado de segurança impetradaos contra ou em favor de autoridades de alto escalão. A competência originária do órgão também incluía o julgamento (viii) da representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de

lei ou ato normativo federal ou estadual; e (ix) das causas que fossem excepcionalmente avocadas para sua jurisdição.

Em sede recursal, as competências do STF incluíam, além de várias hipóteses de *recurso ordinário* (instância especial de apelação), o julgamento do *recurso extraordinário*, nos casos em que se alegasse (i) contrariedade a dispositivo constitucional; (ii) negativa de vigência a tratado ou lei federal; (iii) inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iv) validação de lei ou ato de governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal; ou (v) interpretação divergente lei federal por parte de tribunais submetidos à sua jurisdição.

A Constituição de 1988 extinguiu algumas dessas competências (por exemplo, a avocação excepcional de causas)[22] e transferiu outras tantas ao Superior Tribunal de Justiça, sobretudo no que se refere aos objetivos de uniformização da aplicação do direito federal infraconstitucional. Nesse sentido, resolveu concentrar a atuação do STF preponderantemente em matéria constitucional, *sem ter pretendido, contudo, transformá-lo em uma corte constitucional especializada, de modelo europeu*.

Uma corte constitucional desse tipo possui, como sabido, certas características próprias, adicionais a essa já mencionada, ligada à concentração de competências exclusivamente em temas de interpretação constitucional. Muito esquematicamente, elas seriam as seguintes: (i) posição institucional apartada do judiciário (não são, em outras palavras, órgãos de cúpula do judiciário, mas sim órgãos autônomos, apartados e desvinculados da estrutura organizacional do poder judiciário); (ii) competência exclusiva ou semi-exclusiva de controle constitucional (o que significa que os sistemas que adotam esse modelo não permitem, em geral, que outros magistrados sem assento na corte pratiquem qualquer modalidade de controle constitucional); (iii) mandatos fixos para os integrantes da corte (não há garantias de vitaliciedade, próprias à magistratura em geral, mas sim termos fixos em que os magistrados terão assento na corte); (iv) indicação política de magistrados para a corte, por meio de esquemas variados de nomeação ou eleição destinados, em geral, a repartir os poderes de indicação entre Executivo, Legislativo e Judiciário; (v) controle de constitucionalidade por via de ação originária, praticado à vista da lei em tese (isto é, sem que exista qualquer litígio concreto para ser resolvido), com o efeito de retirar definitivamente a lei do ordenamento jurídico, em caso de declaração de inconstitucionalidade (eficácia *erga omnes*); e (vi) legitimação para a provocação do controle de constitucionalidade atribuída pontualmente a alguns poucos atores políticos.

Parecem ter sido justamente essas características adicionais, próprias ao modelo de corte constitucional, que foram consideradas, de modo geral, inadequadas pelo legislador constituinte de 1988 (sobretudo a estrutura apartada em relação ao judiciário), para o que contribuiu, inclusive, o *lobby* dos próprios membros da corte, que temiam a excessiva politização de um tribunal constitucional independente em relação ao judiciário.[23]

A Constituição de 1988 optou, portanto, por manter o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do judiciário, mantendo diversas de suas competências recursais ordinárias e eliminando, em relação ao recurso extraordinário, a relevância geral como requisito adicional de admissibilidade. Além disso, outorgou ao STF novas competências, como, por exemplo, as de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção e da ação de descumprimento de preceito fundamental.

A emenda constitucional n. 3, de 1993, outorgou uma nova competência à corte, consistente no julgamento da ação direta de constitucionalidade. Já a emenda constitucional n. 45 eliminou várias das competências alheias ao controle de constitucionalidade presentes no texto original da Constituição, transferindo-as, basicamente, ao Superior Tribunal de Justiça. Reintroduziu, além disso, a relevância geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, através do mecanismo da *repercussão geral*.

Tal como está configurada hoje, a competência do STF inclui, além do julgamento de recursos extraordinários e dos agravos interpostos contra decisões que tenham deixado de admitir, na origem, recursos desse mesmo tipo (competência recursal extraordinária), as seguintes atribuições adicionais: (a) *competências originárias ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade* – (i) julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; (ii) julgamento da ação declaratória de constitucionalidade; (iii) julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental, (iv) julgamento de pedidos de medida cautelar ligados às ações do controle concentrado, (v) julgamento do mandado de injunção; e (vi) julgamento da reclamação apresentada para de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (b) *competências originárias não ligadas ao controle de constitucionalidade* – (i) julgamento de ações penais relativas a infrações penais comuns e de crimes de responsabilidade em que os acusados são autoridades públicas de lato escalão; (ii) julgamento de "*habeas corpus*", sendo paciente qualquer das autoridades com foro privilegiado no próprio STF, ou quando a autoridade coatora for tribunal superior ou pessoa cujos atos estejam sujeitos à jurisdição do STF; (iii) julgamento de mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (iv) julgamento de "*habeas data*" contra atos das mesmas autoridades; (v) julgamento das revisões criminais de seus julgados; (vi) julgamento de litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; (vii) julgamento de litígios entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; (viii) julgamento dos pedidos de extradição; (ix) julgamento de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados; (x) julgamento de conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou

entre estes e qualquer outro tribunal; (xi) julgamento de ações em face do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público; (xii) julgamento de pedidos de suspensão de segurança, liminar ou tutela antecipada; (xiii) julgamento dos pedidos de intervenção federal; (c) *competência recursal ordinária* – julgamento de recursos ordinários – (i) em "*habeas corpus*", mandado de segurança, "*habeas-data*" ou mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; e (ii) em crimes políticos.

Alguns desses processos são de competência da presidência da corte, e, entre os restantes, sua solução pode ocorrer tanto pela via do julgamento monocrático (quando as normas aplicáveis atribuem poderes ao relator para tanto), quanto por meio de julgamento colegiado, nas Turmas ou no Plenário. Nos termos do artigo 93 do Regimento Interno do STF, apenas nesses últimos casos fala-se na produção de *acórdão* contendo as conclusões do julgamento, ficando, no entanto, dispensado o acórdão quando as Turmas resolvem remeter simplesmente o caso ao Plenário e, também, nas hipóteses de provimento de agravos de instrumento. De toda sorte, havendo acórdão, ele deve ser objeto de publicação (arts. 95 e 100), em um prazo que, salvo motivo justificado, não pode exceder sessenta dias (art. 95, parágrafo único). Portanto, levadas em conta as disposições normativas relevantes, é possível dizer que, grosso modo, *as estatísticas relativas à publicação de acórdãos, divulgadas pelo STF, podem ser lidas como indicativas do número de processos julgados, a cada ano, pelas Turmas ou pelo Plenário, o que equivale, em termos aproximados, ao número de casos julgados de forma colegiada*.[24]

As estatísticas de casos julgados e acórdãos publicados ao ano dizem, portanto, que a imensa maioria dos processos resolvidos atualmente pelo STF (algo em torno de 88,20% deles, utilizando-se o *proxy* da média de acórdãos publicados verificada para a década de 2000) não são, ao final das contas, levados a julgamento colegiado, quer nas Turmas, quer no Plenário. Ao contrário, são objeto de julgamento monocrático.

Essa constatação, tirada da análise do número de acórdãos publicados, é confirmada pelos dados específicos de classificação dos julgamentos do tribunal contidos no Relatório de Atividades para o biênio de 2006-2008.[25] A Tabela 2 compara os dados divulgados nesse relatório, atinentes aos julgamentos monocráticos e colegiados, com os dados totais de julgamento e publicação de acórdãos já referidos anteriormente, demonstrando, para os anos em que a comparação foi possível, a completa consistência da conclusão apontada acima.

Mas qual é o perfil dessa esmagadora maioria de casos que está, com freqüência cada vez maior, sendo resolvida monocraticamente?

Em tese, pode tratar-se de quaisquer dos casos em que o relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário. Entre outras, são desse tipo as competências estabelecidas nos artigos 544, §§ 3º e 577 do Código de Processo Civil (juízos de

admissibilidade e mérito em recursos em geral), nos artigos 4º e 15º da Lei n. 9.868/99 (indeferimento liminar de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade), no artigo 4º da Lei n. 9.882/92 (indeferimento liminar da ação de descumprimento de preceito fundamental), e em diversos dispositivos do regimento interno do STF, como, por exemplo, os arts. 161, parágrafo único (julgamento liminar da reclamação) e 248 (decisão de saneamento em ação cível originária). São casos de improcedência ou procedência manifesta por confronto a jurisprudência ou súmula, de ausência evidente de condições de ação, pressupostos processuais ou requisitos de admissibilidade recursal. Pode tratar-se, ainda, de competência atribuída pela lei monocraticamente ao Presidente do STF (por exemplo, a competência para suspensão de segurança, disciplinada no art. 297 do regimento interno, entre outros dispositivos normativos aplicáveis) ou mesmo de competência típica de relatoria exercida por esse magistrado antes da distribuição de recursos (por exemplo, a do art. 13, inc. V, alínea c do regimento interno, que autoriza o Presidente a exercer as prerrogativas previstas nos artigos 544 e 577 do CPC, inclusive para o fim de analisar preliminarmente as condições de admissibilidade relacionadas à repercussão geral).

Nesse sentido, o que organiza esse universo bastante díspar de hipóteses parece ser o fato, comum a todas, de veicularem situações consideradas pela lei como de menor complexidade, situações de solução supostamente evidente, que por isso não justificam, no comum das vezes, o recurso ao órgão colegiado, nem mesmo quando se apresentam em um tribunal comum de segunda instância. São situações, portanto, que sequer deveriam poder ser levadas à presença do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando relativas ao exercício da competência recursal extraordinária da corte, que deve, ao final, responder pelo número mais expressivo de decisões monocráticas, já que os agravos e recursos extraordinários responderam, nos sete primeiros anos da década de 2000, por 95,10% de todos os casos distribuídos ao tribunal e a 94,13% de todos os casos julgados.

É verdade que pode haver também, por trás dessas decisões monocráticas, uma espécie de *certiorary* informal, isto é, de filtro informal destinado a tornar viável a gestão de casos nas turmas e no plenário. Nesse sentido, não se pode saber se já não estaria sendo praticado informalmente, no tribunal, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45.04, um juízo prévio de relevância dos casos relativos a recursos extraordinários, juízo esse justificado formalmente sob o prisma formal-procedimental da admissibilidade (nesse sentido, decisões de indeferimento liminar fundadas na falta de requisitos formais ou materiais de admissibilidade poderiam estar travestindo, já de algum tempo, juízos materiais de irrelevância, somente autorizados a partir da EC 45). Essa é uma conjectura que pode fazer especial sentido quando se tem em conta a rigidez com que o STF foi construindo ao longo do tempo suas exigências formais e materiais de admissibilidade do recurso extraordinário (por exemplo, quanto às últimas, no que diz respeito ao prequestionamento, ou à noção de interpretação razoável, contida na

Súmula 400, ou a todas as matérias tratadas nas Súmulas 283, 284, 356 e 636, entre outras). No entanto, a inexistência de qualquer pesquisa metodologicamente consistente apontando essa tendência com clareza impede-nos de tratar essa suposição como qualquer coisa além de pura conjectura.

Não obstante, fato é que tais decisões monocráticas não podem atingir, ao menos sob o ponto de vista legal, o coração das atribuições institucionais do STF, sobretudo no que diz respeito às mais importantes, àquelas ligadas à produção de decisões vinculantes com efeito geral. Tais decisões, ligadas aos julgamentos de mérito no controle concentrado, à edição de Súmulas, ao julgamento das questões constitucionais mais polêmicas trazidas pelo controle difuso, são exclusivas das Turmas ou do Plenário. Sobretudo no que diz respeito ao controle concentrado, que tem efeitos gerais mais amplos e que tem se mostrado como *locus* privilegiado das decisões mais importantes do STF, daquelas que ganham mais relevo na mídia e no debate público, são competências que estão atribuídas, privativamente, ao Plenário. E, se as decisões colegiadas já são uma minoria entre os julgamentos proferidos atualmente pelo STF, as decisões proferidas no Plenário são a minoria entre a minoria.

De fato, os números publicados no Relatório de Atividades do STF para o biênio de 2006–2008 demonstram que o julgamento de casos pelo Plenário é evento ainda mais raro que o julgamento colegiado em si. Em 2006, os casos julgados em plenário corresponderam a 0,5% de todos os casos julgados no ano. Em 2007, o percentual foi de 5,04% e em 2008, até 10 de abril, estava em 4,81%. A média do período correspondeu a 3,34%.

Em 2006, o Plenário do STF julgou 565 casos (o número de decisões do pleno foi particularmente baixo nesse ano), ao passo em que o tribunal, como um todo, proferiu 112.403 decisões. Apesar da aparente excepcionalidade dos números de julgados do Pleno em 2006, é inevitável que eles provoquem algum tipo de reflexão quanto ao trabalho do tribunal. A primeira pode ser a seguinte: se é inconcebível imaginar uma corte suprema ou constitucional que julgue mais de uma centena de milhares de casos ao ano, o número algo superior a cinco centenas, atinente aos julgamentos do Plenário do STF em 2006, ainda que permaneça alto, já é bem mais próximo daquilo que se pode encontrar nas experiências estrangeiras.

Em 2007, foram proferidas pela Corte Constitucional italiana 464 decisões. Esse número havia sido de 463 em 2006 e 482 em 2005. Em 2000 foram 592 decisões (Itália, 2007 e 2008). O Tribunal Constitucional português julgou, em 2006, 711 casos. Em 2005, 2004 e 2003 haviam sido, respectivamente, 723, 725 e 638 casos (Portugal, 2008). O Tribunal Constitucional espanhol julgou, em 2007, 11.590 casos, a maior parte consistindo em recursos de amparo inadmitidos, produzindo um total de 295 sentenças de mérito (ESPANHA, 2008). Em 2006 esses números haviam sido de 9, 173 e 382, respectivamente. O Tribunal Constitucional do Peru, entre processos de inconstitucionalidade, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, queixas e outros

processos semelhantes, julgou ao ano, em média, 7.505 processos, no período compreendido entre 2004 e 2997 (PERU, 2008).

É evidente que cada corte suprema e cada tribunal constitucional possui, para além dos esquemas fáceis de classificação em um ou outro desses modelos, particularidades específicas, ligadas à tradição e à cultura jurídica nacionais, que determinarão perfis de julgamento diferentes, apontando para um maior ou menor volume de casos. Todavia, quando olhamos o número de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ele aparece, na comparação internacional, como uma evidentíssima anormalidade. Quando olhamos, contudo, para os julgamentos colegiados, a anormalidade começa a amenizar. Quando focamos nossa atenção exclusivamente ao trabalho do Plenário, a imagem que temos é algo mais próximo do que poderia ser considerado "normal", em termos de volume de trabalho atribuído a um tribunal com as características dessa Corte.

Quando sugiro que a nossa experiência de ativismo constitucional seja marcada por traços próprios, em alguma medida desviantes do que normalmente se encontra na experiência internacional (um ativismo "à brasileira"), um dos pontos a que me refiro consiste justamente nessa disparidade imensa entre o número de casos lançados ao STF, o número de casos "formalmente resolvidos" por ele a cada ano, e o número de casos que efetivamente geram discussões sofisticadas de constitucionalidade no Plenário. Refiro-me ainda ao conforto que o acesso formalmente irrestrito à corte parece dar à comunidade jurídica, fazendo parecer que existe, mesmo, uma espécie de "direito individual" à solução de certos casos pelo STF, mesmo que a experiência mostre que a esmagadora maioria dos casos pode estar sendo resolvida de forma burocrática por meio de juízos singulares de inadmissão. Creio que esse seja um dos pontos que destaca a experiência brasileira das demais.

Mas há um outro ponto de destaque, algo paradoxal, que é distinto, porém se relaciona ao anterior. Trata-se da imensa resistência que temos em outorgar ao STF poderes efetivos de concentração das decisões sobre constitucionalidade. O caráter paradoxal desse traço consiste em seu contraste com o imenso poder que o órgão já detém para, de um lado, produzir decisões vinculantes de efeito geral (como no controle concentrado), ou de outro, para produzir juízos em princípio informais de irrelevância (por exemplo, por meio dos critérios rígidos de admissão do recurso extraordinário, já mencionados acima, que se traduzem em uma expressiva maioria de julgamentos monocráticos, provavelmente de inadmissão). Tais poderes já existem e já são praticados de fato. Contudo, temos, de um modo geral, imenso receio de consolidá-los em mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha (fundamentada, mas com alguma dose de discricionariedade no julgamento) das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso.

Esse segundo traço é, ao mesmo tempo, responsável pela sobrecarga no volume de trabalho do STF e, também, por uma certa sensação de descontrole que parece haver intrínseca ao nosso sistema atual de revisão difusa de constitucionalidade. Esse

é o segundo elemento que parece caracterizar nosso ativismo "à brasileira" e sobre ele é que concentrarei as considerações restantes deste ensaio.

3 Qual é o tribunal que queremos? Uma Suprema Corte "à americana" ou um Tribunal Constitucional "à européia"?

As considerações feitas acima remetem claramente a uma questão fundamental, atinente ao modelo de Supremo Tribunal Federal que desejamos construir. E qualquer ponderação que se possa fazer a respeito disso terá que levar em consideração, necessariamente, nosso modelo híbrido e particular de controle de constitucionalidade, em que se misturam os modelos concentrado e difuso e no qual o modelo de controle difuso é desacompanhado de mecanismos "de organização", por assim dizer: mecanismos que permitam a uniformização dos entendimentos sobre a constitucionalidade das leis a partir da jurisprudência do órgão de cúpula do judiciário.

Desenvolvi, em um outro trabalho (VERISSIMO, 2006), considerações mais extensas sobre a natureza eminentemente distributiva da jurisdição constitucional, ou seja, dos processos variados de negociação de interesses, ação de veto, contribuição para a redefinição e para a criação de políticas públicas que são inerentes à aplicação de uma Constituição vasta, principiológica, socialmente orientada e por vezes contraditória como é a brasileira. E ressaltei o fato de haver um desajuste fundamental quando as decisões distributivas são tomadas com foco na singularidade dos casos individuais. Esse é um tema absolutamente central à análise de nosso modelo de controle misto de constitucionalidade.

De fato, analisando comparativamente os modelos de controle difuso e concentrado, Mauro Cappelletti (1984, p. 77-8) advertia para os perigos que seriam inerentes a qualquer tentativa de introduzir o sistema difuso de controle de constitucionalidade em países de tradição jurídica ligada à família da *civil law,* nos quais não existe a doutrina do *stare decisis* ou da vinculação pelo precedente. Segundo o autor, "a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ′americano′ de controle, levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros". Prosseguindo adiante com seu espanto diante dessa possibilidade, diz Cappelletti que "a conseqüência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado".

Essas considerações dizem respeito a um problema jurídico fundamental (talvez o primeiro dos problemas jurídicos): a necessidade de tratar igualmente aos iguais. Esse postulado de tratamento isonômico é também um problema procedimental interno aos arranjos institucionais do controle de constitucionalidade, pois esses

podem, dependendo de sua configuração, reduzir ou amplificar desigualdades de tratamento no plano do direito. A advertência é de William Rubenstein (2002), para quem a desigualdade torna-se um problema das estruturas processuais tanto quando elas se defrontam com litigantes desiguais, dotados de desequilibrada capacidade de apresentar suas teses, *quanto nas hipóteses em que o próprio processo gera resultados desiguais para pessoas que deveriam estar na mesma situação*. Isso pode ocorrer, por exemplo, "quando um conjunto de partes similares litiga de forma independente um determinado dano" (Rubenstein, 2002, p. 1893). Assim, "[u]ma parte das escolhas relativas ao desenho dos procedimentos e das regras processuais, mais ou menos explicitamente, procura evitar esse tipo de disparidade de resultado" (RUBENSTEIN, 2002, p. 1894). Um desses mecanismos, no campo do controle difuso de constitucionalidade, consiste na concentração de poderes decisórios nas cortes superiores, que existem exatamente para essa finalidade (mecanismos de uniformização de jurisprudência, vinculação por precedentes e, em alguns casos excepcionais, avocação de causas). Outro consiste no próprio uso dos mecanismos de controle concentrado.

O hibridismo de nosso sistema não atentou para essas advertências. Assim, se de um lado gerou um sistema especialmente aberto à participação de atores sociais na jurisdição constitucional, com conseqüente ampliação do papel político institucional do STF (Vieira, 2002), não permitiu, por outro, que esse tribunal pudesse exercer qualquer papel relevante de uniformização do direito no uso de sua competência recursal extraordinária ligada ao sistema de controle difuso. Isso, aliado à existência de uma constituição vasta e por vezes contraditória, gerou um ambiente em que a jurisdição constitucional tornou-se especialmente caracterizada por incertezas, processos contraditórios de aplicação e tratamentos por vezes desiguais de situações que deveriam merecer tratamento jurídico uniforme.

Tal cenário fez com que nosso sistema de controle de constitucionalidade fosse descrito por um observador estrangeiro, em artigo publicado em 2000, da seguinte forma:

> O Brasil tem um sistema de controle de constitucionalidade extenso e complicado. Tem também uma Constituição enorme, carregada de direitos individuais específicos e de objetivos sociais e econômicos de longo alcance. Colocar direitos e objetivos por escrito, no entanto, mesmo em uma constituição nacional, não assegura seu respeito por aqueles encarregados de administrar as operações diárias do governo. Em virtude da existência no Brasil de um sistema judicial acessível, muitas dessas violações constitucionais estão nas secretarias dos tribunais esperando solução judicial. Como o Brasil tem apenas um sistema mínimo de vinculação por precedentes, as cortes decidem as mesmas questões constitucionais muitas vezes seguidas. Além de isso consumir recursos judiciais valiosos, isso produz interpretações conflitantes das disposições constitucionais (ROSENN, 2000).

No diagnóstico desse autor, as mudanças promovidas pela Constituição de 1988, consolidando um modelo de controle de constitucionalidade "híbrido e extraordinariamente complexo, que tenta conciliar as tradições de *civil law* e de *common law",* teriam criados "sérios problemas para o sistema judiciário", apontando a necessidade de mudanças. Especialmente, de mudanças que permitam ao Supremo Tribunal Federal escolher, discricionariamente, os casos em que irá atuar sua competência recursal extraordinária atinente ao controle difuso e, também, que se destinem a tornar sua jurisprudência, de algum modo, vinculante.

Um dos pontos mais importantes a considerar nesse debate é que a escolha entre o modelo de Corte Suprema e o modelo de Tribunal Constitucional tem muito pouca relação com o ponto fulcral dos debates que envolvem hoje a reforma do STF, já que estes são fundados, penso eu, em dois elementos fundamentais que são comuns a ambos os modelos, e que são relacionados entre si, a saber: (i) a concepção de mecanismos de vinculação geral pelas decisões do tribunal; e (ii) o controle sobre o acesso de casos à corte, de modo a expurgar de seu trabalho de julgamento casos rotineiros, que não tenham algum tipo de interesse geral.

No que diz respeito ao primeiro ponto, a solução dada pelo modelo puro de cortes constitucionais consiste no ataque constitucional à lei em tese, com o efeito, em caso de declaração de inconstitucionalidade, de retirá-la do ordenamento jurídico. Dizer que não há, dentro desse modelo, nenhum espaço para o exercício de controle de constitucionalidade por outros órgãos do judiciário é algo que faz sentido quando se pensa no modelo puro, mas já não corresponde completamente à realidade das experiências concretas, como demonstram os casos da Alemanha e Itália, por exemplo. E a explicação para isso é simples:

> [...] uma vez que as normas, princípios e valores constitucionais se tornam relevantes para a aplicação de normas infraconstitucionais específicas, eles passam a ser aplicados não apenas pela corte constitucional, que normalmente intervém como "última instância", mas também – e primariamente – por todas as outras cortes e juízes. A constitucionalização de ramos específicos do direito significa que o conteúdo normativo de cada um desses ramos é agora determinado não apenas pelas leis e códigos particulares a eles, mas também pelas disposições constitucionais pertinentes e pela jurisprudência constitucional aplicável. [...] Tais desenvolvimentos demonstram que não é possível uma separação genuína entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária em um Estado de Direito moderno" (GARLICKI, 2007, p. 49).

Assim, o que acaba distinguindo a corte constitucional é o fato de ela estar incumbida de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, e de suas decisões serem vinculantes. No modelo americano de corte suprema, essa vinculação é da

essência do sistema de *stare decisis,* produzindo-se, ao fim e ao cabo, o mesmo tipo de elemento uniformizador.

Já em relação ao segundo ponto, o da existência de filtros, ambos os modelos também convergem em alguma medida. No modelo puro de cortes constitucionais, haveria, em princípio, uma ação direta de constitucionalidade, cuja legitimação seria atribuída a um rol seleto de atores políticos. Desse modo, a seletividade na atribuição de legitimação agiria como um filtro. No modelo puro (americano) de Corte Suprema, não há esse filtro formal, esta é órgão de cúpula do judiciário e tem competência recursal irrestrita, capaz de ser provocada por qualquer um. No entanto, o filtro incidente é o do *certiorary* e, conforme mencionado, esse filtro passa a ser aplicado em quase todos os casos submetidos à jurisdição da corte, tendo sido praticamente suprimidas, recentemente, as competências recursais não discricionárias.

Assim, em nenhum dos modelos se cogita atribuir ao órgão encarregado guardar a constituição competências recursais obrigatórias, e irrestritas, aplicáveis à generalidade dos casos. Nem, tampouco, se cogita atribuir, como regra, às decisões desse órgão, caráter de mera recomendação. Há, quase sempre, algum tipo de efeito vinculante e geral, independentemente de o juízo de constitucionalidade ter tido origem em um exame abstrato da norma ou na análise de um caso concreto em que ela foi aplicada.

Essa mesma diferença, entre o caráter abstrato ou concreto do controle, que seria uma das marcas características a dividir os modelos de cortes supremas e constitucionais, também é mais esquemática que real, como exemplifica o caso italiano, em que boa parte do trabalho da Corte Constitucional se dá à vista de casos concretos, referidos à corte pelas instâncias ordinárias do próprio judiciário.[26] Ou mesmo o caso alemão, em que o recurso constitucional traz à consideração do Tribunal Constitucional casos concretos, com iniciativa dos próprios indivíduos lesados. Mas vale anotar que o tribunal se reserva, nesse último caso, a competência para escolher quais irá julgar, e os efeitos da decisão continuam a produzir-se *erga omnes,* tal como ocorreria, grosso modo, no controle difuso à americana.

Isso tudo significa que os modelos de corte suprema e tribunal constitucional funcionam mais como tipos ideais do que como camisas de força institucionais, e que as experiências nacionais e estrangeiras são, normalmente, ligadas à construção de instituições específicas, com particularidades ligadas às necessidades e tradições especiais de cada país.

Assim, o apego brasileiro ao hibridismo que marca nossa jurisdição constitucional não precisa, necessariamente, impedir eventuais projetos de reforma. O hibridismo, por sinal, parece ser a marca de vários dos principais arranjos institucionais que marcam o controle de constitucionalidade em tempos atuais. O que parece haver de errado com a jurisdição do STF não é propriamente o sistema misto de controle, mas sim o desgoverno na entrada de casos na secretaria da corte (fenômeno razoavelmente único na experiência internacional, quer do modelo difuso, quer do

concentrado, como já visto) e o desprestígio que as decisões têm quando dadas no contexto do controle difuso (o que não se observa nem no modelo americano, nem na experiência alemã do recurso constitucional, por exemplo, já que em ambos os casos, tirados de modelos opostos de controle, a decisão da corte suprema ou constitucional, uma vez dada, fica investida de algum tipo de efeito geral).

Conclusão e futurologia: Um Tribunal Constitucional "à brasileira"?

Qual seria, então, o caminho de reforma para o Supremo Tribunal Federal? Seria o de transformá-lo em uma "corte constitucional" pura, como se cogitou na Constituinte de 1988? Creio que uma reforma desse tipo teria chances muito pequenas de ser bem-sucedida no caso brasileiro, quer no que se refere às suas chances de ser aprovada, quer no que diz respeito a seu eventual sucesso institucional, se a aprovação acabasse acontecendo.[27] O caminho da experiência nacional tem particularismos importantes e o que parece estar se construindo não apenas pelas progressivas reformas constitucionais e legislativas, mas também, como veremos adiante, pela própria jurisprudência do STF, parece ser um caminho próprio, que mescla elementos dos dois modelos ideais de tribunal constitucional, de sorte a criar um Tribunal Constitucional "à brasileira".

Esse tribunal é, antes de mais nada, órgão de cúpula do judiciário. Isso o aparta do modelo de cortes constitucionais puras e está traduzido, por exemplo, na competência outorgada ao STF para julgar casos "de interesse geral da magistratura". Além disso, parece haver uma experiência nacional ligada ao controle difuso bastante consolidada, que seria dificilmente transformada de modo radical. Essa experiência, em uma de suas faces, outorga competências à magistratura em geral para realizar controle de constitucionalidade, e tais competências se traduzem em um tipo de poder que a magistratura não estaria disposta a abrir mão. O exemplo francês é eloqüente nesse sentido, dando conta da criação de uma curiosa válvula de escape à proibição de exercício de controle difuso por parte dos juízes. Essa válvula de escape consistiu na construção de uma doutrina que lhes permite deixar de aplicar a legislação francesa quando ela é tida por incompatível com a legislação comunitária, que tem, por sua vez, normas abertas e princípios de ação muito parecidos com aqueles que seriam encontráveis em uma constituição nacional. Assim, o controle de constitucionalidade instalou-se informalmente na França travestido de controle de compatibilidade das leis francesas com o direito comunitário, demonstrando, eloqüentemente, que a complexidade das relações reais de poder é capaz de contornar quaisquer tentativas formais de controle do poder decisório da magistratura. Além disso, sequer pareceria conveniente extinguir essas competências de controle por parte dos juízes brasileiros, já que uma das virtudes apontadas para o controle difuso, que parece estar presente em nossa experiência, é sua enorme flexibilidade, aliada à possibilidade de

"testarem-se", em múltiplas instâncias e à vista de casos concretos, variadas soluções constitucionais, antes que uma delas seja consolidada no entendimento de uma dada corte suprema. O problema, portanto, parece ser o de permitir que nosso arranjo institucional produza, em algum momento, esse resultado último de consolidação e organização dos entendimentos constitucionais.

Uma das soluções propostas para esse problema, nas reformas recentes, é a da súmula vinculante. Mas trata-se, ao fim e ao cabo, de uma solução algo tímida. Ao invés de impedir o julgamento repetido de questões idênticas pelo STF, a súmula depende, justamente, da existência desses julgamentos idênticos e repetitivos, para que possa ser editada. Isso porque, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, sua edição somente pode ocorrer "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional". Em um tribunal comum de apelações, tal exigência até poderia fazer algum sentido, já que um tribunal desse tipo é composto de uma infinidade de magistrados, reunidos em órgãos colegiados distintos, que podem até mesmo ter interpretações distintas sobre uma mesma questão legal (esse é o modelo de cortes supremas na Europa, que encontraria alguma semelhança, no Brasil, com o arranjo institucional próprio ao STJ, como seus 33 Ministros divididos em 6 Turmas, 3 Sessões, uma Corte Especial e um Tribunal Pleno).[28] Mas no STF, em princípio, as declarações de inconstitucionalidade (ressalvada a competência das Turmas, como visto supra), deveriam em princípio ser remetidas, prioritariamente, ao próprio Plenário. Exigir julgamentos repetitivos para que o entendimento do tribunal possa tornar-se vinculante passa a fazer pouco sentido nesse contexto, ainda mais quando se tem em conta que o regime de vinculação no controle concentrado é completamente outro e não depende de qualquer repetição.

Para a solução do problema ligado à existência de filtros, a reforma constitucional concebeu o mecanismo da relevância geral. Mas o fez, novamente, de sorte a tornar o mecanismo quase impossível de ser aplicado, caso se quisesse levar às últimas conseqüências o regime processual determinado pela Constituição.

De fato, ao instituir esse requisito de admissibilidade, a Constituição determinou, em seu artigo 102, § 3º, que o STF somente poderia recusar-se a julgar um recurso extraordinário, por falta de relevância, mediante "manifestação de dois terços de seus membros". Em outras palavras, exigiu, para o julgamento de irrelevância, *quorum* maior até mesmo que o necessário para o julgamento de mérito do recurso, que acontece, ordinariamente, nas Turmas. Nesses termos, qualquer um que meditasse sobre a viabilidade de reunião do Plenário do STF para o julgamento de irrelevância de mais de 100 mil casos ao ano seria capaz de perceber que o mecanismo, assim aplicado, seria mais custoso que o mecanismo já existente de filtro por meio de decisões monocráticas de inadmissão formal (por falta de requisitos formais, ou de prequestionamento, ou por violação de quaisquer das Súmulas que tratam da admissibilidade, como visto supra).

A salvação do mecanismo, no entanto, parece ter sido dada pelas normas infraconstitucionais que o regularam. Em primeiro lugar, pela Lei n. 11.418/96, que estabeleceu que, "negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente", prevendo ainda a possibilidade de sobrestamento de recursos idênticos, para análise de repercussão geral em apenas um deles. De outra parte, as emendas n. 21, 22 e 23 ao Regimento Interno do STF criaram o mecanismo do "Plenário Virtual" para processar as decisões sobre repercussão geral eletronicamente, criando ainda condições para a própria secretaria aplicar, com certas restrições, os mecanismos de filtro criados.

Se esse mecanismo for utilizado com o devido rigor pelo STF, talvez seja possível, afinal, racionalizar a pauta de julgamentos do Supremo, ao menos no que diz respeito à sua competência recursal extraordinária. Em outras palavras, talvez seja possível reduzir o imenso abismo que separa, hoje, os números atinentes aos julgamentos totais da corte em relação aos números atinentes aos casos julgados em Plenário. Mas, aparentemente, outras reformas precisariam ser feitas, inclusive para reduzir ainda mais as competências recursais ordinárias e as competências originárias do tribunal, no último caso em relação, sobretudo, ao julgamento de ações penais envolvendo autoridades políticas, ou das ações cíveis envolvendo "pequenas causas políticas", para usar uma expressão que tem sido usada pelo Professor Oscar Vilhena (VIEIRA, 2007).[29]

Voltando, contudo, ao tema do controle difuso, e também ao das súmulas vinculantes, é preciso ter em mente que o endurecimento no uso dos filtros atinentes à admissão de recursos extraordinários não fará qualquer sentido se não for introduzido algum mecanismo mais eficaz de atribuição de efeito geral às decisões dadas pelo STF no exercício dessa competência recursal. Nesse ponto, as soluções vindas do espaço legislativo sempre foram tímidas.

Desde muito tempo se discute no plano legislativo a atribuição de efeito vinculante às decisões desse tipo proferidas pelo STF. Em todas as oportunidades, a tese de criação de uma espécie de *stare decisis* brasileiro ficou vencida. A alternativa que encontramos foi a de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, mas essa alternativa, por razões até mesmo óbvias (o Senado tem, no mais das vezes, uma agenda política própria, que pode perfeitamente ser incompatível com o juízo de inconstitucionalidade proferido incidentalmente pelo STF), nunca produziu efeitos substantivos concretos.

Todavia, está ocorrendo, agora mesmo, um fenômeno curioso de contorno desse impasse institucional pelo próprio STF. Refiro-me ao julgamento da Representação n. 4.335-5, em curso perante o tribunal.

Essa representação tem origem no julgamento do *habeas corpus* n. 82.959, em que se decidiu, *incidentalmente* (por via de controle difuso, portanto), ser inconstitucional

o art. 2º, § 1º, da lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90). Esse artigo estabelecia a proibição de progressão de regime, determinando o cumprimento de toda a pena imposta a esse tipo de crime em regime fechado. E foi com base justamente nessa decisão incidental que a Defensoria Pública da União ajuizou a reclamação, afirmando que a decisão do STF, proferida neste caso, estaria sendo descumprida pela Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que estaria continuando a aplicar o artigo em questão, ainda que para o efeito de julgar o regime das penas atinentes a outros condenados, distintos daqueles que haviam sido beneficiados diretamente pelo HC n. 82.959.

Em defesa de sua posição, o juiz reclamado ponderou que não teria ocorrido, no caso, violação de qualquer decisão do STF, já que os interessados na Reclamação n. 4.335-5 seriam pessoas distintas daquelas beneficiadas pelo HC n. 82.959, sendo que esta decisão foi proferida no contexto do controle difuso, produzindo, portanto, apenas efeitos concretos, aplicáveis especificamente às partes no processo. Para que tal decisão possa ganhar efeitos gerais seria preciso que o STF comunicasse o Senado Federal, para que este, a seu critério, resolvesse suspender, ou não, a execução do dispositivo tido por inconstitucional. O conteúdo dessas razões foi (como seria normalmente de se esperar) acolhido no parecer da Procuradoria Geral da República, mas, surpreendentemente, não convenceu o relator, Ministro Gilmar Mendes.

O voto desse Ministro, dado a público na sessão de 01.02.2007, fala na ocorrência de mutação constitucional, cujo efeito teria sido o de equiparar, hoje, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, quer se trate de controle difuso, quer de controle concentrado. Isso porque, a partir dos novos arranjos trazidos pela Constituição de 1998, "a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado", "sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade". Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

> [...] a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem o efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.[30]

Essa não é uma nova compreensão que nasce desvinculada do cenário descrito neste artigo, de forte distorção do sistema difuso no período posterior a 1988, gerada pela multiplicação de processos em face da ausência de filtros, do crescimento no exercício das competências de controle de constitucionalidade, e da ausência, em contrapartida, de efeito vinculante para as decisões incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Segundo ainda o voto do Ministro Gilmar Mendes, "[a] multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto".

Em linha de conclusão, entende o voto do Ministro Relator ser:

> [...] legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no *Diário do Congresso*. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.

Não há dúvida: se essa orientação prevalecer no julgamento do caso, terá ocorrido uma verdadeira revolução no sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade. Até agora, a posição do relator já foi acompanhada pelo Ministro Eros Grau, para quem o sistema de atribuição de efeitos *inter partes* no controle incidental promovido pelo STF, com a eventual possibilidade de suspensão da execução da lei pelo Senado, ter-se-ia tornado, atualmente, *obsoleto*. Contra tal entendimento votaram, até agora, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O julgamento foi suspenso em 19.04.2007, com o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, e ainda não foi retomado. Além deste Ministro, faltam votar, no caso, os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto e Cármen Lúcia. Não deve votar, em princípio, o Ministro Menezes Direito, por ter tomado posse após o início do julgamento e por ter substituído o Ministro Sepúlveda Pertence, que já votou no caso.

A solução proposta nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau coloca, evidentemente, na pauta de debates, uma importante questão de democracia, ligada àquilo que se chama na literatura norte-americana de "objeção contra-majoritária". Isso porque a mudança proposta por tais votos no sistema de vinculação próprio ao controle difuso já foi, em inúmeras oportunidades, cogitada pelo legislador constituinte original e derivado, mas restou sempre superada no decorrer do processo legislativo, como ressalta o próprio voto do relator, ao fazer referências à Constituinte de 1946 e ao processo de elaboração da Emenda 16/1965. De certa forma, questão

semelhante chegou a ser discutida até mesmo na PEC n. 96/1992, que originou, posteriormente, a EC n. 45/2004. Tratava-se do incidente de inconstitucionalidade, presente nos projetos dos Deputados Jairo Carneiro e Aloysio Ferreira e também no texto aprovado na Comissão Especial, mas expurgado do texto da Proposta em virtude de um acordo capitaneado pelo governo no início de 2000, dada a enorme resistência que surgiu em relação a essa proposta.[31]

Assim, com o eventual julgamento de procedência da Reclamação n. 4.335, produziríamos, em princípio, por via *judicial*, uma reforma que, de um modo ou de outro, foi cogitada, no sistema político representativo, há pouco mais de oito anos, tendo sido ali rejeitada. Daí, eventualmente, seu caráter contra-majoritário. Mas, a bem de ver, seria uma decisão contra-majoritária que poderia ter a virtude de corrigir uma importante anomalia presente em nosso sistema de controle constitucional, consistente na atribuição ao STF de uma competência recursal extraordinária sem qualquer grau de vinculação geral, que o tem transformado, ao fim e ao cabo, em uma espécie de tribunal ordinário de apelação em matéria constitucional. E essa situação, ainda que já se desenhasse no final da década de 1990, quando a média de processos recebidos ao ano pelo STF atingia algo em torno de 50 mil, apenas de consolida integralmente na década de 2000, quando esse número sobe, de uma vez, para a casa dos 110 mil. Situação distinta, portanto, daquela que se apresentava ao constituinte derivado, na análise da PEC n. 96/1992.

O resultado último desse julgamento, e dos embates institucionais que ele e o próprio processo de reforma institucional do STF irão gerar, ainda não pode ser antevisto. Mas o que parece isento de dúvida é o fato de estar em curso, no vigésimo aniversário da Constituição de 1988, um processo declarado de revisão e reforma da jurisdição constitucional, que pode, no limite, vir a transformá-la radicalmente.

Qualquer que seja o resultado desse processo, ele irá contribuir para amplificar o caráter marcadamente específico e brasileiro de nosso arranjo institucional relativo ao controle de constitucionalidade. A esperança é que, além de brasileiro, esse arranjo possa também ser também funcional, isto é, que resulte adequado a atender as necessidades particulares de nosso sistema jurídico e, também, a corrigir os imensos problemas que têm sido apontados, atualmente, em relação a esse sistema.

: ARTIGO APROVADO (03/11/2008) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

1 Sem deixar de responsabilizar-me pelas falhas e imprecisões remanescentes, agradeço a todos aqueles que colaboraram para a conformação da versão final deste artigo, discutindo-o e apresentando comentários valiosos, entre outros espaços, em um workshop promovido em junho de 2008 pela FGV-DIREITO RIO e também em uma reunião realizada com pesquisadores e alunos da Sociedade Brasileira de Direito Público em julho no mesmo ano. Agradeço também aos precisos comentários dos dois pareceristas anônimos da revista, às valiosas contribuições do Prof. Dimitri Dimoulis e à assistência prestada pela acadêmica Paula Gorzoni, que colaborou com a formatação e organização final do texto. Um agradecimento especial é dirigido ao Prof. Oscar Vilhena, que travou o primeiro contato com o argumento central deste texto antes mesmo de ele ter sido escrito, em uma conferência de que participamos juntos. Seus comentários e incentivo foram fundamentais para que o argumento pudesse ganhar corpo neste artigo.

2 Quero ressaltar, novamente, que o fenômeno da judicialização, em si, não tem nada de essencialmente brasileiro. É, ao contrário, relativamente global em suas linhas gerais. Ver a respeito os vários artigos reunidos em Tate e Vallinder (1995). No que diz respeito à tentativa de implementação judicial de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive no contexto de países periféricos, também não se verifica em absoluto o isolamento da experiência nacional, sendo comum citar, nesse tema e em relação a tais países, os exemplos da Índia, África do Sul e Colômbia, entre outros. Especificamente sobre o desenvolvimento desses fenômenos na América Latina, ver Sieder et al. (2005).

3 Ver, a propósito, Limongi (2006). A expressão "presidencialismo de coalizão" é de Sérgio Henriques Abranches.

4 Empresto a expressão de Boaventura de Souza Santos (2001, p. 163).

5 Por exemplo, os projetos de emenda constitucional da Câmara dos Deputados n. 252/2004, 243/2004 e 111/2003.

6 Essa idéia é emprestada de Almiro do Couto e Silva (2002), que fala em um serviço público "à brasileira", por inspiração à noção corrente de serviço público "à la française". Couto e Silva indagam justamente se não teríamos concebido, ao longo do tempo e sobretudo a partir da reforma regulatória da década de 1990, uma noção híbrida e muito própria de nossa tradição jurídica acerca dessa categoria do direito administrativo. Como referi no artigo, talvez seja algo semelhante que acabemos fazendo com nossa Suprema Corte: talvez a transformemos em um tribunal constitucional "à brasileira".

7 Uma revolução sem revolução, ou uma revolução passiva desta vez virtuosa, como propõem Vianna et al., referindo-se ao conceito desenhado por Gramsci Vianna et al. (1997).

8 A argüição de relevância foi introduzida como requisito adicional de admissibilidade do recurso extraordinário em 1977, por meio da Emenda Constitucional n. 7, que mudou, para esse propósito, a redação dos parágrafos primeiro e terceiro do art. 119 da Constituição então vigente.

9 Constituição Federal, art. 127.

10 Constituição Federal, art. 129.

11 Constituição Federal, art. 103. No regime da Constituição anterior o único legitimado à ação era o Procurador Geral da República, que era nomeado pelo executivo e poderia, por ato do Presidente da República, ser demitido ad nutum.

12 Constituição Federal, art. 24, X.

13 Constituição Federal, art. 5o , XXI.

14 Boa parte deles colacionados no art. 5o, inc. LIV e seguintes, do texto respectivo.

15 Refiro-me especificamente aos art. 92 a 135.

16 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 226.855. Relator: Min. Moreira Alves. (DJ 13.10.2000).

17 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105. Relatora: Min. Ellen Gracie. (DJ 18.02.2005).

18 Salvo indicação em contrário, todos os gráficos e tabelas apresentados neste artigo são de elaboração do autor, a partir dos dados disponibilizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2008a e 2008b).

19 É importante ressaltar que a anomalia que poderia eventualmente justificar o possível tom irônico da expressão reside exclusivamente no volume de casos com que o STF precisa se deparar a cada ano, volume esse que supera a casa dos 100 mil, o que é incompatível com a importância política dos julgamentos desse tribunal. Não é meu objetivo, em momento algum, sugerir que nosso modelo de controle misto, pelo simples fato de sê-lo, consistiria em algo anômalo ou patológico, ou que nossos problemas derivariam, simplesmente, de termos incorporado equivocadamente elementos oriundos dos dois grandes modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), quebrando sua suposta pureza. Como demonstrarei [neste artigo], esses modelos não passam de tipos ideais e é provável que qualquer sistema jurídico, quando concretamente considerado, possa reclamar, para si, sua parcela de hibridismo e singularidade. Carlo Guarnieri, por exemplo, descreve o sistema italiano como um sistema que "combina, de uma forma peculiar, características típicas dos sistemas continentais com elementos encontrados nos judiciários anglo-saxões" (Tate; Vallinder, 1995, p. 247). As experiências latino-americanas, ademais, são marcadas todas pela combinação de arranjos político-institucionais inspirados na Constituição Americana com um sistema de direito positivo inspirado na tradição européia. Como procurarei mostrar ao final deste texto, uma das virtudes dos processos que parecem estar em curso na jurisdição constitucional brasileira consistiria, justamente, em atentar para esse caráter peculiar de nossa experiência institucional, operando os arranjos necessários a aperfeiçoá-la, mas admitido, sim, suas singularidades. Essas singularidades contribuem, sem dúvida, para a construção de um desenho brasileiro de jurisdição constitucional, mas o qualificativo, nesse peculiar, já não poderia ser acompanhado de qualquer tom de crítica ou ironia, a sugerir que devêssemos, supostamente, adotar soluções padronizadas em qualquer modelo internacional. A reconfiguração institucional do STF corresponde, ao revés, a um salutar processo de "invenção institucional". Quanto mais "à brasileira" ele for (e se for, ao mesmo tempo, funcional, como ressalto no texto), tão melhor, pois mais adaptado à nossa experiência republicana, ele, provavelmente, será.

20 A Suprema Corte dos Estados Unidos consiste em órgão de cúpula do judiciário americano e possui competência originária para o julgamento de um rol restrito de casos, sobretudo disputas entre os estados americanos ou entre estes e o governo federal. Sua principal competência é recursal. Aquilo que estou chamando de competência recursal ordinária equivaleria, grosso modo, à chamada mandatory appellate jurisdiction. Outrora, essa competência incluía, por exemplo, casos em que as Supremas Cortes dos Estados haviam considerado inconstitucional alguma lei federal. No entanto, quase todas essas competências recursais obrigatórias (não discricionárias) foram abolidas pelo Judicial Improvements and Access to Justice Act de 1988. Assim, o que resta hoje são basicamente as competências recursais extraordinárias, exercidas por meio do mecanismo de certiorary. Sua diferença em relação ao recurso extraordinário consiste, todavia, no caráter discricionário que envolve a decisão de admissibilidade dos recursos com base em sua importância geral, por parte da Suprema Corte.

21 Esse modelo é caracterizado ainda, como se verá adiante no texto, por duas outras características fundamentais e muito peculiares: (i) a ausência de poder discricionário para a seleção pelo STF dos casos em que irá exercer sua competência recursal extraordinária; e (ii) a ausência de mecanismos de vinculação pelos precedentes criados pela corte, salvo no que se refere ao mecanismo de controle concentrado.

22 Ainda que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental possa ter, eventualmente, caráter semelhante ao de avocatória.

23 "No Brasil, em 1987/1988, a Assembléia Nacional Constituinte debateu em profundidade o tema relacionado com as cortes constitucionais, com a defesa da Constituição, com o controle de constitucionalidade. [...] Muitos propugnavam por uma Corte Constitucional segundo o modelo europeu. Prevaleceu, entretanto, no seio da Assembléia Constituinte o bom senso. Não seria possível que fosse desprezada a experiência centenária de controle de constitucionalidade que vinha sendo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, que construiu, em termos de controle de constitucionalidade das leis, uma doutrina brasileira." (Velloso, 1993, p. 8).

24 É preciso ressalvar, todavia, a possibilidade de julgamento de mais que um processo por meio de um único acórdão, nas hipóteses de conexão de causas. Ver, a propósito, os arts. 93, 96, § 1o , e 126 do Regimento Interno do STF.

25 Esse relatório, atinente exclusivamente ao período já apontado, apresenta algumas pequenas inconsistências em relação às informações constantes do informe geral de movimentação processual para os anos de 1949–2008 publicado igualmente no sítio do STF. Tais inconsistências não chegam a prejudicar a análise empreendida neste artigo.

26 Nesse caso, sem efeitos erga omnes, o que gera, por sinal, problemas importantes de compatibilização das decisões da Corte Constitucional com as decisões produzidas por órgãos do poder judiciário em tema de constitucionalidade.

27 Em pesquisa feita no sítio da Câmara dos Deputados, foram encontradas apenas três propostas de Emenda à Constituição que objetivavam a criação de uma "corte constitucional" brasileira: PEC 252/2004, 243/2004 e 111/2003. Os dois últimos projetos foram arquivados por não conterem o número mínimo de assinaturas indicado no inc. I do art. 60, da Constituição Federal, combinado com o inc. I do art. 201, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Já a PEC 252/2004 obteve parecer contrário na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Um dos principais argumentos consistiu na alegação de que a criação de um novo tribunal seria medida meramente paliativa, voltada a reduzir o número de processos do STF. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 03 set. 2008.

28 A Corte de Cassação francesa, por exemplo, é composta por mais de oitenta membros, ao passo em que o Conselho Constitucional possui apenas nove (se considerarmos apenas os membros nomeados, isto é, se excluídos ex-presidentes da república, que também têm assento no conselho).

29 "Desconheço qualquer outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos, de maneira racional e compatível com a Constituição" (Vieira, 2007).

30 Para uma crítica à racionalidade da decisão (sobretudo no que diz respeito ao recurso argumentativo à mutação constitucional), ver Lunardi e Dimoulis (2008).

31 Ver, a respeito, a excelente reconstrução do processo legislativo atinente à reforma de 2004 empreendida por Rogério Bastos Arantes (2001), especialmente concentrada naquelas que ele chama de "propostas de concentração".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição Política Constitucional. In: Maria Tereza Sadek (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portal de Informações Gerenciais do STF*. Brasília, 2008a. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: 18 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório de Atividades. Biênio 2006-2008*. Brasília, 2008b. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relat2006a2008.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Datos estadísticos*. 2008. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/ datos.html>. Acesso em: 20 jun. 2008.

GARLICKI, Lech. Constitutional Courts *versus* Supreme Courts. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 5, n. 1, p. 44-68, 2007.

ITALIA. Corte Costituzionale. Dati Statistici dell'Attività Giurisdizionale dell'Anno 2006. 2007. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/ServizioStudi_Dati_statistici_2006.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

ITALIA. Corte Costituzionale. Relazione sulla Giurisprudenza Costituzionale del 2007. Prospetti Statistici. Palazzo della Consulta, feb. 2008. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/ Prospetti_statistici_2007.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 76, p. 17-41, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 217-238, 2008.

PERU. Tribunal Constitucional. Memoria. Tribunal Constitucional. 2007. 2008. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria-2007.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Dados Estatísticos. Movimento Processual entre 1993-2006. 2008. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/estatisticas/tribunal0403a.html>. Acesso em: 20 jun. 2008.

ROSENN, Keith S. Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas,* v. 7, p. 291-320, 2000.

RUBENSTEIN, William B. The Concept of Equality in Civil Procedure. *Cardozo Law Review*, Vol. 23, p. 1865-1915, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Derecho y Democracia: La Reforma Global de la Justicia. In: SANTOS, Boaventura de Souza; VILLEGAS, Mauricio Garcia (Ed.). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre. 2001.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público "à brasileira". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out. 2002.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VELLOSO, Carlos Mario Velloso. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n.120, p. 8, 1993.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*: O processo judicial no pós-1988. São Paulo, USP, 2006. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/>.

VIANNA, Luiz Werneck; BURBOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: Marcelo Burgos; Luiz Werneck Vianna. (Org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte e Rio de Janeiro: Editora da UFMG e Iuperj/Faperj, 2002.

_____ et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal:* Jurisprudência Política. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Supremocracia: Vícios e virtudes republicanas. *Valor Econômico,* São Paulo: Globo, 6 nov. 2007.

ANEXO - GRÁFICOS E TABELAS

GRÁFICO 1
STF
Processos Entrados
1940-2007

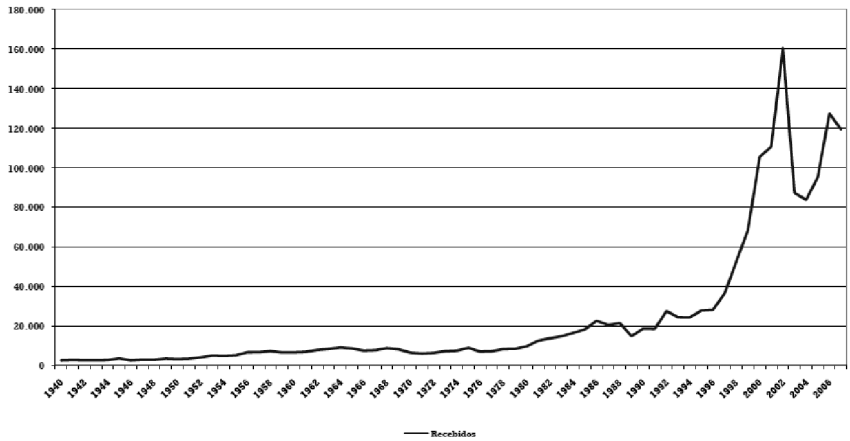


GRÁFICO 2
STF
Distribuição de Agravos e REs
1990-2007

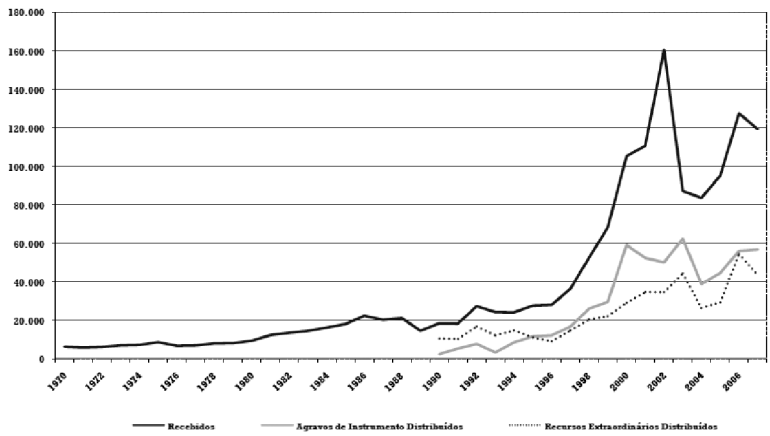


GRÁFICO 3
STF
Percentil de Agravos e RE sobre o total distribuído
1990-2007

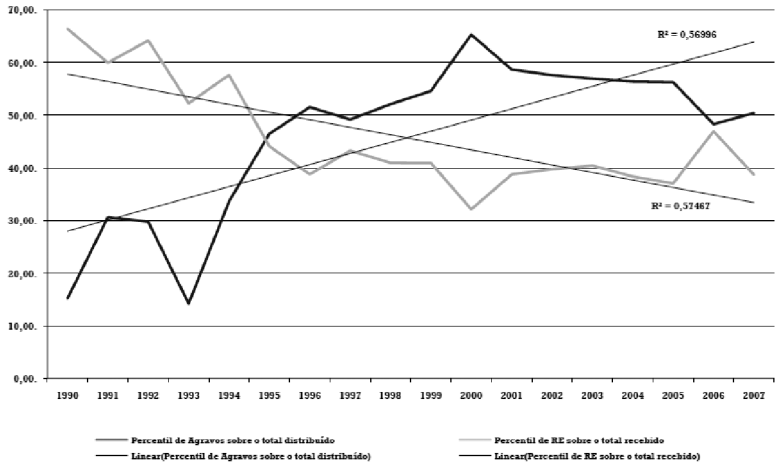


GRÁFICO 4
STF
ADIs Distribuídas e Julgadas
1990-2007

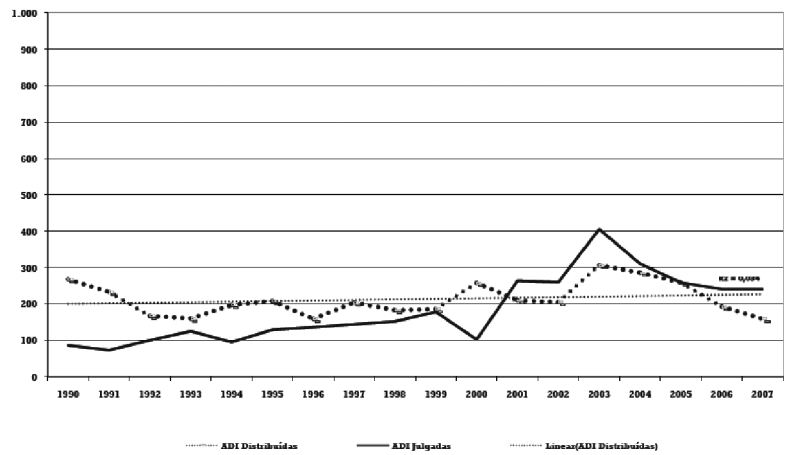


GRÁFICO 5
STF
Processos Entrados e Julgados
1940-2007

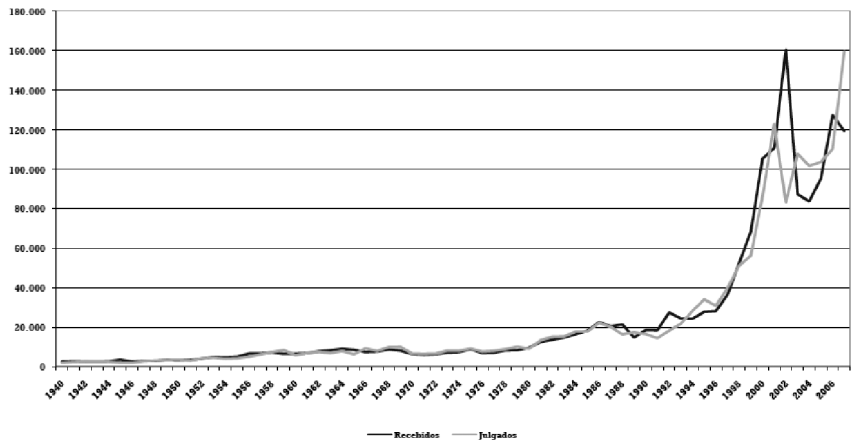


GRÁFICO 6
STF
Estatísticas de Movimentação
Processual Por Década
1940-2000

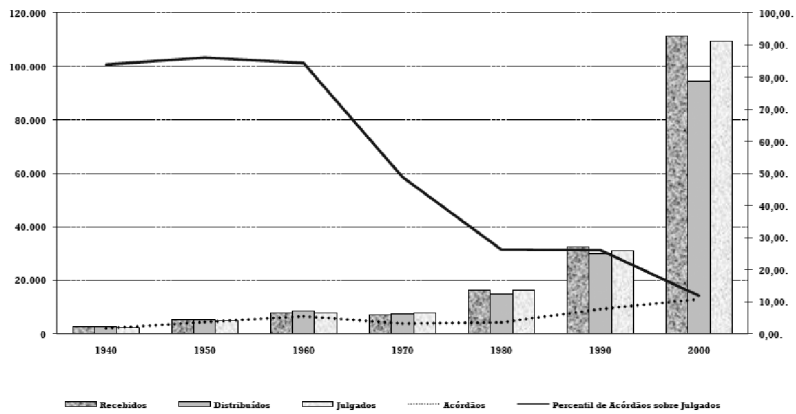


TABELA 1

Década	Média de Processos Julgados Por Ano	Média de Acórdãos Publicados Por Ano	Percentil de Acórdãos Publicados sobre o Total de Julgados
1940	2.370	1.981	83,88%
1950	4.980	4.311	86,03%
1960	7.795	6.444	84,34%
1970	7.895	3.789	48,83%
1980	16.436	4.186	26,21%
1990	31.152	9.145	26,07%
2000	109.411	12.903	11,80%

TABELA 2

Ano	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Percentil de Acórdãos Publicados sobre o Total de Julgados	Decisões	Decisões Monocráticas	Decisões Colegiadas	Percentil de Decisões Colegiadas sobre o total de processos julgados
2004	101.690	10.674	10,49%	103.407	92.273	11.134	10,76%
2005	103.700	14.173	13,67%	105.962	90.857	15.105	14,26%
2006	110.284	11.421	10,36%	112.403	101.207	11.196	9,96%
2007	159.522	22.257	13,95%	159.522	136.440	23.082	14,47%
2008	32.637	3.922	12,02%	32.637	28.439	4.198	12,86%
Média	101.536	12.943	12,75%	102.631	89.236	13.395	13,05%

Marcos Paulo Veríssimo

PROFESSOR DA DIREITO GV

DOUTOR PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Rua Rocha, 233 – 8º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
marcos.verissimo@fgv.br

SUPREMOCRACIA *

Oscar Vilhena Vieira **

SUPREMOCRACY

RESUMO

O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos. Este texto mostra como o Supremo, de fato, tem exercido tais funções pela análise de alguns de seus julgados mais recentes. Em seguida, propõe mecanismos capazes de lidar com as tensões produzidas pela *supremocracia*, sem caracterizá-la como algo necessariamente bom ou ruim, mas buscando compreender seu sentido e apontar para seus perigos.

PALAVRAS-CHAVE

sistema político; separação de poderes, representação, STF

ABSTRACT

The text shows how the FSC is located at the heart of our political system and warns of the dangers to democracy inherent in this stance. Such a danger lies in the fact that the aforementioned court is fulfilling, albeit in a subsidiary manner, the role of rule-maker, accumulating the authority of Constitutional interpreter while retaining exercise of legislative power, which traditionally belonged to the representative powers. The text attempts to prove that the Supreme Court has carried out such functions within an analysis of some of its recently tried cases. It also suggests mechanisms capable of dealing with the tensions generated by supremocracy, *without characterizing them as something good or bad for our political system.*

KEYWORDS

Political system; separation of powers; representation; STF

"O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado"
Rui Barbosa

Introdução

Em 1968, Aliomar Baleeiro publicou "*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido"*. O título desta obra clássica de nosso direito constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário

político atual. Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.

Na academia, por sua vez, multiplica-se o número de trabalhos destinados a analisar os diversos aspectos da vida e da atuação do Supremo, seja nas faculdades de direito, seja nos programas de ciência política, sociologia, história, etc. O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. Ponderação de valores, princípios ou moralidade, tornaram-se temas comuns aos estudos de direito constitucional[1]. Por outro lado, a ciência política, depois de longo período de desatenção em relação às instituições, despertou para a necessidade de compreender melhor o papel do direito e das agências responsáveis pela sua aplicação. Neste novo amanhecer da ciência política, com viés mais institucionalista, o Supremo tem se tornado objeto privilegiado de muitos autores.[2] Até os economistas passaram a analisar as conseqüências, não raramente tomadas como externalidades pouco desejáveis, das decisões judiciais[3].

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela "TV Justiça" ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República[4], ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar[5], não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada.

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.[6]

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma conseqüência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas "populistas" e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica.[7]

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon.[8]

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma conseqüência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição.[9] A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinhamento do sistema representativo.

Apenas como forma de ilustrar os argumentos acima, seria possível afirmar que a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos[10], a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era *Lochner*.[11] Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.

Na Europa, onde por todo o século XIX, a doutrina do *judicial review* não encontrou eco, os tribunais apenas começaram a ocupar uma posição mais proeminente a partir da Segunda Guerra, em especial na Alemanha e na Itália. Como reação ao nazismo e ao fascismo e uma enorme desconfiança na democracia de massas[12], foram

estabelecidas substantivas cartas de direitos e potentes tribunais constitucionais, rompendo com a velha tradição rousseauniana de soberania popular[13]. Em alguma medida, a reconstitucionalização espanhola, no final da década de 1970, e a constitucionalização de diversos países da Europa oriental, após a queda do muro de Berlim, seguiram a mesma lógica.[14]

As constituições, em geral, buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele por ela arquitetado. Esta lógica também esteve presente nas transições portuguesa, de 1976, brasileira, de 1988, sul-africana, de 1996, ou mesmo Indiana, de 1950, elaborada no contexto do processo de descolonização[15]. Nestes casos, no entanto, havia uma ambição constitucional adicional. Estas constituições não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social. Talvez o texto da Constituição Indiana e o texto original da Constituição portuguesa de 1976 sejam os mais ambiciosos neste aspecto. No caso português era missão constitucional levar a sociedade portuguesa ao socialismo. Também poderia ser inserido nesta onda de constitucionalismo socialmente transformador o texto colombiano de 1991. Uma das características marcantes destes novos regimes foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, voltadas a assegurar pactos de transição, plasmados em ambiciosos textos constitucionais.[16] Só que agora os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição[17].

A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido.

Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis*

do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o "s" minúsculo do adjetivo vale mais que o "S" maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República.

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo.[18] Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o *status supremocrático* do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista.

No exercício destas funções que lhe vem sendo atribuídas pelos distintos textos constitucionais ao longo da história republicana, ousaria dizer, emprestando a linguagem de Garapon, que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de

órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras" [19]; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional[20], com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática[21].

Neste sentido, é sintomático que um dos mais astutos representantes da classe política brasileira, que já exerceu as funções de Presidente da República e Presidente do Senado, sobrevivendo a todas as mudanças de nosso sistema político nos últimos cinqüenta anos, tenha afirmado recentemente que "nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF"[22], em uma espécie de substabelecimento, por insuficiência, dos poderes inerentes ao sistema político brasileiro para o Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, é emblemática a resposta do Presidente Lula, que, quando indagado sobre a lei de anistia, teria dito: "este é um problema da justiça".

Nas páginas seguintes, pretendo, em primeiro lugar, discutir as razões de ordem institucional que, a meu ver, têm favorecido a expansão dos poderes do Supremo no sistema político brasileiro. Em seguida, buscarei apresentar alguns indícios de que o Supremo vem, de fato, por intermédio de suas decisões, exercendo ativamente as funções que lhe foram atribuídas. Por fim, a título de conclusão, buscarei lançar algumas idéias práticas que, a meu ver, poderiam contribuir para a redução das tensões geradas pela *supremocracia*. Desnecessário dizer que este ensaio tem por objetivo essencial provocar o debate.

1 A Construção Institucional da Supremocracia

Múltiplas são as razões de ordem política e histórica que levaram o constituinte de 1987/8 a optar pela elaboração de uma constituição tão ampla, minudente, ambiciosa, ou ubíqua, na precisa definição de Daniel Sarmento.[23] Irei, aqui, apenas analisar qual o impacto de algumas destas escolhas institucionais sobre a atuação do Supremo.

1.1 A ambição constitucional

A primeira destas decisões diz respeito ao próprio *ethos* ambicioso da Constituição de 1988 que, segundo Seabra Fagundes, corretamente desconfiada do legislador, deveria sobre tudo legislar. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente[24] um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de *compromisso maximizador*[25]. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito[26], liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de

tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário.

1.2 Competências superlativas

A segunda razão que pode nos ajudar a compreender a expansão de autoridade do Supremo refere-se a sua própria arquitetura institucional. A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.

Na função de *tribunal constitucional*, o Supremo tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual. Deve-se destacar, no caso brasileiro, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, estabelecido por força do artigo 60, § 4º, da Constituição. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países. Também foi atribuída ao Tribunal a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais.

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal[27], superando a fase em que as chaves de

acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto, é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembléias Legislativas Estaduais.

Outro evento de extrema importância na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi o estabelecimento da possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae* em casos de interesses supra-individuais. Como bem demonstra Eloísa Machado, em sua precisa dissertação de mestrado, o legislador ordinário contribuiu para "democratizar" o acesso ao Supremo[28]. Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. Somado a isso, surgiram as audiências públicas, em casos de grande relevância, que trazem ao Tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim, técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal. Os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador deste mecanismo. Essas novidades certamente ampliaram o acesso ao Tribunal, mas também expõem sua autoridade mais diretamente.

A Constituição de 1988 conferiu também ao Supremo a espinhosa missão *de foro especializado*. Em primeiro lugar, cumpre-lhe julgar criminalmente altas autoridades. Em conseqüência da excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância, como vimos no caso da recém aceitação da denúncia contra os *mensaleiros*. Só para ter uma dimensão do problema, há mais de 250 denúncias contra parlamentares aguardando manifestação do Supremo. O Tribunal não está equipado para analisar pormenorizadamente fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais.

A segunda pedra no caminho do Supremo é ter que apreciar originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, muitas vezes diretamente ligados à governância interna destes dois poderes. Pior ocorre quando é instado a resolver tais

contendas em caráter emergencial, como no caso da sessão secreta do Senado Federal, voltada a apreciar a cassação do mandato do Senador Renan Calheiros[29]. O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de *pequenas causas políticas*. Desconheço outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias, que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos. O mesmo acontece em relação à impugnação, por via de mandado de segurança, de atos muitas vezes banais do Presidente da República, como demissão de um servidor público. A sua competência de foro especializado tem um enorme custo gerencial, bem como pode gerar um desgaste de sua autoridade, por excesso de envolvimento em questões que poderiam e deveriam estar sendo resolvidas em outros âmbitos. Por outro lado, é inadmissível que um tribunal supremo se veja obrigado a julgar originariamente processos de extradição, homologação de sentenças estrangeira, um enorme número de *habeas corpus*, mandados de segurança e outras ações cíveis em face do *status* do réu. Na linguagem da imprensa, parte dessas atribuições transformou o Supremo em um foro privilegiado.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal serve como *tribunal de apelação ou última instância judicial*, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos, o que se explica pela coexistência de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, na ausência de uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais, inclusive aquelas proferidas por tribunais superiores. De 1988 para cá, foram mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal.[30] Isto sem falar nos milhares de *habeas corpus*, muitos deles com arriscada supressão de instâncias, pedidos de extradição e outros processos que chegam ao protocolo do Tribunal todos os dias. Além de desumano com os ministros, é absolutamente irracional fazer com que milhões de jurisdicionados fiquem aguardando uma decisão do Tribunal, enquanto seus devedores se beneficiam da demora na solução desses casos. Desnecessário dizer que o maior beneficiário deste sistema irracional é o próprio Estado brasileiro. Importante destacar aqui, no entanto, que estes números absurdos, que normalmente causam certo aperreio cognitivo aos analistas estrangeiros, não retratam a verdadeira rotina do Tribunal. O fato de que as tabelas encontradas no sitio do Supremo demonstrem que o Tribunal julga mais de cem mil casos por ano, em média, não significa que a Corte efetivamente aprecie tantos casos. Como demonstra Marcos Paulo Veríssimo, em refinada análise publicada neste número da Revista DIREITO GV, a somatória das decisões tomadas pelas duas turmas, mais as decisões proferidas em plenário, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo Supremo, sendo que os casos julgados pelo plenário do Tribunal, em 2006, consistem em apenas 0,5% do total de casos julgados, ou seja: 565 casos. A imensa

maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o "relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário".[31] O mesmo autor conclui que, por trás destas decisões monocráticas, pode estar escondida uma "espécie de *certiorary* informal". Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal.

A inclusão da argüição de repercussão geral, pela qual o Supremo poderá *de iure*, e não apenas *de facto,* exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos, e da súmula vinculante, que reforça a sua autoridade, permitindo a imposição *erga omnes* de suas decisões, foi uma reação à enorme fragmentação de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Essas ferramentas, por sua vez, concentraram ainda mais poderes nas mãos do Supremo, como já foi possível verificar pela edição de súmula vinculante regulamentando emprego das algemas, a partir de uma pequena série de casos individuais, entre os quais a exposição pública de banqueiros e políticos algemados antes do julgamento. O risco aqui é o tribunal ver-se obrigado a se transformar em xerife de suas próprias decisões.

2 Exemplos de atuação supremocráticas

Tem se avolumado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os sinais de que o Tribunal, respondendo aos incentivos institucionais acima descritos, subiu uma nota na escala de poder de nosso sistema político. A primeira evidência disso é o impressionante número de casos de máxima relevância presentes na agenda do Supremo. Após uma breve enumeração desses casos, concentrarei minha atenção em algumas decisões que podem nos ajudar a compreender de que forma os próprios ministros do Supremo estão metabolizando a ampliação dos poderes do Tribunal. Em primeiro lugar, será analisado o caso das células-tronco, ADI 3.510-0, emblemático da atual etapa de expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal, como arena de discussão pública de temas de natureza político moral.[32] Em um segundo momento, a partir da análise do caso da fidelidade partidária, Mandado de Segurança n. 26.603/DF, e dos crimes hediondos, Reclamação 4.335-5/Acre, buscarei demonstrar como o Supremo vem expandido sua atividade legiferante, com ênfase naquela

de impacto constitucional, ou seja, passando do campo do exercício da autoridade para o exercício do poder.

2.1 Uma agenda desafiadora

Muitos poderiam ser os exemplos da expansão da autoridade do Supremo nestes últimos vinte anos. Afinal, é difícil pensar um tema relevante da vida política contemporânea que não tenha reclamado ou venha a exigir a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

No campo dos direito fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.

Na esfera da representação política, temas como sub-representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, vêm fazendo do Tribunal um co-autor do constituinte originário na arquitetura da representação política brasileira.

No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, vem discutindo questões como: restrição à atuação das CPIs; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; restrição aos poderes de investigação do Ministério Público; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição de controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes.

Com direto impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real.

Tudo isto sem falar em milhares de *habeas corpus*, mandados de segurança, alguns de altíssima voltagem política e muitos milhares de recursos extraordinários, que demandam do Supremo decidir sobre uma infinidade de temas constitucionais mais ou menos relevantes. Na esfera político-criminal, por exemplo, temos assistido o julgamento de altas autoridades, como o ex-presidente Collor e os integrantes do escândalo do mensalão.

O Supremo, por outro lado, também não viu nenhuma dificuldade em discutir a validade de emendas à Constituição, como nas reformas administrativa, previdenciária e do próprio judiciário, chegando, sem qualquer hesitação, a declarar algumas emendas contrárias às cláusulas pétreas, como no caso da extinta CPMF.

Em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma "última palavra"[33] do Supremo Tribunal Federal.

2.2 A Nova Ágora:
o exemplo do debate em torno da pesquisa com células-tronco

O julgamento da lei de biossegurança, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas, é significativo deste novo patamar de visibilidade pública que vem sendo alcançado pelo Supremo. Para além da própria importância do tema, que tinha como pano de fundo a questão sobre a proteção jurídico-constitucional das etapas de desenvolvimento da vida[34], da vasta cobertura da mídia e da intensa romaria de diversos grupos contrários e favoráveis à liberação da pesquisa com células-tronco para apresentar seus argumentos aos membros do Tribunal, quatro fatos parecem indicar que o Supremo passou a ocupar um novo papel no sistema político brasileiro.

O primeiro fato a ser destacado aqui se refere à naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário. Esta questão foi suscitada da tribuna, de forma expressa, por Luiz Roberto Barroso, advogado em um dos *amici*. Para o ilustre professor, o Tribunal deveria levar em consideração o fato de que a lei havia sido aprovada por uma esmagadora maioria do Congresso Nacional, após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, em que foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira. Não havendo inconstitucionalidade flagrante, mas apenas ponderação legislativa legítima, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua. Antes de iniciar o seu voto, a Ministra Carmem Lúcia afastou com veemência este argumento, sendo explicitamente acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio. Logo, não se abriu qualquer espaço para uma discussão sobre *deferência*, muito comum em outros tribunais constitucionais ao redor do mundo. Entendida por *deferência* a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito. O que não significa omissão, mas, sim, o estabelecimento de claros parâmetros de separação de poderes, em que o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica. Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador[35], especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.

O segundo ponto emblemático que se pode destacar no processo de julgamento da constitucionalidade da lei de biossegurança refere-se à importância que os *amici curiae* passaram a ter na condução dos debates no Supremo. A presença de organizações da sociedade civil, expressando a polaridade de opiniões difusas entre os

diversos segmentos da sociedade brasileira definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte. Mais do que isso, a liberalidade na aceitação dos *amici* por parte dos Ministros indica que o Supremo está voluntariamente se democratizando e conseqüentemente abrindo-se de forma mais clara para a política. Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria.[36]

Um terceiro aspecto do julgamento que parece relevante refere-se à convocação da primeira audiência pública, a pedido de uma das organizações da sociedade civil, para a oitiva de cientistas. Por mais técnica que tenha sido a audiência, controlada rigorosamente pelo Ministro Carlos Brito, relator do processo, as audiências públicas impõem ao Supremo debruçar-se sobre argumentos que não são de natureza estritamente jurídicas. Um dos reflexos disso durante o julgamento da lei de biossegurança foi que alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de "seus cientistas" do que propriamente esgrimar argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina. No voto do Ministro Carlos Alberto Direito, mais páginas foram utilizadas para discutir filosofia, religião e especialmente ciência do que propriamente direito constitucional.

Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político, como foi exposto pelo próprio Ministro Carlos Aires Brito, ao abrir a primeira audiência pública da história do Supremo. Este passo, no entanto, demanda que o Tribunal tenha clareza de seus novos desafios. Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.

O último aspecto deste julgamento a ser destacado pode não parecer diretamente associado à questão da superexposição do Tribunal, mas, a meu ver, está a esta conectada. Uma das maiores idiossincrasias deste julgamento foi o fato de que a minoria no plenário, já derrotada por aqueles que entendiam que a lei era constitucional em sua totalidade, obstinadamente buscou que fossem incluídas na sentença medidas de caráter legislativo, que restringiriam enormemente a eficácia da legislação.

Conforme proposição dos Ministros Carlos Alberto Direito e Antonio Carlos Peluso, invocando a doutrina da interpretação conforme a constituição, propunham a criação de mecanismos mais rigorosos para a fiscalização das pesquisas com células-tronco. As proposições de cunho legislativo que se buscava inserir na decisão, barradas energeticamente pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sugerem duas coisas: em primeiro lugar, uma óbvia ambição legislativa, por parte da minoria; em segundo lugar, uma exploração da tele-audiência como espaço para realização de um discurso, que apenas poderia ter conseqüências políticas, posto que a sorte jurídica do caso já se encontrava selada. O fato de que o Supremo delibera em público, com televisionamento de suas audiências, também diferencia o Tribunal da quase totalidade das cortes constitucionais ao redor do mundo. Até o presente momento, não surgiu, salvo melhor juízo, nenhum estudo buscando compreender o impacto da publicidade sobre a atuação dos Ministros.

2.3 De legislador negativo a poder constituinte reformador

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.[37] Gostaria de destacar aqui dois casos que demonstram que o Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional. Tanto no caso da fidelidade partidária, MS 26.603/DF, como no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador. Comecemos pelo caso da fidelidade partidária.

A ampla liberdade para a formação de partidos conjugada com a representação proporcional, que inspira a eleição para a Câmara dos Deputados, gerou uma grande proliferação de partidos políticos no Brasil. Atualmente, são vinte e nove os partidos devidamente registrados no Tribunal Superior Eleitoral. A falta de regras específicas ou de uma cultura política relativa à fidelidade partidária, por sua vez, permite uma intensa mobilidade de parlamentares, que ficam livres para aderir à base de sustentação do governo, após terem sido eleitos por partidos de oposição. Como reação a essas características do sistema representativo brasileiro, muitas vezes responsabilizadas pela fragilização da representação parlamentar, o parlamento e o próprio judiciário vêm tomando decisões voltadas a reorientar o sistema representativo. Comentarei abaixo apenas a decisão tomada no MS 26.603/DF que cuida da questão da perda de mandato por infidelidade partidária, deixando para outra ocasião a análise dos casos da verticalização das coligações partidárias e das cláusulas de barreira.

O Superior Tribunal Eleitoral, respondendo à Consulta 1398, que lhe foi formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), reconheceu que os partidos e coligações partidárias têm o direito de manter as cadeiras parlamentares que tenham obtido no processo eleitoral, decorrente de eleição pelo sistema proporcional, quando o deputado, após o pleito, decide mudar de agremiação política. A decisão do TSE, no entanto, não foi acatada pela Presidência da Câmara dos Deputados, motivando o acima mencionado mandado de segurança, impetrado pelo PSDB. A discussão de fundo refere-se à possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral interpretar a Constituição, de forma a determinar a perda de mandado por parte daquele deputado que, injustificadamente, muda de partido, após o pleito eleitoral, devendo a vaga no parlamento ser preenchida por suplente que se encontra na lista do partido ou coligação de origem.

Não entrarei aqui no mérito político da decisão. Se esta beneficiou ou não a organização do sistema político-partidário brasileiro. Mas apenas destacar o fato jurídico de que a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandado parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas no artigo 55, da Constituição Federal, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem *"numerus clausus"*. O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandado parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição. O ministro, no entanto, foi além ao adotar em seu voto as seguintes palavras de Francisco Campos: "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte".[38] Este certamente é um passo muito grande, no sentido de conferir poderes legislativos, eventualmente de reforma constitucional, ao Tribunal.

No julgamento da Reclamação 4.335-5/Acre, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal deixou mais uma vez claro que no processo de interpretação e aplicação da Constituição o seu conteúdo, e eventualmente a sua letra, pode sofrer alterações.

Depois de muitos anos sustentando a constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, o Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio, no HC 82.956, afastou a incidência do artigo que vedava a progressão de regime aos que houvessem sido condenados pela lei de crimes hediondos, por entender que esta regra violava o princípio da dignidade humana e da individualização da pena.

Com base nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, inúmeros condenados, com base na Lei de Crimes Hediondos, solicitaram a progressão de regime. O juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco entendeu, no entanto, que não deveria autorizar a progressão de regime, pois o referido HC produziu efeitos apenas 'inter partes'. Neste sentido, aplicou o disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, ao determinar que "compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Logo, enquanto o Senado não suspendesse a execução da lei, o juiz de primeira instância não estaria obrigado a submeter-se a decisão do Supremo Tribunal Federal. Fez inclusive que essa informação fosse afixada em diversos pontos do Fórum de Rio Branco.

Contra a denegação do pedido de progressão insurgem-se inúmeros condenados, vindo o Supremo a apreciar a Reclamação 4335. Após uma detalhada e sofisticada argumentação, o Ministro relator buscou demonstrar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade vem passando por um longo processo de mutação, marcado pela ampliação da importância do sistema de controle concentrado em detrimento do controle difuso. Neste sentido, especialmente após a introdução do efeito vinculante em nosso sistema jurídico, a regra do artigo 52, X, ficou destituída de maior significado prático, tendo, portanto, ocorrido "uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto".[39] Esta mutação, evidentemente, consubstancia-se em novo direito constitucional, na medida em que é avalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

É evidente aqui que a referida mutação afetou, ainda que minimamente, a relação entre os poderes, suprimindo uma competência privativa do Senado Federal e transferindo-a para o próprio Supremo Tribunal Federal. Não se trata, assim, de qualquer mudança constitucional, mas, sim, de uma alteração de dispositivo, a princípio, protegido pelo artigo 60, § 4º., inciso III, da Constituição Federal. Isso, evidentemente, se levarmos em consideração os precedentes do Supremo Tribunal Federal ao julgar casos de ofensa às cláusulas pétreas. Basta lembrar o caso da CPMF, em que o Supremo julgou inconstitucional a incidência do imposto sobre Estados e municípios, baseado no princípio da imunidade recíproca, por entender que era uma parte fundamental do princípio federativo.

Independentemente de nossa posição sobre o acerto ou erro do Supremo Tribunal Federal no julgamento desses casos, o que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.

Conclusão

Difícil julgar se o fenômeno da *supremocracia* é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo.

Busquei, neste ensaio, concentrar a análise apenas sobre o aspecto institucional destas decisões, não discutindo o mérito das mesmas. Em um curto ensaio como este, meu objetivo foi apenas chamar atenção para o processo de expansão dos poderes do Supremo. O ponto aqui não é, portanto, avaliar se as decisões tem sido progressistas ou não, mas, sim, verificar a posição que vem ocupando o Supremo em nosso sistema político.

Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas[40]. Em um sistema em que os "poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição"[41], nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. O que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere Hesse[42]. Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Assim, há que se lutar pela "[...] progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder [...]"[43]. Evidente que não pretendo aqui propor controle de ordem eleitoral para o Supremo, mas, sim, uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira.

Entendo que algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que possamos reduzir o mal-estar *supremocrático* detectado neste texto. Em primeiro lugar, seria a redistribuição das competências do Supremo. Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Falsas denúncias e gravações ilegais são apenas uma demonstração de como a autoridade do tribunal pode ser ameaçada. É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional. Isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas, sim, dar

seguimento a nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado. Com a argüição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, o Supremo terá condição de redefinir a sua própria agenda e passar a utilizar do sistema difuso como instrumento de construção da integridade do sistema judiciário e promoção do interesse público.[44] Definitivamente, não é necessário analisar cada recurso extraordinário e, muito menos, cada agravo de instrumento que chega ao Tribunal todos os dias. Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se autoconter, o Supremo estaria, ao mesmo tempo, reforçando a sua autoridade remanescente e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no Brasil, a partir de 1988, quando as suas decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação.

Com uma agenda bastante mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo[45]. Em primeiríssimo lugar, deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas. A autoridade do Tribunal não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus Ministros. O fato de este ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que as suas decisões sejam majoritariamente de natureza coletiva, o que somente será possível se o número de casos julgados cair de mais de cem mil por ano para menos de mil por ano.

Com a concentração de suas atividades no campo da jurisdição constitucional, com forte componente discricionário, o Tribunal, além de passar a decidir de forma apenas colegiada, também pode qualificar melhor o seu processo deliberativo. Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da *questio iuris* submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Ainda no quesito deliberação, talvez fosse positivo que o Tribunal começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Em um primeiro momento, deveriam ser selecionados os casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário; os de jurisdição concentrada dariam entrada pela ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Em um segundo momento, seria aberto espaço, seja para as audiências públicas, seja para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos Ministros. Posteriormente, teríamos as sessões de discussão e julgamento. Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de estândares interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau.

Certamente, a redução das competências e a qualificação do processo de deliberação não irão, por si, resolver as dificuldade contra-majoritárias do Supremo, mas poderão dar mais integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, vulnerabilizam a própria autoridade do Supremo.

: ARTIGO APROVADO (04/11/2008) : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

* A formulação do argumento que agora apresento neste texto, deu-se por ocasião da aula inaugural do curso de pós-graduação em Direito do Ibemec-SP (2008), que honrosamente proferi a convite do Professor e amigo Jairo Saddi; também apresentei este trabalho no saboroso "Colóquio Vinte Anos da Constituição", realizado em Petrópolis, entre os dias 14 de 17 de Agosto, ao convite dos também queridos amigos Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binenbojm. Se não fosse o meu atraso este texto deveria constar da publicação resultante daquele colóquio. Agradeço, por fim, à DIREITO GV, por ter assegurado as condições para que o presente ensaio pudesse ser realizado.

** Oscar Vilhena Vieira é Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, onde coordena o Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento, Professor licenciado da Faculdade de Direito da PUC/SP, diretor jurídico da organização não-governamental Conectas Direitos Humanos, mestre em direito (LLM) pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, Nova York, doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, tendo realizado seus estudos de Pós-Doutoramento, no *Center for Brazilian Studies* da Universidade de Oxford, onde foi *Sergio Vieira de Mello Human Rights Fellow*, em 2007.

1 Barroso (1994); Rothenburg (1999); Vieira (1999); Sarmento (2000); Binenbjom (2001); Barcellos (2002); Ávila (2003); Sarlet (2004); Silva (2004).

2 Vieira (1994a); Sadek (1995); Vianna (1999); Costa (2001); Almeida (2006); Mendes (2008).

3 Arida; Bacha; Lara-Resende (2003); Pinheiro (2005).

4 Período brilhantemente capturado por Leda Boechat Rodrigues, precursora dos estudos sobre o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, publicou entre outros: *História do Supremo Tribunal Federal*, em quatro volumes, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira; *Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1958; *Direito e Política*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1977.

5 Ver Vieira (1994a).

6 Tate; Vallinder (1995); Shapiro; Sweet (2002).

7 Esta é a tese central de Hirschal (2004); Cooter (1996) também apresenta o argumento sobre porque a democracia se torna uma ameaça à logica de mercado.

8 Garapon (1996); ver também resenha do livro de Garapon realizada por Recoeur (2008).

9 Canotilho (2001).

10 Frank (1963).

11 Ver em especial voto do Justice Holmes em Lochner v. New York, 1905, pelo qual critica a maioria da corte por tomar uma posição ativista de proteção dos valores do liberalismo econômico.

12 Importante notar aqui a forte influência da ocupação americana na reconstitucionalização de países como a Alemanha e o Japão, ver Henkin (1994).

13 Cappelletti (1993).

14 Schwartz (2000).

15 Ver Baxi (1980) e Sathe (2007).

16 Gargarella (2006).

17 Kelsen (2003).

18 Lopes (2006, p. 30); Vieira (1994a, conclusão).

19 Garapon (1996).

20 O Tribunal estaria em algumas circunstâncias indo além do papel construtivo inerente a interpretação de cláusulas abertas do texto constitucional, como reconhecido por Doworkin (1985).

21 Dahl (1989, pp. 65 et seq.).

22 Sarney (2008).

23 Sarmento (2006).

24 Empresto a expressão "obsessão regulatória" do Professor Humberto Ávila, que a empregou no Colóquio Vinte anos da Constituição, realizado em Petrópolis, entre os dias 14 de 17 de Agosto.

25 Vieira (1999).

26 Ver em especial Virgílio Afonso da Silva e Gustavo Binenbojm.

27 Para uma análise pormenorizada das conseqüências da expansão dos atores legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade ver Vianna et alli (1999).

28 Almeida (2006).

29 RENAN (2007).

30 Veríssimo (2008).

31 Idem.

32 Os casos do ProUni, relativo a ação afirmativa, Raposa Serra do Sol, referente à demarcação de terras indígenas ou aborto de fetos anencéfalus também se encontram nesta esfera da jurisdição do Supremo, que se coloca como arena de discussão pública, que se substitui ao parlamento/executivo na adoção da última palavra em temas de alta relevância político-moral.

33 Ver Vieira (1994b). Para uma contestação da tese da última palavra ver excelente trabalho de Conrado Hubner, por ocasião de sua tese de Doutoramento na FFLCH-USP, 2008.

34 De acordo com o Ministro Celso de Mello este seria o mais importante julgamento da história do Supremo Tribunal Federal

35 Barbosa (1999, p. 179).

36 Para este câmbio de legitimidade, ver Offe; Preuss (1990).

37 Kelsen (2003).

38 MS 26.603/DF, voto do Ministro Celso de Mello, p50; agradeço ao meu querido amigo Daniel Sarmento por ter me chamado a atenção para esta passagem.

39 Reclamação 4335-5/Acre, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 52.

40 Neste ponto poderia ser contestado por Figueiredo e Limongi (1999), ao buscarem desmistificar a idéia de que o sistema representativo não tem sido capaz de corresponder às suas atribuições.

41 Entrevista a mim concedida, por ocasião da reedição de *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, 1997.

42 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estúdios Constitucionales, Madri, 1983.

43 ADI no. 239-7/600, referente a reedição das medidas provisórias.

44 Teria sido mais adequado que a utilização da expressão "argüição de relevância", pois os casos individuais podem muito bem trazer questões de máxima importância pública.

45 Muito do que penso sobre qualificar o processo deliberativo do STF devo a Conrado Hübner, que está realizando seu doutorado sobre este tema na Universidade de Edimburgo. A ele sou grato pelo longo e frutífero diálogo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia:* a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. São Paulo, 2006. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjuctures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (orgs.). *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience*, 1999 to 2003. Cambridge (MA): MIT Press, 2003, pp. 193-222.
ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Senado Federal: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.
BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Amplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
BAXI, Upendra. *The Indian Supreme Court and Politics*. Delhi: Eastern Book co., 1980.
BINENBJOM,Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensa?o das normas constitucionais programa?ticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: Instituto de Estudos Juri?dicos e Econômicos, 2001.
COOTER, Robert D. The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the legal Foundations of Development. In: *Word Bank Conference on Development Economics*. Washington: DC World Bank, 25 de abril de 1996, p. 37.
DAHL, Robert Alan. *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989.
DOWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.
FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books Anchor Books, Doubleday & Co., 1963.
GARGARELLA, Roberto. *Courts and Social Transformation in New Democracies*: an institutional voice for the poor? London: Ashgate, 2006.
GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
HENKIN, Louis. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic defects. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and Legitimacy*: theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994.
HIRSCHAL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.
KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais* – teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.
OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. Democratic Institutions and Moral Resources. In: HELD, David (Ed.) *Political Theory Today*. Polity Press, Oxford, 1990.
HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1983.
PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Reforma do Judiciário*: planos, propostas e perspectivas. Rio de Janeiro: Booklink Publicações, 2005.
RECOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 2, p. 183.
RENAN escapa de cassação no plenário do Senado. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 12 de setembro de 2007. Caderno Brasil. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u327862.shtml.
RODRIGUES, Lêda Boechat. *A côrte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
_____. *Direito e Política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
_____. *História do Supremo Tribunal Federal*, 4 v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, [s.d.].
ROTHENBURG, Cláudio. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
SADEK, Maria Tereza. *Uma Introdução ao Estudo dos Juízes*. São Paulo: Sumaré, 1995.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.
_____. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006.
SARNEY, José. O Supremo Tribunal Federal. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 7 de setembro de 2008, p. A3.
SATHE, S.P. *Judicial Activism in India*: Transgressing Borders and Enforcing Limits. Delhi: Oxford University Press, 2007.
SCHWARTZ, Herman. *The Struggle for Constituional Justice in Post-Comunist Europe*. Chicago: Chicago University Press, 2000.
SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, & Judicialization*. Oxford; New York : Oxford University Press, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Edição do autor, 2004.
TATE, C. Neial; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'. Revista DIREITO GV*, volume 4, número 2, jul.-dez. 2008.
VIANNA, Luiz Wernek. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal:* Jurisprudência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
_____. Império da Lei ou da Corte? *Revista da USP*, Dossiê Judiciário, 21, Mar-Mai, 1994b, pp. 70-77.
_____. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Oscar Vilhena Vieira

Rua Rocha, 233 – 11º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
oscar.vilhena@fgv.br

Pós-doutor pelo Centre for Brazilian Studies da Universidade de Oxford
Professor e coordenador do programa de mestrado em direito e desenvolvimento da DIREITO GV

A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ludmila Ribeiro

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45 AND THE ACESS TO THE JUSTICE

RESUMO

A proposta deste artigo é discutir em que medida a Emenda Constitucional 45 pode (ou não) alterar o cenário atual de acesso à justiça através da alteração de algumas normas relativas ao funcionamento do judiciário brasileiro. Este estudo se insere na seara denominada "direito e segurança jurídica" na medida em que pretende verificar de que forma alterações legais podem o escopo e o tipo de acesso que a população possui ao judiciário. Para tanto, além de uma revisão sobre o processo de constituição e reforma do sistema judiciário brasileiro, sobre os pressupostos teóricos da questão do acesso à justiça, este artigo revisou outras pesquisas nacionais sobre cada um dos temas escolhidos para esta abordagem no âmbito dessa emenda. As conclusões apontam para o fato de que várias das mudanças previstas pela EC/45 poderiam ser materializadas pelo simples cumprimento da legislação extraordinária já existente. Nesse sentido, a grande alteração instituída pela Emenda 45 foi a constituição do Conselho Nacional de Justiça como órgão destinado a avaliar o trabalho das cortes estaduais de justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Emenda Constitucional 45; Análise Institucional; Acesso à Justiça; Reforma Judicial

ABSTRACT

This article analysis the 45th Amendment to the Brazilian Constitution, focusing on the possibilities that this rule has in enlarge the access to the justice in this country. This study is related to the area "right and legal security" because it is going to verify if this lawful alteration is able to improve the access that the people has to the Brazilian judiciary. Therefore, beyond a revision about the constitution and reforms of the Brazilian Judicial System and the theoretical framework related to the access to the justice, this article overhauled other researches about the routine and organizational structure of the judiciary state courts. The results aim that, despite the 45th Constitutional Amendment intends to changes the judiciary system as a role; some of its disposition those could be done through the fulfillment of the existing extraordinary legislation. Therefore, the National Council of Justice appears to be the major transformation in that scenario.

KEYWORDS

Constitutional Amendment 45; Institutional Analysis; Access to Justice; Judicial Reform

Introdução

Na atualidade, boa parte das discussões a respeito da legitimidade do Poder Judiciário como instrumento de pacificação dos conflitos sociais diz respeito ao acesso que a população tem ao mesmo. Parte-se do pressuposto de que, se a população não possuir

mecanismos efetivos de acesso à justiça, a resolução das controvérsias existentes na sociedade ocorrerá no âmbito privado. Entre os principais entraves ao acesso da população à justiça destacam-se a excessiva duração dos processos, a complexidade dos procedimentos judiciais e a falta de transparência na prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional 45 pode ser entendida, nesse cenário, como um diploma legal promulgado com o objetivo de resolver os três problemas apresentados supra, entendidos como as mais importantes limitações na questão do acesso à justiça. Para uma melhor compreensão das principais alterações que esse diploma institui e os principais problemas que ela pretende solucionar (VER QUADRO 1).[1]

Tendo como ponto de partida o arcabouço sumarizado no Quadro 1, que apresenta os problemas contextuais do acesso à justiça e as mudanças institucionais que a EC/45 estabelece, o argumento a ser desenvolvido neste artigo é: "Em que medida a instituição das alterações organizacionais sumarizadas na coluna 2 [Instituto da EC 45 que procura resolvê-lo] do quadro em questão, no âmbito do poder judiciário, podem aumentar o acesso que os cidadãos brasileiros têm à justiça?".

Nesses termos, como a lei estabelece certos mecanismos e estabelece ainda um órgão responsável pelo acompanhamento de tais mecanismos, a proposta aqui é verificar em que medida esse sistema de pesos e contrapesos proposto pela Emenda Constitucional 45 pôde ser institucionalizado na realidade dos Tribunais Estaduais e em que medida ele tem permitido a ampliação do acesso à justiça.

Para tanto, o termo acesso à justiça será, no âmbito deste artigo, entendido como a possibilidade de todos os cidadãos não apenas recorrerem ao poder judiciário para buscar uma solução institucional dos seus conflitos como ainda a possibilidade de terem o seu conflito resolvido pelo judiciário no menor espaço de tempo e com o menor custo social (Junqueira, 1996). Ou seja, não se pretende aqui avaliar a eficácia ou efetividade das reformas introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, porque o tempo transcorrido entre a sua publicação e o cenário atual ainda é bastante restrito (apenas dois anos). O objetivo é discutir a sua capacidade em de fato alterar a realidade cotidiana dos tribunais estaduais e, com isso, introduzir de fato uma mudança no cenário institucional do judiciário capaz de ampliar o aceso à justiça.

Na tentativa de responder à questão que orienta essa reflexão, este artigo encontra-se dividido em quatro seções: na primeira são apresentados os traços característicos do sistema judicial brasileiro, fundamental para a compreensão de qualquer reforma que tenha como proposta alterar as bases de sustentação do funcionamento institucional do Poder Judiciário. Em seguida, são discutidas as definições de acesso à justiça, conceito que a EC 45/04 pretende materializar por meio da alteração de princípios constitucionais. Na terceira parte do trabalho cada uma das alterações é objeto de considerações detalhadas que visam analisar em que medida essas mudanças se fazem viáveis ou não na realidade do judiciário brasileiro.

Por fim, são apontadas tanto as novas possibilidades como os limites para a ampliação efetiva do acesso da população ao Poder Judiciário (ou "à justiça").

1 A constituição do Sistema Judicial Brasileiro

Diversos estudos apontam as características do Estado brasileiro a partir de sua formação e a influência da cultura portuguesa no modo de administração da justiça (FAORO, 2004; PRADO JÚNIOR, 1994; HOLANDA, 2004; DAMATTA, 1979).

Essa viagem histórica ao período da colonização e em especial ao período do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves (1815 a 1822), quando a corte portuguesa se transfere para o Brasil dada a probabilidade de invasão do Estado português em razão das guerras napoleónicas (OLIVEIRA, 2005). Com isso, tem-se a imposição de uma ossatura institucional do judiciário português nas terras brasileiras sem correspondência com a realidade da colônia.

Esse descolamento fez com que, especialmente no âmbito do judiciário, se verificasse a famosa distinção entre o "país formal", cuja existência se verifica na constituição e nos códigos legais e o "país real" que segue alheio e à margem dos direitos preconizados pelas leis. Se, quando houve a instituição do Estado, esperava-se que esse anacronismo fosse superado com o passar do tempo, na realidade atual, percebe-se a dificuldade de sua superação (SHIRLEY, 1987).

Soma-se a isso o fato de que, em razão dessa transferência, a formação do Estado brasileiro seguiu as mesmas premissas de centralização, regulações embaralhadas, além da forte influência da Igreja no Estado Português. A hierarquia complexa e confusa, composta de muitos auxiliares, valendo-se da proximidade com a Coroa para o exercício do poder, fez com que a administração pública se estruturasse com uma base institucional que, na teoria, sobrevalorizava o caráter jurídico da ação pública mas, socialmente, pautava-se no sistema de privilégios personalistas da corte lusitana (SCHWARTZ, 1979).

Relatos históricos como os de João Almeida Júnior (1920), Schwartz (1979), Holanda (2004) e Prado Júnior (1994) revelam as dificuldades da administração judicial nos primórdios de sua instituição, que, além de encarregada da justiça, era também responsável por encargos burocráticos e administrativos da colônia. Soma-se a isso o fato de que em razão da forma de organização da administração da justiça, muitas vezes, o braço da lei não chegava a áreas remotas e a esparsa colonização tinha como resultado a falta de pressão comunitária para apoiar a moralidade e o respeito pela lei.

O problema dessa questão é que ela não ficou circunscrita ao período do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, permanecendo, inclusive, após o retorno da corte ao país de origem e ainda após a independência e instalação da monarquia no Brasil. Assim, analisando o período imperial (1822 a 1890) é possível afirmar que o braço da lei continuava a não se fazer fisicamente presente em algumas localidades e,

em outras, a sua presença era sentida de maneira distinta por aqueles que habitavam a região, dado o fato de que as práticas do sistema judicial brasileiro no século XIX reforçaram as características de categorização elitista e excludente, baseadas em uma suposta incapacidade da população brasileira para discernir, em termos de sua participação, a definição das práticas políticas e sociais no país.

Com a proclamação da república tem-se a instituição do sistema de justiça brasileiro tal como hoje o conhecemos. Consolidou-se a idéia de um sistema composto por diversas organizações burocráticas, segmentadas de acordo com a matéria que processam, e funcionando, teoricamente, de acordo com as regulamentações dos diversos códigos publicados ou reforçados a partir do fim do império. Como efeito direto dessa institucionalização, tem-se a prerrogativa de que o acesso à justiça passaria a ser orientado pelo domínio do racional-legal vislumbrado, primordialmente, na impessoalidade, formalismo, centralização, profissionalização, especialização e documentação (SAPORI, 1995).

Kant de Lima (2000), ao analisar a trajetória do sistema judicial durante o período republicano (1890 até hoje), qualifica-o como uma referência dual, como a própria discussão da sociedade brasileira caracterizada por DaMatta (1979). Dessa forma, a administração judicial brasileira, ainda na atualidade, pode ser entendida "como universo simbólico em que a desigualdade é naturalizada, por oposição ao explícito discurso político e democrático". Ainda hoje o modelo burocrático implantado quando da instituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em termos de sua racionalidade, mantém os traços do *ethos* patrimonialista, gerando uma modernização incompleta, ressabiada, deslocada e ressentida da política.

Nos últimos anos, contudo, esse aparato tem "sofrido" ou "passado por" mudanças substanciais em sua forma de funcionamento, em uma tentativa de promover a *solução* dos conflitos que são levados à arena judicial. Tais transformações são, por sua vez, refratárias de um fenômeno maior: as alterações vividas pela sociedade brasileira, principalmente, no que se refere à incapacidade da justiça do tipo "linha de montagem" em conseguir processar adequadamente os conflitos que chegam ao seu conhecimento.

Assim, a partir do início da década de 1990, várias foram as legislações que procuraram dotar o sistema judicial brasileiro de requisitos que o permitissem atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de maneira ágil, menos complexa e mais transparente. Em conseqüência, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, no intuito de que o judiciário se consubstanciasse em uma instituição apta a mediar conflitos de interesses e tensões sociais. Dentre as principais mudanças introduzidas no funcionamento do sistema judicial brasileiro nos últimos anos tem-se a criação dos juizados cíveis e criminais; a publicação da Emenda Constitucional n. 22, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar e a Emenda Constitucional n. 45.

De acordo com Letterielo (2005), os juizados especiais cíveis e criminais[2] (conhecidos também como juizados de pequenas causas), foram idealizados e implantados para facilitar o acesso à Justiça pela população carente, pela grande massa de hipossuficientes, principalmente aqueles que sofrem desigualdades sociais e que, desprovidos de recursos para enfrentar os custos do processo, dificilmente ou quase nunca recorrem ao judiciário à busca de proteção aos seus interesses violados ou ameaçados de violação.

No bojo dessa reforma, tem-se ainda a publicação da Emenda Constitucional 22, de 18.03.1999, a qual acrescentou o parágrafo único, ao art. 98 da Constituição, possibilitando à Lei Federal dispor sobre a criação de Juizados Especiais na Justiça Federal. Vale dizer, a Emenda Constitucional autorizou, por lei federal, a criação de Juizados Especiais, na Justiça Federal, o que procedido pelo art. 1º, da Lei 10.259/2001 (FONTANA, 2002).

A Lei 11.340, de 07.08.2006, por sua vez, retirou dos Juizados Especiais Criminais a competência pelas infrações de menor potencial ofensivo cometidas contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar. Nesses casos, o processamento e o julgamento ocorrem perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.[3]

Reformas menores também foram introduzidas com o objetivo de reduzir a lentidão dos processos, a morosidade da justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais, sendo que, conforme pontuado por Hertel (2005), cabe destacar as realizadas pelas leis: 9494/97 (que generalizou a antecipação de tutela); 10352/01 (reforma do sistema recursal); 10358/01 (que alterou preceptivos do processo do conhecimento); e 10444/02 (que alterou substancialmente o processo de execução).

A partir de todas essas reformas, percebeu-se, contudo, a disparidade existente entre a estrutura do Judiciário e os avanços sociais, bem como a necessidade de ser realizada uma mudança mais abrupta não apenas da legislação infraconstitucional, mas do próprio texto constitucional, especialmente no que diz respeito aos problemas da morosidade processual, complexidade dos procedimentos judiciais e falta de transparência na prestação jurisdicional. Tal tarefa foi realizada pelo constituinte derivado que elaborou a Emenda Constitucional 45, a qual foi promulgada em 08.12.2004 (HERTEL, 2005).

A Emenda Constitucional 45/04 procurou não apenas ampliar mas, ainda, consolidar os processos de reforma já iniciados a partir das mudanças citadas. Esta teve como objetivo a aumentar a capilaridade do sistema judicial brasileiro, tornando-o mais acessível e ágil, viabilizando a solução institucional de certos conflitos que, em razão do excesso de tempo e da distância da justiça, terminavam por ser resolvidos na arena privada. Entre as principais alterações introduzidas por essa legislação, no que diz respeito ao funcionamento da justiça, destacam-se as seguintes: (i) razoável duração do processo; (ii) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (iii) funcionamento

ininterrupto da atividade jurisdicional; (iv) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e (v) criação do Conselho Nacional de Justiça.

Essas alterações introduzidas na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro têm como finalidade não apenas viabilizar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a qual se caracteriza pelo direito à informação; pelo direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; pelo direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; pelo direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e pelo direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (WATANABE, 1996).

Assim, para que o entendimento dessas inovações ocorra a partir da perspectiva de democratização do sistema judicial brasileiro, faz-se indispensável uma breve conceituação da expressão "acesso à justiça".

2 A problemática da definição de acesso à justiça no contexto democrático

A questão do acesso à justiça tem como ponto de apoio especialmente os conceitos de democracia e seus correlatos. Isso porque a democracia não é apenas um método de escolha de governantes (SCHUMPETER, 1983). Democracia significa uma forma de organizar a sociedade com o objetivo de garantir e expandir os direitos (O'DONNELL, 2004). Ou seja, a democracia envolve mudanças na sociedade, envolve ainda a adoção, pelos indivíduos que compõem um dado Estado, de um sistema de crenças, valores e atitudes em relação à cidadania (JELIN e HERSHBERG, 1996). Assim sendo, a cidadania, como correlata da democracia, pressupõe que os cidadãos possuem não apenas direitos mas, também responsabilidades e deveres,[4] os quais devem se consolidar em um dado sistema de crenças, valores e atitudes para que a própria democracia possa institucionalizar-se (JELIN, 1996, p. 106).

De acordo com De La Paz (2004) a cidadania pode ser entendida como um *status* legal e uma identidade e, em sendo dessa forma, a cidadania possui uma dimensão bem objetiva, relacionada a direitos e deveres dos indivíduos diante do Estado.

Retomando a formulação original de TH Marshall (1967), a cidadania possui três dimensões fundamentais que se traduzem em três tipos de direito: os civis, os políticos e os sociais. Cada uma dessas três dimensões pode ser traduzida em um feixe de regras e instituições. Mesmo porque, como bem ressalta Roberts (2005), a democracia nada mais é que o somatório de regras e instituições que cultuam valores cidadãos. De forma esquemática essas três dimensões podem ser assim representadas, como mostra o QUADRO 2.

Assim, se por um lado a cidadania implica que o Estado ofereça instituições substantivamente capazes de assegurar o provimento desses direitos, por outro a cidadania implica que os indivíduos sob seu governo sejam capazes de: (i) conhecer os direitos da cidadania, inclusive, no que diz respeito às responsabilidades que eles implicam; (ii) identificar no aparelho estatal quais são as instituições responsáveis pelo provimento de cada categoria de direitos; e (iii) exercer os seus deveres e direitos de forma legítima, de acordo com as regras postuladas pela democracia.

Nesses termos, a questão do acesso à justiça, como possibilidade de os cidadãos terem os seus conflitos resolvidos institucionalmente no âmbito do judiciário de forma célere e sem quaisquer distinções, liga-se à própria idéia de regras e instituições da cidadania civil. Em sendo dessa forma, para que os cidadãos possam exercer os seus direitos civis faz-se indispensável a existência de um judiciário amplamente permeável às questões que são levadas ao seu conhecimento.

Na medida em que a questão do acesso à justiça está diretamente ligada à democracia, esse debate apenas pode florescer no Brasil após a transição do autoritarismo (1964 a 1979) à democracia iniciada no início da década de 1980 e consolidada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu as principais regras da cidadania civil e as linhas mestras para funcionamento das instituições responsáveis por seu provimento.

Nesse cenário, Junqueira (1996) chama a atenção para o fato de que o tema acesso à justiça começou a despertar interesse nos pesquisadores brasileiros a partir de 1980. Contudo, esses não estavam interessados na forma como o Estado ampliava a sua permeabilidade às questões da cidadania civil, e sim na visão que os cidadãos tinham do judiciário e em que medida eles utilizavam a principal instituição da cidadania civil para resolver seus conflitos.

Essas primeiras abordagens eram baseadas em pesquisas de opinião sobre o assunto as quais denotavam que a população além de não confiar no judiciário para a solução de controvérsias (na medida em que este não era tão imparcial quanto esperado) ainda não recorria a ele para a solução de seus conflitos (preferindo, portanto, uma solução privada), dado o fato de ser extremamente moroso e pouco permeável a demandas dos cidadãos.

A pesquisa mais importante publicada na década de 1980, no entender de Junqueira (1996) é, sem sombra de dúvida, a realizada por Falcão (1981), acerca do acesso à justiça no Brasil. A partir dessa pesquisa, o autor constrói um texto que se transforma em referência obrigatória do campo. Partindo da idéia de democratização do Poder Judiciário, esse autor passa a afirmar que a questão do acesso à justiça deve a ser entendido como um mecanismo capaz de administrar o novo padrão de conflitualidade emergente no Brasil. Ainda no entendimento de Falcão (1981), a contribuição que o judiciário deveria propiciar ao processo de democratização que o País vivenciava naquela época era exatamente a criação de mecanismos alternativos

para a solução desses novos conflitos. Ou seja, em detrimento de negar os conflitos do padrão emergente, o judiciário deveria ser capaz de reconhecê-los e tentar equacioná-los. Contudo, àquela época esse ainda não era o padrão de operação do sistema judicial brasileiro.

A ausência de pesquisas sobre esse tema no Brasil é importante de ser destacada porque, nos demais países – tanto da Europa Central como da América Latina –, a questão do acesso à justiça estava especialmente relacionada às atividades do *Florence Project*, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation (Junqueira, 1996). No entanto, como o Brasil não participou do projeto e como a publicação desse texto, em português, apenas ocorreu em 1988, é a partir desse marco que se verifica a difusão das idéias de Cappelletti e Garth (1988) não apenas nos meios acadêmicos como também entre os legisladores e juristas brasileiros. Segundo esses autores, o acesso à justiça deveria ser entendido como um fenômeno que tem em sua ossatura três pilares de constituição: (i) a expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores pobres da população;(ii) a incorporação dos interesses coletivos e difusos; e (iii) a contemplação de mecanismos alternativos de solução de litígios, tais como a justiça informal, a simplificação da lei e o desvio de casos de competência do sistema formal legal.

Os primeiros sinais dessa onda cappellettiana no Brasil podem ser verificados ao longo da década de 1990, quando o interesse dos acadêmicos brasileiros sobre o assunto cresceu substancialmente, especialmente após as reformas introduzidas com a publicação das leis relativas aos juizados especiais (cíveis e criminais) e outras pequenas alterações, especialmente no Código de Processo Civil, que tinham como objetivo tornar o judiciário mais susceptível às demandas populares (CUNHA, 2001).

Vianna (1997) destaca que os grandes interesses acadêmicos na década de 1990 eram relativos a quem têm acesso certo ao Poder Judiciário entendido como tal não apenas quem recorre ao judiciário, mas, ainda quem compreende o funcionamento dessa instância e quem alcança uma decisão por parte deste. Daí por que a questão do acesso à justiça não pode ficar circunscrita aos aspectos quantitativos do número de processos distribuídos e julgados nos diversos tribunais brasileiros a cada ano (VER GRÁFICO 1), mas deve ainda procurar compreender em que medida a idéia de que os grandes interesses servem-se da arbitragem extrajudicial, enquanto a grande maioria dos cidadãos comuns continuam excluídos dessa instância se faz presente nesta realidade.

Essa distinção é importante de ser pontuada porque uma análise do acesso à justiça apenas segundo o número de ações iniciadas e encerradas anualmente pode levar a conclusões equivocadas sobre o acesso que a população em geral possui ao judiciário. Isso porque, analisando apenas esses dados, é possível verificar que tanto o número de ações distribuídas como o número de ações julgadas tem aumentado substancialmente nos últimos anos e, por conseguinte, poder-se-ia afirmar que esses dados

indicam uma ampliação do acesso à justiça, já que mais pessoas estão iniciando processos e outras tantas estão obtendo o pronunciamento judicial.

Contudo, apesar de essa proposta ser tentadora, não é possível afirmar que o acesso ao judiciário, especialmente pelas camadas mais pobres da população, tem se ampliado nas últimas décadas. Isso porque esses quantitativos não fazem nenhuma referência às características de quem inicia ou quem obtém um pronunciamento judicial. Assim, a questão do número de processos distribuídos e julgados, apesar de relevante, esconde o problema da incorporação das massas sem direitos, ou socialmente prejudicadas, à cidadania, uma vez que esses números não são capazes de revelar quem tem e quem não tem acesso à justiça.

Como destacado por Boaventura de Souza Santos (1996), na medida em que a compreensão da problemática do acesso à justiça deve, necessariamente, contemplar as dimensões sociais que bloqueiam o alcance dos cidadãos à prestação jurisdicional, analisar apenas o número de processos distribuídos e julgados nos últimos anos nos diversos tribunais estaduais, apesar de relevante, não é suficiente para a análise da problemática.

Dessa forma, a discussão do acesso à justiça deve centrar seu foco na necessidade de aumentar a proximidade do Judiciário com os setores de baixa renda, com as massas desprovidas de direitos, o que, na visão de Vianna (1997), significa a reordenação do sistema judicial, o qual deve perder uma parte de sua ordem racional-legal em favor da instituição de uma pedagogia ético-moral que viabilize o exercício da cidadania para setores da população que até o presente momento encontram-se excluídos do espaço público.

Ou seja, tendo em vista a própria definição de acesso à justiça com a qual estamos trabalhando e o cenário pontuado por Kant de Lima (2000), o fato de o judiciário operar no Brasil de forma excludente – em termos de sua morosidade, da compreensão das regras de funcionamento e ainda do que ocorre no seu interior –, faz com que apenas as classes dominantes tenham acesso amplo e irrestrito a essa instância. O que se percebe é que ampliação do acesso à Justiça apenas poderá ocorrer a partir da atualização do Poder Judiciário no que tange à alteração do seu cenário institucional. É a partir dessa perspectiva que a Emenda Constitucional 45 será analisada na seção subseqüente.

3 Alterações introduzidas no sistema judicial pela Emenda Constitucional 45/04

Esta seção se destina à análise, a partir da perspectiva de ampliação do acesso à justiça, das seguintes alterações constitucionais introduzidas pela EC 45/04: (i) razoável duração do processo; (ii) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (iii) funcionamento

ininterrupto da atividade jurisdicional; (iv) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e (v) instituição do Conselho Nacional de Justiça.

3.1 Razoável duração do processo

Conforme destacado por Sadek (2001), formalmente, desde a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil pode ser classificado como um Estado de Direito e como uma democracia. Isso significa que, em tese, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. No entanto, esse preceito legal nem sempre se traduz em realidade e, entre as razões apontadas para a ocorrência de tal fenômeno, tem-se o excesso de prazo despendido pelo sistema judicial no processamento e julgamento das demandas.

De acordo com Santos (1996), o tempo mais visível do sistema judicial é aquele que transcorre entre a ocorrência do conflito e a sua resolução pela via institucional. Ao processamento moroso são associados os sentimentos de impunidade e insegurança, e ao processamento ágil é atribuída a eficácia do sistema na pacificação dos conflitos sociais.

O tempo da justiça brasileira, formalmente, é o ordenado e definido por normas inscritas nos diversos códigos processuais, os quais regulam a cronologia da intervenção judicial e, por isso, deve ser conhecido e seguido pelos operadores do direito. Contudo, o que se percebe é que na realidade cotidiana dos tribunais esse tempo nem sempre é respeitado, transformando o sistema em algo moroso e, por isso, objeto de constantes críticas.

O tempo da justiça criminal tem sido amplamente estudado por sociólogos no que se refere especificamente ao tempo de processamento para o delito de homicídio doloso. Os resultados dessas pesquisas – sumarizados no QUADRO 3 –, apontam para o fato de que, independente do Estado da federação em análise, os tribunais despendem, no mínimo, duas vezes mais tempo do que o prescrito pelo Código de Processo Penal para julgamento de tais demandas.

Nesses termos, o que essas pesquisas parecem indicar é que há uma discrepância muito grande entre a norma e a sua aplicação na realidade da "vida como ela é". Segundo Vargas (2004), pelos manuais de direito, o tempo prescrito pelo Código de Processo Penal tem por finalidade permitir a aplicação de um direito que proteja as garantias constitucionais e, na medida em que esse tempo não é respeitado, o próprio judiciário deveria ser processado por transgressão das normas constitucionais. O problema da morosidade, portanto, afeta não apenas a população como a imagem do judiciário e daí porque os estudos que investigam a visão dos juízes sobre a crise no judiciário tendem a apontar a falta de agilidade como um dos mais sérios problemas (SADEK et al., 2001). No que diz respeito às causas da morosidade, os magistrados tendem a enfatizar fatores sobre os quais não possuem responsabilidade, como o excesso de recursos e outras medidas disponíveis para os operadores, a carência de recursos materiais e o excesso de trabalho (CUNHA, 2001).

Nesses termos, qualquer reforma que tenha como objetivo tornar a prestação judicial mais efetiva por intermédio da instituição de um prazo mais razoável para o processamento das demandas deve, necessariamente, alterar esses problemas, quais sejam: o excesso de recursos protelatórios existentes, a ausência de proporcionalidade entre juízes e habitantes das diversas regiões e a carência de recursos materiais.

Mas apenas mudar o texto da Constituição parece não resolver o problema, posto que, os próprios códigos de processo já existentes no Brasil prevêem um prazo bastante inferior ao que é realizado na prática dos tribunais. Assim, a questão da morosidade está muito mais relacionada à criação de uma instância externa que cobre dos operadores do direito o cumprimento dos prazos e que os puna em caso de descumprimento do que mudanças no texto constitucional.

Aliás, diversas pesquisas realizadas nos Estados Unidos sobre essa temática colocam que alterações no art. 6º de sua Constituição (que garante o direito ao "*Speed Trial Act*"), pela via do estabelecimento de um prazo máximo para a duração do processo não foram capazes de alterar o cenário de morosidade judicial vivenciado pelo país ao longo das décadas de 1970 e 1980. Ainda de acordo com a revisão dos estudos sobre essa temática, apenas a alteração das formas de condução do processo como um todo, e ainda a inserção da figura de um juiz corregedor que impedia que certos juízes demorassem mais do que o previsto com o processo em suas mãos, foi capaz de reduzir o tempo de duração dos processos (SIEGEL e SENNA, 2007).

Portanto, trata-se de uma falácia acreditar que apenas a inscrição do princípio da razoabilidade na Constituição pode suscitar transformações que impliquem a reorientação do arranjo organizacional existente no Poder Judiciário. Apenas a alteração dos constrangimentos sistêmicos pode, de fato, promover uma ampliação do acesso da população à justiça, por intermédio da celeridade dos pronunciamentos judiciais.

3.2 Proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional, a efetiva demanda judicial e a respectiva população

As discussões acadêmicas a respeito dos gargalos do sistema judicial terminam por convergir para um mesmo argumento, o de que grande parte da morosidade da justiça deve-se ao número insuficiente de juízes. Ou seja, a carência de recursos humanos seria responsável pelo excesso de prazo despendido no processamento e julgamento das causas. Assim, a proposta de razoável duração do processo apenas se tornaria viável se o número de magistrados se conformasse em uma função linear da demanda judicial e da respectiva população. No entanto, esse argumento parece desvelar-se como falacioso.

De acordo com Pinheiro et al. (1999), no Brasil havia 5.164 juízes em 1990 – um juiz, em média, para cada 29.774 habitantes. Na Alemanha, a relação é de um juiz para 3.448 habitantes; na Itália, um para 7.692; e na França, um para 7.142. Ou seja, a proporcionalidade de juízes de fato é um problema a ser resolvido no cenário do judiciário.

Recuperando os dados da pesquisa de Sadek et al. (2001) sobre o acesso a justiça, torna-se possível afirmar que, caso todos os 9.453 cargos de juiz previstos em lei estivessem preenchidos (informação relativa a 1998), o Brasil apresentaria um magistrado para cada 16.954 habitantes, um índice bem razoável para países em desenvolvimento, apesar de inferior aos apresentados por nações desenvolvidas como Alemanha, Itália e França. No entanto, em face da existência de cargos previstos mas não preenchidos, a relação se reduz a um juiz para cada 23.090 habitantes (VER TABELA 1).

Conforme informado pelos dados, o *deficit* de juízes em cada unidade da federação é bastante distinto. Há estados, como Sergipe, que não apresentam diferenças entre o número de juízes previstos e o provido, e há estados, como o Amazonas, em que essa diferença ultrapassa os 70%. Nesses termos, o aumento do número de magistrados em alguns lugares pode, de fato, refletir em uma melhoria do acesso da população à justiça, já em outros essa medida não produzirá os efeitos desejados, já que ademais do aumento do quantitativo de operadores da justiça, os instrumentos que promovem a movimentação dessa continuam morosos e inadequados e, por isso, incapazes de efetivamente ampliar o acesso da população ao Poder Judiciário.

Outro dado relevante a ser analisado, quanto ao atual acesso à justiça, diz respeito aos indicadores de produtividade do sistema, ou seja, o número de processos distribuídos proporcionalmente ao número de juízes e o número de processos julgados por juízes. Comparando esses dois números, identifica-se a produção de cada magistrado e, por outro lado, quantos magistrados eram necessários no Brasil, em 1998, para que todas as causas que ingressassem a cada ano na justiça comum fossem julgadas nesse mesmo ínterim (VER TABELA 2).

Esses dados revelam que em 1998, cada juiz no Brasil julgava, em média, 705 processos enquanto deveria julgar 1.066 para que nenhuma causa distribuída naquele ano passasse ao seguinte sem decisão. Na hipótese de que todos os cargos previstos fossem providos, cada juiz deveria julgar 782 processos por ano, ou seja, cada juiz trabalharia apenas 10% a mais do que trabalha hoje para conseguir suprir toda a demanda.

Considerando as informações existentes no *website* da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário (órgão do Ministério da Justiça), no ano de 2003, no Brasil possuía 13.660 (43% a mais do que em 1998).[5] Considerando ainda as informações do Conselho Nacional de Justiça, nesse mesmo ano, foram distribuídos 226.440 processos, os quais, somados aos pendentes, de anos anteriores (112.726), resultavam em 339.166 processos. Se fizermos uma razão do número de processos que deveriam ser julgados em 2003 com o número de juízes existentes naquele ano, chegaríamos à conclusão de que cada juiz deveria ter julgado 25 processos para que o ano seguinte não tivesse início com processos pendentes (atualmente, seguindo essa lógica, cada juiz julgava, em 2003, em média, 13 processos).

No entanto, a problemática da ausência de proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial é distinta conforme a unidade da federação. Isso significa que apenas um estudo sistemático desse problema pode indicar qual seria a quantidade adequada para compatibilizar o número de magistrados com o tamanho da população nos diversos Estados e, assim, fixar, em cada um deles, qual seria o índice de produtividade de cada profissional para sanar o problema. Em 1998, isso significava que cada juiz que ingressasse deveria julgar 997 causas para que o problema dos processos não julgados naquele ano fosse resolvido.

É importante destacar que essa redução substancial existente entre os números de processos e de juízes existentes no período compreendido entre 1998 e 2003 deve-se ao fato de que o número de juízes cresceu em proporções bastante superiores ao número de processos distribuídos.

Nestes termos, a questão da proporcionalidade entre o número de juízes, a população e a efetiva demanda parece não estar relacionada tanto à ampliação do número de juízes existentes mas, ao perfil desses julgadores. Conforme destacado por Carvalho (1997), o bom juiz é aquele que acompanha e vive seu tempo, que compreende que a parcela de autonomia do Poder a que pertence (já que nenhuma autonomia é absoluta na democracia), que reconhece as deficiências e mazelas existentes em sua instituição e busca superá-las em benefício da pacificação de conflitos e, por fim, é aquele que interpreta a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos, influindo, assim, na mudança social. Apenas esse juiz pode ser entendido como um agente de preservação e garantia dos direitos individuais e coletivos.

Vianna (1997) também desvela essa problemática ao afirmar que não há democratização do Judiciário sem a presença de uma atitude do juiz compatível com as exigências que dela derivam. Se o perfil de juiz como "boca inanimada da lei" é claramente descompassado dos métodos e das formas de acesso democratizado, a magistratura como novo clero a pastorear o seu rebanho não corresponde ao objetivo de fazer do acesso à Justiça um lugar de educação para a cidadania.

Assim, é possível afirmar que a EC 45/04 seria mais eficiente se estabelecesse uma produtividade mínima para cada juiz e ainda se acompanhasse como cada um realiza ou não sua produtividade e, por fim, se punisse aqueles que não seguissem esses parâmetros. Em parte, essas atividades são atribuições do Conselho Nacional de Justiça mas ainda não se encontram verificadas na realidade do funcionamento dessa instância.

Por fim, como bem destaca Hertel (2005), a eficácia de medidas dessa natureza dependerá de uma boa administração dos dados por parte dos órgãos competentes, em especial por parte do Conselho Nacional de Justiça, o qual, nos termos do art. 103-B, §. 4, inc. VII, da CF/88, tem, dentre outras competências, a de apresentar relatório anual sobre a situação do Judiciário no País, propondo as providências que entenderem cabíveis.

3.3 Funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional

A partir da EC/45, o art. 93 da CF/88 passou a vigorar com a seguinte redação: "[...] a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente".

A motivação dessa reforma diz respeito ao fato de que todos os dias milhares de ações ingressam nas distintas instâncias do Poder Judiciário. No entanto, esse número poderia ser mais elevado, caso a atividade jurisdicional não apresentasse recessos. Como a maioria dos conflitos tende a ocorrer durante os finais de semana, feriados e férias, quando o tribunal de justiça também está fechado, é bem provável que, quando retomada a atividade jurisdicional, as partes já tenham resolvido o seu conflito na arena privada.

Essa proposta da EC/45 é sem dúvida um ponto polêmico. Na sistemática anterior à EC/45, apenas as causas urgentes, como as que implicam prestações alimentícias, são despachadas nos períodos de férias e recesso forense enquanto as demais devem aguardar a retomada das atividades para o seu prosseguimento. No período de férias e recessos, em que o tribunal está fechado, ficam suspensos os prazos processuais e também a publicação de acórdãos, sentenças e outras decisões no *Diário da Justiça*, bem como intimações de partes e advogados na primeira e segunda instância –, exceto em relação a matérias urgentes e inadiáveis. Ocorre que essa demora na materialização da prestação jurisdicional acaba potencializando conflitos na sociedade. Assim, à medida que pequenas demandas deixam de ser prontamente atendidas, abre-se espaço para que elas retornem aos tribunais na forma de conflitos mais graves.

Neste sentido, essa mudança se faz indispensável no sentido de melhorar a prestação jurisdicional e ainda reduzir a sua morosidade. No entanto, essa inovação institucional deve ser analisada com cautela, uma vez que a simples previsão constitucional não implica sua implementação imediata. É preciso regulamentar, em que termos a prestação jurisdicional deverá ocorrer nos períodos de férias e recessos forenses, pois, caso contrário, corre-se o risco de continuidade do regime de plantão hoje verificado na maioria das instâncias do Poder Judiciário, como forma de caracterizar o funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional.

Cumpre destacar que essa medida somente tem aplicação aos tribunais de segundo grau. No que concerne aos Tribunais Superiores, dentre eles o STF e o STJ, não se veda a interrupção da atividade no período de férias. Nesse particular, o constituinte derivado foi tímido e perdeu ótima oportunidade para adotar mais uma medida de incremento da celeridade da atividade jurisdicional (HERTEL, 2005). Ou seja, ainda que a Emenda Constitucional pudesse transformar o atual cenário de funcionamento do sistema, ela apenas o faria pela metade, dada à sua própria restrição em termos de escopo.

3.4 Distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição

A distribuição do processo é, sem dúvida, uma das problemáticas que mais carece de compreensão por parte dos leigos em matéria judicial. Isso porque ela diferencia os momentos em que o indivíduo se dirige à Justiça do momento em que essa estrutura institucional efetivamente começa a se movimentar em torno de sua causa.

Essa diacronia refere-se ao fato de que o protocolo de uma ação em qualquer instância judicial não significa o conhecimento do conflito, o qual só ocorre quando outras ações desobstruem o caminho para ingresso de uma nova. É como uma fila: cada novo integrante deve esperar a sua vez de chegar até o balcão de informações, o qual lhe direcionará a uma nova fila, esta de atendimento. A primeira fila pode ser equiparada ao protocolo da causa nos tribunais e a segunda a sua distribuição entre os juízes, o qual passa a ficar responsável pelo conhecimento e pacificação do conflito.

Ocorre que o tempo entre esses dois momentos tende a ser excessivo e motivo de inúmeras controvérsias. Chega-se ao absurdo de algumas causas serem distribuídas quando um dos envolvidos já faleceu, anos depois, ou ainda, quando o conflito que as suscitou nem existe mais. Nesse sentido, a reforma proposta pela EC 45/04 tem como intuito tornar esses dois atos simultâneos. Retomando o exemplo anterior, é como se o cidadão chegasse ao local e fosse prontamente atendido, sem ter de passar por nenhuma das duas filas.

Apenas para se ter uma idéia da dimensão do problema, de acordo com Hertel (2005), no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça demorava aproximadamente quatro anos apenas para distribuir o recurso ao Tribunal de Segunda Instância. Com a nova previsão no texto constitucional, todos os recursos que estiverem "represados" deverão ser imediatamente distribuídos.

De qualquer modo, como bem destaca Hertel (2005) essa alteração não traz efeitos pragmáticos de relevo. É que o processo será imediatamente distribuído, mas demorará mais a ser julgado. Troca-se, na verdade, apenas faticamente o lugar dos documentos: antes da alteração, eles ficavam na sala do distribuidor; após a alteração da EC 45, eles ficam na Secretaria do órgão competente ou no Gabinete do magistrado competente.

Portanto, a medida, por si só, é ineficaz. Melhor seria dotar o Poder Judiciário de estrutura apta a realizar julgamentos com celeridade, o que mais uma vez aponta para a importância do Conselho Nacional de Justiça nesse cenário. Ou seja, se a simples distribuição imediata das causas não for acompanhada da expansão da capacidade institucional do judiciário em julgá-las, a EC/45 não ampliará de fato o acesso à justiça, uma vez que os processos permanecerão imóveis nos órgãos julgadores.

3.5 Instituição do Conselho Nacional de Justiça

Sem dúvida, uma das reformas mais importantes introduzidas pela Emenda Constitucional 45 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça como organismo responsável pelo exercício do controle externo do Poder Judiciário (UCHOA, 2006).

Como bem destaca o breve relato histórico sobre a constituição do sistema judicial brasileiro (seção 2), em razão dos resquícios da colonização portuguesa, o judiciário brasileiro sempre foi caracterizado como excludente e pouco permeável a demandas universais, que terminavam se traduzindo em um acesso diferencial à justiça. Nesse sentido, faz-se indispensável a criação de um sistema de freios e contrafreios que permitisse que o acesso diferencial à justiça deixasse de ser uma prática dos tribunais. No sentido de corrigir essa ausência de justiça para a própria justiça, a Emenda Constitucional 45 instituiu o Conselho Nacional de Justiça.[6]

Segundo a redação dada pela EC 45 ao § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, compete ao Conselho Nacional de Justiça a realização das seguintes atividades: (i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; (ii) zelar pela observância do art. 37 da CF/88;[7] (iii) reconhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (iv) representar ao Ministério Público no caso de crime contra a Administração Pública ou abuso de autoridade; (v) rever, de ofício ou mediante provocação, processos disciplinares de membros do Judiciário julgados a menos de um ano; (vi) elaborar relatórios semestrais acerca de estatísticas sobre processos e sentenças prolatadas nos mais diferentes órgãos do Judiciário do país; e (vii) elaborar relatórios anuais propondo providências que julgar necessárias à melhoria da situação e das atividades do Poder Judiciário.

Na medida em que essas atividades são extremamente complexas e interferem diretamente na atividade dos juízes, este órgão é composto por membros ínsitos e externos à estrutura judiciária, garantindo que a aplicação de sanção disciplinar, quando for o caso, seja completamente imparcial. Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, indicado pelo Supremo Tribunal Federal, e possui 15 conselheiros, aprovados pelo Senado e então nomeados como tal pelo Presidente da República.

A criação desse órgão foi colocada como grande "inovação" porque os setores dominantes do Judiciário sempre se opuseram à idéia da criação de um órgão de controle de suas atividades. Um órgão que não apenas estabelecesse metas a serem cumpridas como ainda punisse os membros de tal poder pelo descumprimento destas. Nesses termos, a possibilidade de o judiciário contar com um organismo que possa cobrar dos juízes e demais servidores um desempenho mais condizente com as necessidades da população é, de fato, um grande avanço no que diz respeito à transparência da prestação jurisdicional.

Em razão dessa tradição de pouca transparência e controle sob suas ações, os próprios integrantes do judiciário impetraram diversas ações discutindo a constitucionalidade do CNJ. Fato é que esse Conselho apenas foi instalado no âmbito da

estrutura judicial brasileira[8] em 14.06.2005. Desde então, ele realizou 22 sessões ordinárias e dez sessões extraordinárias. De acordo com o relatório institucional do CNJ (2008), essas seções foram destinadas à análise e tentativa de sentença dos processos recebidos em 2006 (2.575 processos recebidos e 2.060 processos julgados) e 2007 (3.771 processos recebidos e 3.597 processos julgados).

É importante salientar que nesse período, a maioria dos processos recebidos pelo CNJ se referiam à corregedoria e tinham como tema o pedido de providências pelo excesso de prazo dos tribunais estaduais no processamento e julgamento das demandas apresentadas (CNJ, 2008).

Além desses processos, cujo processamento é de competência da corregedoria do CNJ, o órgão realizou várias atividades destinadas a melhorar o acompanhamento e a prestação de contas dos diversos tribunais judiciais. As ações propostas pelo CNJ, desde a sua instituição, e o estado que elas se encontram na atualidade estão resumidas no QUADRO 3.

A análise das atividades desenvolvidas pelo CNJ desde a sua constituição até a atualidade parece denotar a preocupação deste em não apenas processar os processos iniciados especialmente por excesso de prazo nos tribunais mas, ainda, instituir sistemas que permitam um acompanhamento mais minucioso do que o que ocorre em cada um dos tribunais. Esses sistemas, por sua vez, são indispensáveis para que o CNJ possa desenvolver ações pontuais destinadas a reduzir a morosidade processual, tornar os procedimentos judiciais menos complexos (pela ênfase nos procedimentos alternativos de justiça – como a conciliação), e ainda aumentar a transparência na prestação jurisdicional. Se esses objetivos serão ou não alcançados, apenas o tempo dirá.

Considerações finais

O objetivo deste artigo foi investigar em que medida algumas das transformações institucionais previstas pela Emenda Constitucional 45 podem ampliar o acesso da população à justiça; dentre as mudanças institucionais previstas foram analisadas: (i) razoável duração do processo; (ii) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial; (iii) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; (iv) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; e (v) criação do Conselho Nacional de Justiça

Essas mudanças institucionais foram escolhidas entre o conjunto de alterações previstas pela EC 45 porque o fato de problemas como excesso de tempo no processamento das causas, carência de um número de juízes compatível com o número de habitantes de cada circunscrição, ausência de correspondência entre o momento do fato e o seu ingresso no sistema judicial, bem como entre este e o fim do processamento efetivo da demanda; além do fato de o judiciário ser pouco permeável à prestação de contas e a punição de transgressão serem problemas constantemente apontados pela

literatura especializada como principais dificuldades encontradas pela população no que diz respeito ao acesso à justiça e, por conseguinte, o descrédito nessa instituição.

A análise das transformações previstas pela EC 45 revelou que algumas das questões apontadas poderiam ser resolvidas a partir apenas do cumprimento da legislação infraconstitucional em detrimento de sua inserção no âmbito do texto constitucional. Isso porque essas disposições já se encontram previstas em diversas outras legislações sem, contudo, serem efetivadas na realidade cotidiana dos tribunais. São alterações previstas nesse diploma legal que se encaixam nesta percepção: (i) razoável duração do processo; (ii) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial; (iii) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e (iv) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional.

Portanto, de acordo com essa constatação, a criação do Conselho Nacional de Justiça pode ser entendida como uma exceção a esse fenômeno na medida em que esse órgão se constitui uma alteração institucional de extrema importância no que diz respeito ao aumento da transparência dos atos judiciais, aumento da efetividade do sistema de prestação de contas dos tribunais estaduais, aumento da possibilidade de punição dos juízes que agem em desacordo com a sua missão institucional (*accountability*) e, por fim, aumento da eficiência do sistema de pesos e contrapesos indispensável ao bom funcionamento do judiciário.

Ao contrário das demais alterações analisadas, a criação do Conselho Nacional de Justiça, em funcionamento desde 2005, aponta para a importância de se alterar o cenário institucional de tal maneira a garantir a existência de um órgão capaz de cobrar dos tribunais estaduais as demais mudanças previstas na EC 45, mas que já existiam na legislação infraconstitucional. Isso porque, se tais dispositivos não têm funcionado na prática, uma das razões para tanto poderia ser a ausência de fiscalização contínua sobre os responsáveis pela implementação de tais regras e, ainda, a punição de quem violou esses dispositivos que antes eram apenas infraconstitucionais e agora integram o próprio texto da CF/88.

Apenas a partir do efetivo funcionamento do CNJ é que será possível avaliar a efetividade de tais disposições para além de sua simples elevação ao texto constitucional. Até o momento, os trabalhos já realizados por esse órgão apontam para uma grande preocupação com a efetividade do tempo de duração dos processos, o que por si só já apresenta um avanço dessa legislação, confirmando a importância da criação de instituições mais especializadas para o exercício da função de *accountability* no âmbito do judiciário. Com o aumento do escopo de atuação desse órgão espera-se que as conseqüências deletérias de problemas como: excessiva duração do processo, complexidade dos procedimentos judiciais, e falta de transparência da prestação jurisprudencial possam ser, finalmente, minorados permitindo, por conseguinte, a ampliação do acesso à justiça no Brasil.

: ARTIGO APROVADO (01/12/2008) : *RECEBIDO EM 27/07/2008*

NOTAS

1 É importante destacar que a Emenda Constitucional 45 introduz alterações muito mais amplas do que as cinco destacadas no Quadro 1. No entanto, elas foram escolhidas para análise na medida em que interferem diretamente na estrutura organizacional da justiça, procurando dotá-la, por um lado, de maior capacidade operacional e, por outro, de maior controle institucional sobre seus próprios atos.

2 De acordo com o art. 3o da referida lei, esses juizados possuem competência na área cível para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: as causas cujo valor não exceda a 40 vezes o salário mínimo (essa competência foi posteriormente ampliada para 60 salários mínimos pela Lei 10.444, de 07.05.2002); as enumeradas no art. 275, inc. II, do Código de Processo Civil; as relativas a despejo para uso próprio; as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inc. I desse artigo. Esses juizados também sofreram alterações em sua competência, posto que a partir do ano de 1999 passaram a admitir as microempresas como autoras (art. 38, da Lei 9.841/99).

No que se refere à sua competência, o art. 61 da Lei n. 9.099/95 estabeleceu que esses [juizados] possuem competência para o processamento das infrações de menor potencial ofensivo, quais sejam: todas as contravenções penais (previstas ou não no Decreto-lei n. 3.688/41), e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos de prisão (a partir da alteração inserida pela lei 10.259/01), desde que tais crimes não se sujeitem a procedimento especial.

Por fim, cumpre destacar que o art. 275, inc. II, do CPP estabelece que será de competência dos juizados especiais cíveis o processamento das seguintes causas (qualquer que seja o valor): arrendamento rural e de parceria agrícola; cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial e demais casos previstos em lei.

3 De acordo com Gomes e Bianchini (2006), o processamento de tais instâncias é diferenciado do processamento do Jecrim porque, nesses casos, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo, nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado, deve ser instaurado inquérito policial, a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal e, em se tratando de lesão corporal leve, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

4 De acordo com Jelin (1996, p. 106), o próprio Marshall, em sua formulação clássica sobre a cidadania, pontua os deveres que a concessão de direitos traz em sua ossatura. Contudo, no entender da autora, Marshall negligencia a discussão de tais deveres e, exatamente por isso, não devemos fazer o mesmo. Assim, se os direitos da cidadania são colocados quase que de forma cogente aos indivíduos que residem em países democráticos, os deveres que essa cidadania implica também devem ser entendidos como algo irrefutável.

5 Na Tabela 2 não foram usados os dados de 2003 porque o Ministério da Justiça apenas divulgou o número total de juízes e não o número total por Estado da Federação.

6 Como bem destaca Uchoa (2006), antes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Judiciário submetia o rigor de seus atos administrativos aos Tribunais de Contas. Contudo, é público e notório que, na prática, tais fiscalizações são meramente opinativas. Além disso, não são hábeis a acompanhar a temporalidade, o ritmo, dos atos praticados. Por outro lado, os tribunais também possuem as suas próprias corregedorias, que por se situarem no âmbito dos tribunais, acabam funcionando como mero órgão figurativo, ficando aqueles livres de quaisquer fiscalizações.

7 Leia-se, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dos atos administrativos.

8 Isso porque a instalação do referido conselho foi objeto de diversas liminares que discutiam em que medida a existência de um orgão como este poderia ferir a idéia de soberania dos veredictos do poder judiciário. Nestes termos, apenas após encerrado o julgamento de tais liminares é que o Conselho Nacional de Justiça pôde ser finalmente instalado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João M. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920.
AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *O paradigma emergente em seu labirinto*: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. Porto Alegre, 2004. (mimeo)
BATITUCCI, Eduardo C.; CRUZ, M. V. G.; SILVA, Breno I. Fluxo do Crime de Homicídio no Sistema de Justiça Criminal de Minas Gerais. In: 30º Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – Anpocs, 2006, Caxambu. *Anais do 30º Anpocs*. São Paulo: Anpocs, 2006.
BRETAS, Marcos Luiz. *A guerra das ruas*: povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1997.
CARVALHO, Luiz Fernando R. Democracia e Acesso à Justiça. In: Iuperj. *Seminários Friedrich Naumann*. IUPERJ, n. 5, 1997. p. 5-16.
CNJ. Relatório de Prestação de Contas das Atividades Realizadas no Ano de 2007. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.
CUNHA, Luciana G. S. *Juizado Especial*: ampliação do acesso à justiça? In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 43-73.
DaMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
DE LA PAZ, Gabriel. Citizenship Identity and Social Inequality. In: *Instituto Federal Electoral San Diego*: Center for Civic Education, Califórnia, 2004.
FALCÃO, Joaquim. Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do Judiciário. In: LAMOUNIER, Bolivar et al. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: Tao, 1981.
FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político Brasileiro. Porto Alegre e São Paulo: Editora Globo e Editora Universidade de São Paulo, 1994.
FLORY, Thomas. *Judge and jury in imperial Brazil 1808-1871*. Texas: University of Texas Press, 1981.
FONTANA, Milton. A lei 10.259/01 e a competência dos juizados especiais criminais estaduais . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2898>.
FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. São Paulo: Global, 2004.
GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher. Teresina: Jus Navigandi, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8916>.
HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da Emenda Constitucional n. 45 . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>.
HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric. Human Rights and the construction of democracy. In: JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (Org). *Constructing Democracy:* Human Rights, Citizenship and Society in Latin America. Westview Press, 1996.
_____. Citizenship revisited: solidarity, responsibility and rights. In: _____. *Constructing Democracy:* Human Rights, Citizenship and Society in Latin America. Westview Press, 1996.
JUNQUEIRA, Eliane B. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. In: *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996.
KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Lívia; DRUMOND, José Augusto. *O Brasil não é para principiantes*: carnavais, malandros e heróis 20 anos depois. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
KANT de LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: tradição inquisitorial. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 4, n. 10, jun. 1989, p. 65-84.
_____. Polícia e exclusão na cultura judiciária. In: Tempo Social. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo,* vol 1, n. 9, mai 1997, p. 169-183.
KANT DE LIMA, Roberto; AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo. *A violência doméstica nos juizados especiais criminais brasileiros*: desafios para o direito e para os tribunais brasileiros. Niterói, 2004. (mimeo).
LETTERIELLO, Rêmolo. O perigo da ampliação da competência dos Juizados Especiais Cíveis . Teresina: Jus Navigandi, ano 9, n. 630, 30 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6546>.
MARSHALL, TH. Citizenship and Social Class. In: MARSHALL, T. H. *Class, Citizenship and Social Development*. Nova York: Garden City, 1967.
MARTINS, Humberto F. A ética do patrimonialismo e a modernização da administração pública brasileira. In: MOTTA, Fernandes Prestes (Org.). *Cultura organizacional e cotidiano nas organizações brasileiras*. São Paulo: Atlas, 1996.

O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la Democracia en América Latina. Informe La Democracia en América Latina – Anexo 2: El Debate Conceptual sobre la Democracia en América Latina. 2004. Disponível em: < http://democracia.undp.org >.
_____. Ilusiones sobre la consolidación. In: *Nueva Sociedad*, n. 144, jul./ago. 1996, p 70-89.
OLIVEIRA, Eduardo R. A idéia de Império e a fundação da Monarquia Constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). In: *Tempo, Rio de Janeiro*, n. 18, mar. 2005, p. 43-63.
PAIXÃO, Antônio Luis. Notas sobre a organização policial numa área metropolitana. Dados, v. 25, 1982.
PINHEIRO, Paulo Sérgio (Coord. NEV-USP). *Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório final*. São Paulo: Fapesp/CNPq e Fundação Ford, 1999.
PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
ROBERTS, Bryan R. A dimensão social da cidadania. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 33, São Paulo, 1997.
_____. Citizenship, Rights and Social Policy. In: WOOD, Charles e ROBERTS, Brian (Org). *Rethinking Development in Latin America*. Pensilvânia: Pennsylvania State University Press, 2005.
RUSCHEL, Aírton José. Análise do tempo dos Processos Penais de homicídio no Fórum de Justiça de Florianópolis, julgados em 2004. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.
SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
_____. Maria Tereza; LIMA, Fernão D.; ARAÚJO, José Renato C. O judiciário e a prestação de justiça. In: SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 13-41.
SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais na sociedade contemporânea. In *Revista Brasileira de Ciência Sociais,* n. 30, 1996, p. 29-65.
SAPORI, Luís Flávio. A administração da Justiça Criminal numa área metropolitana. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 29, out. 1995, p. 143-156.
SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: EDUSP, 1983.
SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.
SHIRLEY, R. W. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
SIEGEL, Larry; SENNA, Joseph. *Essentials of criminal justice*. Thompson, 2007.
UCHÔA, Marcelo R. O poder judiciário à luz da reforma da EC 45/04. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional apresentada à Universidade Federal de Fortaleza, 2006.
VARGAS, Joana D.; RIBEIRO, Ludmila M. L.; BLAVATSKY, Ismênia. Metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na justiça Criminal. Relatório final de concurso. Brasília/DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, SENASP, Ministério da Justiça, 2006.
VARGAS, Joana D. *Estupro*: que justiça? Tese de doutorado. Rio de Janeiro: IupeRJ, 2004.
VIANNA, Luís Werneck. Democracia e acesso à justiça. In: *Seminários Friedrich Naumann*. Iuperj, n. 5, 1997, p. 17-23.
_____. Luís W.; BURGOS, Marcelo B. Entre Princípios e Regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: *Cadernos do Centro de Estudos de Direito e Sociedade*, Cedes, Iuperj, n. 1, 2005.
_____. Luís W.; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.
WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e reformulação da mentalidade. In: *Revista Escola Paulista da Magistratura*, I, n. 1, set./dez. 1996.

ANEXO - QUADROS, GRÁFICOS E TABELAS

Quadro 1
Problemas que dificultam o acesso à justiça no cenário brasileiro, e institutos criados pela Emenda Constitucional 45 (EC-45) para a sua resolução

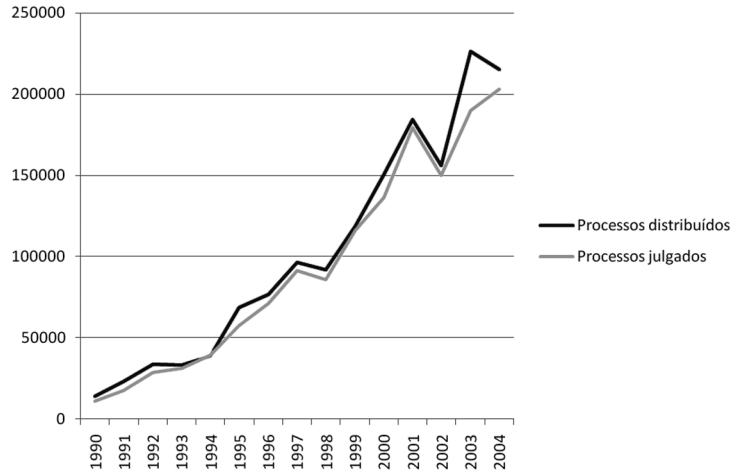
PROBLEMAS QUE DIFICULTAM O ACESSO À JUSTIÇA	INSTITUTO DA EC 45 QUE PROCURA RESOLVÊ-LOS
EXCESSIVA DURAÇÃO DO PROCESSO	RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO; PROPORCIONALIDADE ENTRE O NÚMERO DE JUÍZES NA UNIDADE JURISDICIONAL E A EFETIVA DEMANDA JUDICIAL;
COMPLEXIDADE DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS	DISTRIBUIÇÃO IMEDIATA DOS PROCESSOS EM TODOS OS GRAUS DE JURISDIÇÃO; FUNCIONAMENTO ININTERRUPTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.
FALTA DE TRANSPARÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL	CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Quadro 2
Elementos da cidadania, de acordo com a definição disseminada por Marshall e as instituições democráticas a ela associadas

ELEMENTOS DA CIDADANIA	DEFINIÇÃO	INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS ASSOCIADAS A ESTE ELEMENTO
DIREITOS CIVIS	DIREITOS NECESSÁRIOS PARA A GARANTIA DA LIBERDADE INDIVIDUAL RELACIONA-SE À LIBERDADE DA PESSOA, AO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E À PROPRIEDADE E AO DIREITO À JUSTIÇA	TRIBUNAIS DE JUSTIÇA
DIREITOS POLÍTICOS	DIREITOS A PARTICIPAR DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO, COMO UM INDIVÍDUO INVESTIDO DE AUTORIDADE POLÍTICA OU COMO O ELEITOR DE TAIS AUTORIDADES	CONGRESSO NACIONAL PARTIDOS POLÍTICOS
DIREITOS SOCIAIS	DIREITO A BEM-ESTAR ECONÔMICO E SOBREVIVÊNCIA MATERIAL	SERVIÇOS SOCIAIS (EDUCAÇÃO, SAÚDE, TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL)

FONTE: ADAPTADO DE DE LA PAZ (2004)

Gráfico 1
Número de processos distribuídos e julgados nos tribunais estaduais no período compreendido entre 1990 e 2004*



* 2004 é o último ano da série por ser o último sobre o qual o Conselho Nacional de Justiça possui informações.

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Quadro 3
Sumário das pesquisas sobre tempo da justiça com ênfase na duração dos processos de homicídio doloso

LOCALIDADE	PERÍODO ANALISADO	TEMPO (DIAS)	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA
ESTADO DE SÃO PAULO	1980–1989	2.230	PINHEIRO ET AL. (1999)
ESTADO DE SÃO PAULO	1990–1998	983	VARGAS, RIBEIRO E BLATAVISK (2005)
CIDADE DE BELO HORIZONTE	1985–2003	911	BATITUCCI, CRUZ E SILVA (2006)
CIDADE DE FLORIANÓPOLIS	2004	784	RUSCHEL (2006)
REFERÊNCIA – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL			
RÉU PRESO		310	
RÉU SOLTO		260	

FONTE: COMPILAÇÃO DO AUTOR

TABELA 1

Cargos de juízes previstos em lei e providos, segundo a população, em 1998*
(Informações relativas à justiça comum de primeiro grau)

UF	Nº DE HABITANTES	CARGOS PREVISTOS EM LEI	CARGOS PROVIDOS	Nº DE HABITANTES PARA CADA JUIZ PREVISTO EM LEI	Nº DE HABITANTES PARA CADA JUIZ PROVIDO	PERCENTUAL DE CARGOS DE JUÍZES NÃO OCUPADO
AC	514.050	95	28	5.411	18.359	71%
AL	2.688.117	256	137	10.500	19.621	46%
AM	2.520.684	209	128	12.061	19.693	39%
AP	420.834	64	47	6.576	8.954	27%
BA	12.351.268	562	361	21.977	34.214	36%
CE	7.013.376	332	330	21.125	21.253	1%
DF	1.923.406	323	153	5.955	12.571	53%
ES	2.895.547	350	212	8.273	13.658	39%
GO	4.744.174	373	196	12.719	24.205	47%
MA	5.356.853	216	194	24.800	27.613	10%
MG	17.100.314	820	696	20.854	24.569	15%
MS	1.995.578	130	97	15.351	20.573	25%
MT	2.331.663	203	119	11.486	19.594	41%
PA	5.768.476	240	137	2	42.106	43%
PB	3.353.624	179	171	18.735	19.612	4%
PE	7.523.755	398	337	18.904	22.326	15%
PI	2.714.999	177	132	15.339	20.568	25%
PR	9.258.813	466	437	19.869	21.187	6%
RJ	13.681.410	733	515	18.665	26.566	30%
RN	2.624.397	197	113	2	23.225	43%
RO	1.276.173	98	78	13.022	16.361	20%
RR	260.705	19	15	13.721	17.380	21%
RS	9.866.928	748	605	13.191	16.309	19%
SC	5.028.339	267	258	18.833	19.490	3%
SE	1.684.953	94	94	17.925	17.925	0%
SP	35.284.072	1.888	1.345	18.689	26.234	29%
TO	1.107.803	106	72	10.451	15.386	32%
BR	161.790.311	9.543	7.007	16.954	23.090	27%

***** Essa foi a informação utilizada na medida em que nem mesmo o Conselho Nacional de Justiça possui informações atualizadas sobre o número de juízes estaduais existentes em cada estado da federação. Nestes termos, a pesquisa de Sadek et al. (2001) apesar de um pouco antiga (1998) ainda continua sendo a melhor fonte de informações.

FONTE: SADEK ET AL. (2001, P. 35)

Tabela 2
Relação entre número de cargos de juízes previstos e providos e número de processos distribuídos e julgados
Brasil (Informações relativas a 1998)

RAZÃO	VALOR
RAZÃO ENTRE O Nº DE JUÍZES PREVISTO E O Nº DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	782
RAZÃO ENTRE O Nº DE JUÍZES PREVISTO E O Nº DE PROCESSOS JULGADOS	517
RAZÃO ENTRE O Nº DE JUÍZES PROVIDO E O Nº DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	1.066
RAZÃO ENTRE O Nº DE JUÍZES PROVIDO E O Nº DE PROCESSOS JULGADOS	705
RAZÃO ENTRE O DEFICIT DO Nº DE JUÍZES E O Nº DE PROCESSOS NÃO JULGADOS	997

FONTE: SADEK ET AL. (2001, P. 35)

Quadro 3
Atividades propostas e estágio de realização pelo Conselho Nacional da Magistratura, de 2005 até 2007

PROPOSTA DO CNJ	O QUE JÁ FOI REALIZADO
SISTEMA DE PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DO PODER JUDICIÁRIO	INSTALADO EM 17 ESTADOS DA FEDERAÇÃO
CERTIFICAÇÃO DIGITAL (POSSIBILIDADEDE AUTENTICAR DOCUMENTOS PELO COMPUTADOR)	ASSINATURA DO CONTRATO DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELO DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA
PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	JÁ EM FUNCIONAMENTO, APESAR DE SEMPRE POSSUIR ALGUNS PROBLEMAS TÉCNICOS
SISTEMA DE PROCESSO ELETRÔNICO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	JÁ IMPLEMENTADO PARA OS PROCESSOS QUE TRATAM DE RECLAMAÇÃO POR EXCESSO DE PRAZO E OS PROCEDIMENTOS DISCIPLINADOS PELA PORTARIA NO 23 DA PRESIDÊNCIA DO CNJ E PELA PORTARIA NO 8 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA
PADRONIZAÇÃO TAXONÔMICA DAS TABELAS BÁSICAS DE CLASSES, MOVIMENTAÇÕES E ASSUNTOS	A ETAPA PRINCIPAL DO PROJETO FOI CONCLUÍDA COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO NO 46 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, DE 18.12.2007, QUE CRIOU AS TABELAS PROCESSUAIS UNIFICADAS DO PODER JUDICIÁRIO
NUMERAÇÃO ÚNICA PARA IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL	NÃO INICIADO
CRIAÇÃO DO DOMÍNIO ¨JUS.BR¨ PARA OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE TODO O PAÍS (EM DETRIMENTO DO GOV.BR)	APROVADO POR MEIO DA RESOLUÇÃO NO 41, DE 11.09.2007, MAS AINDA NÃO FOI IMPLEMENTADO
PADRONIZAÇÃO DOS ENDEREÇOS ELETRÔNICOS DOS SÍTIOS DO PODER JUDICIÁRIO	IMPLEMENTADA PELA RESOLUÇÃO NO 45 DO CNJ, DE 17.12.2007, QUE DEFINIU OS ENDEREÇOS DOS SÍTIOS ELETRÔNICOS (URL) DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NOS TERMOS DA TABELA PADRONIZADA CONSTANTE DOS SEUS ANEXOS

continua...

RESTRIÇÃO JUDICIAL ONLINE DE VEÍCULOS (SISTEMA RENAJUD)	A PRIMEIRA VERSÃO DESSE SISTEMA JÁ ESTÁ EM TESTE
INFORMATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS	O GRUPO DE TRABALHO PARA ANÁLISE DA TEMÁTICA JÁ FOI INSTITUÍDO
BANCO DE SOLUÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO	JÁ ESTÁ DISPONÍVEL AOS TRIBUNAIS, TANTO PARA CADASTRO DAS SUAS SOLUÇÕES DE INFORMÁTICA QUANTO PARA CONSULTA E ADOÇÃO DAS SOLUÇÕES DISPONIBILIZADAS
BANCO DE DADOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA	EM FASE DE IMPLEMENTAÇÃO NOS ESTADOS DE SÃO PAULO, RIO DE JANEIRO, GOIÁS, BAHIA, SERGIPE E ESPÍRITO SANTO
REDE NACIONAL DO JUDICIÁRIO	INTEGRARÁ O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ; TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST; CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF; OS 24 TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO – TRTS; OS 5 TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS – TRFS; E OS 27 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJ. AINDA NÃO FOI IMPLEMENTADA
ACESSO À BASE DE DADOS DA RFB – INFOJUD	ACESSO AOS DADOS DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. JÁ IMPLEMENTADO
LIQUIDAÇÃO ELETRÔNICA DE PROCESSOS	ESTÁ SENDO DESENVOLVIDO, NA SUA ETAPA INICIAL, COM O BANCO DO BRASIL E A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NA ETAPA SEGUINTE, SERÁ ESTENDIDO ÀS DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE MANTENHAM RELACIONAMENTO DE CONTAS JUDICIAIS DE DEPÓSITOS COM O PODER JUDICIÁRIO
CADASTRO DE CLIENTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (CCS E SISTEMA BACEN)	DESENVOLVIDO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL PARA ATENDER À DISPOSIÇÃO DA LEI NO 10.701/2003, COM VISTAS A FACILITAR INVESTIGAÇÕES E AÇÕES DESTINADAS A COMBATER A CRIMINALIDADE. O INTUITO É POSSIBILITAR, POR INTERMÉDIO DO CNJ, A DIVULGAÇÃO E A DISPONIBILIZAÇÃO DESSE SISTEMA AOS TRIBUNAIS BRASILEIROS
CADASTRO NACIONAL DE BENS APREENDIDOS	FOI CONSTITUÍDO UM GRUPO DE TRABALHO, MAS AINDA NÃO FOI IMPLEMENTADO
CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO	JÁ FOI REALIZADA UMA JORNADA DE TRABALHO QUE REUNIU OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE TODOS OS ESTADOS. NA OCASIÃO, TAMBÉM FORAM DEBATIDOS OS GRANDES EIXOS OPERACIONAIS QUE GARANTIRÃO EFICIÊNCIA, TRANSPARÊNCIA E CONFIABILIDADE À FERRAMENTA
CADASTRO NACIONAL DE CONDENADOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	FOI CONSTITUÍDO UM GRUPO DE TRABALHO, MAS AINDA NÃO FOI IMPLEMENTADO
COLABORAÇÃO COM O SISTEMA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO ELETRÔNICO	FOI CONSTITUÍDO UM GRUPO DE TRABALHO, MAS AINDA NÃO FOI IMPLEMENTADO
MOVIMENTO NACIONAL PELA CONCILIAÇÃO	JÁ FORAM REALIZADAS AS SEGUINTES ATIVIDADES: DIA DE CONCILIAÇÃO; PROJETO TREINAMENTO EM CONCILIAÇÃO; PROJETO DE TRATAMENTO DE SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO; PROJETO CENTRO JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO; E PROJETO DE CONCILIAÇÃO PARA OS EXECUTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

FONTE: RELATÓRIO DE GESTÃO (2005–2007) DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. COMPILAÇÃO DO AUTOR.

Ludmila Ribeiro

Bacharel em Direito (UFMG)

Administradora pública e mestre em gestão de políticas sociais pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro

Doutoranda em Sociologia (Iuperj)

Pesquisadora associada do Center for Latin America Studies da Universidade da Flórida

Consultora do Viva Rio na área de segurança pública municipal

Rua Gal. Ribeiro da Costa, 107, apt 501
Leme – 22010-050
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
ludmila.ribeiro@gmail.com

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENTRE DEONTOLOGIA E AXIOLOGIA: PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORIA HERMENÊUTICA DEMOCRÁTICA

Fábio Portela Lopes de Almeida [1]

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES BETWEEN DEONTOLOGY AND AXIOLOGY: THEORETICAL ASSUMPTIONS TOWARDS A DEMOCRATIC HERMENEUTIC THEORY

RESUMO

O artigo tem por propósito discutir a natureza dos princípios constitucionais a partir de duas teorias hermenêuticas distintas: a axiologia e a deontologia. A perspectiva axiológica é descrita a partir da teoria dos princípios delineada por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais* e criticada por ser incapaz de lidar democraticamente com o fato do pluralismo, isto é, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos. Como alternativa a esse modelo, sugere-se, a partir das obras de John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, que a adoção de uma perspectiva deontológica, que assume a distinção entre princípios e valores, supera as dificuldades da teoria axiológica. Ao assumir como premissa central a possibilidade de legitimação do direito a partir de princípios justificados a partir de critérios aceitáveis por todos os cidadãos, uma teoria deontológica dos princípios se torna capaz de lidar com a pluralidade de concepções de bem presentes nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, o artigo se situa no campo de estudos próprio da teoria da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE

deontologia; axiologia; liberalismo; teoria dos valores

ABSTRACT

The article discusses the nature of the constitutional principles by opposing two distinct hermeneutic theories: axiology and deontology. The theory of principles proposed by Robert Alexy is assumed as an ideal example of axiological theory, and criticized for being unable to deal democratically with the fact of pluralism, i. e., the fact that the contemporary societies are not structured on ethical values shared by all the citizens. As an alternative to the axiological model, I suggest, based on a particular reading of the theories of John Rawls, Ronald Dworkin and Jürgen Habermas, that the adoption of a deontological perspective, which assumes a strict distinction between principles and values, overcomes the difficulties of the axiological theory. Assuming as a central premise that law is legitimized because the citizens of a constitutional democracy accept principles that are justified from widelly recognized criteria, a deontological theory of the constitutional principles turns to be able to deal with the plurality of conceptions of the good present in the contemporary societies. In this sense, the article discusses questions related to the constitutional theory.

KEYWORDS

deontology; axiology; liberalism; theory of values

Introdução

A discussão a respeito da natureza dos princípios constitucionais depende do esclarecimento de diversas pressuposições acerca da hermenêutica constitucional. Nessa medida, é preciso avaliar qual seria a melhor teoria capaz de explicar e de instruir o

modo pelo qual *devemos* interpretar os princípios constitucionais. Defender um dos lados do debate implica assumir uma série de pressupostos filosóficos controversos acerca da teoria do direito e da relação entre o direito e democracia. Implica, além disso, desenvolver uma resposta concreta a respeito do modo pelo qual a relação entre os valores morais e o direito deve se estabelecer. O direito é moral? Se os princípios constitucionais refletem os valores morais de um determinado povo, como eles alcançam aceitação geral se as sociedades multiculturais são caracterizadas justamente pelo fato de seus membros não compartilharem valores essenciais? Como uma constituição pode ser legítima num contexto pluralista? Estas perguntas difíceis dependem de uma resposta prévia à seguinte questão: qual a natureza dos princípios constitucionais?

Este artigo objetiva discutir duas teorias presentes neste debate: a perspectiva axiológica, defendida majoritariamente pela teoria constitucional alemã a partir de uma teoria comunitarista (BRUGGER, 2004, p. 431-60), e a perspectiva deontológica, cujas raízes fundamentais se encontram nas obras dos chamados liberais igualitários (*egalitarians*) e que se desenvolveu de forma mais profunda no constitucionalismo americano (ROSENFELD, 2001, p. 1306-1351).

Com esse propósito, o artigo se desenvolve em duas seções. Na primeira, apresenta de maneira crítica a proposta teórica fornecida pela teoria axiológica, adotando-se como modelo o conceito de constituição desenvolvido por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais*. Em seguida, após explicitar os pressupostos deste conceito de constituição, será apresentado um conceito distinto de constituição, baseado no modelo constitucional deontológico liberal.[2]

1 A constituição como uma ordem concreta de valores: a teoria axiológica dos direitos fundamentais

A problemática relação entre o direito e os valores morais tradicionais é questão permanente na história da filosofia jurídica. A rigor, desde a filosofia grega até o fim da Idade Média, é inquestionável a relação de dependência do direito em relação à *eticidade* da comunidade. Toda a tradição da filosofia moral e jurídica da Antigüidade e da Idade Média recorre aos valores éticos da comunidade para justificar a legitimidade do direito. Assim, essa tradição adota um conceito forte de *virtude*, necessário para se estabelecer a diferenciação entre os *bons* cidadãos da *polis*, portadores do caráter moral necessário para manter a existência pacífica e gloriosa da vida social, e os *maus* cidadãos, não-virtuosos, cuja simples existência é danosa à vida coletiva. Essa é a mensagem da república platônica: a vida coletiva deve ter como objetivo educar todos os cidadãos para viverem de acordo com as virtudes (temperança, coragem e sabedoria) necessárias para melhor cumprir o valor moral supremo da cidade: a realização da Idéia de Bem.

Praticamente toda a filosofia do direito e da moral até a idade moderna reflete o ideal de que a função do direito é assegurar a reprodução da vida social a partir da

manutenção dos pressupostos axiológicos tradicionalmente fixados em uma ordem concreta de valores estabelecida historicamente. Daí a seguinte afirmação do sociólogo Niklas Luhmann:

> Para a antiga tradição européia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. Era exatamente por consistir de homens que ela apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral. Nesse contexto, o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia constituir-se de outras sociedades – ou seja, de corpos sociais formados por outros homens. Conseqüentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou dos limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes (LUHMANN, 1983, p. 169).

Nesse contexto, o direito deve refletir os valores éticos compartilhados pela comunidade política, tendo por função garantir a mediação dos conflitos sociais a partir dos valores derivados da ética compartilhada por toda a comunidade política. É necessário garantir a permanência dos laços orgânicos de sustentação da vida comunitária, a partir do compartilhamento dos valores fundamentais por todos os membros do corpo social. Para assegurar a unidade social, torna-se imperativo o uso da coerção para impedir a possibilidade de *dissenso* daqueles que, por qualquer razão, deixam de partilhar os valores da vida ética de sua comunidade.

Para manter essa unidade, impõe-se a necessidade de restringir as escolhas morais dos indivíduos. Ao direito cabe proibir a adesão a valores morais diversos dos sustentados pela comunidade, assegurando-se a estabilidade dos valores supremos de uma determinada coletividade. Nesse contexto, identifica-se a *fusão* entre a *faticidade* das tradições e valores culturalmente estabilizados na vida social e a *validade* das pretensões morais dos integrantes da comunidade. Em outras palavras, o membro de uma comunidade pré-moderna orientava sua ação a partir das orientações axiológicas constituintes do seu *mundo da vida*, solidificadas a partir da tradição de sua comunidade. O dissenso e a crítica à tradição são vedados, já que as instituições da vida social protegem a validade dos valores tradicionais por meio da coerção jurídico-moral (HABERMAS, 1997, p. 42-43).

1.1 A desconstrução metaética da teoria axiológica

A filosofia jurídica pré-moderna assume como pressuposto uma determinada teoria dos valores capaz de explicar a coordenação da integração da vida social. Antes de

avaliar esta teoria, contudo, é necessário colocar em evidência alguns pressupostos da teoria axiológica, a partir de uma perspectiva metaética, ou seja, discutindo-se os elementos lógicos do discurso axiológico.

Dessa perspectiva, uma primeira consideração a ser feita é a seguinte: do ponto de vista moral, não existe apenas um único valor. Existem *vários* valores e, mais ainda, vários valores que podem entrar em conflito. Esta é uma tese metaética, pois dela decorre que *qualquer* teoria ética precisa reconhecer e lidar com esse problema.

Há duas maneiras diferentes de lidar com o fato da pluralidade dos valores morais. A primeira perspectiva, o "monismo", assume como pressuposto que, embora existam vários valores, há um único valor que é preponderante em relação aos demais. Uma teoria ética monista pode lidar com o conflito de valores de três maneiras distintas: determinar um *summum bonum*, admitir a fungibilidade dos valores ou adotar um critério último (canônico) de ordenação dos valores (KEKES, 1993, p. 63-75). A primeira versão da ética monista assume a existência de um prioritário em relação a todos os outros valores (o *summum bonum*), cujo principal paradigma é a ética platônica, que aceita o Bem como o valor fundamental da moralidade humana. Esse valor (o Bem) assume a função de ordenar todos os outros valores de modo a alcançar uma ordem coerente em que o conflito axiológico se torne apenas uma mera aparência. O monismo, nessa versão, é incapaz de reconhecer que exista, de fato, um conflito de valores: se há um *summum bonum* que organiza toda a moralidade, o fato de alguém acreditar que um valor está em conflito com outro não coloca em dúvida a estrutura dos valores. A percepção do conflito decorre de uma incapacidade intelectual do agente moral, que não enxerga a coerência do sistema ordenado dos valores morais e se engana pela *aparência* de conflito entre um valor e outro. A principal deficiência dessa perspectiva decorre da necessidade da adoção de uma teoria metafísica da moral, ao supor que existe uma ordem *objetiva* de valores independente, esperando ser "descoberta" pela razão humana.

Uma segunda versão do monismo aceita a fungibilidade entre os diversos valores. De acordo com esta versão, os valores não são incompatíveis entre si, porque os valores podem ser ordenados (*ranked*) a partir da tradução de cada valor em termos de uma unidade comum. Assim como podemos traduzir o valor econômico de um bem monetariamente, com a finalidade de facilitar a operação de troca, também podemos conhecer a importância de um determinado valor moral a partir do número de unidades *morais* que ele reflete. O número de unidades fornece uma medida comum de análise do conflito axiológico que, assim, também não passa de mera aparência. O *utilitarismo hedonista* de Jeremy Bentham exemplifica o *modus operandi* dessa perspectiva. De acordo com o filósofo inglês, o meio de comparação entre os vários valores é o *prazer*: um valor é melhor que o outro na medida em que traz como resultado mais prazer. Quanto mais prazer for gerado por um determinado valor, melhor

ele é. Avaliar a melhor acomodação entre os valores pressupõe, assim, uma avaliação prévia a respeito de qual ajustamento é capaz de gerar mais prazer.

Quatro problemas principais são inerentes à perspectiva do utilitarismo hedonista. Em primeiro lugar, ela falha em reconhecer que simplesmente *não* existe uma "régua moral" capaz de traduzir os valores em termos de uma medida comum (utilidade ou prazer). Em segundo lugar, ela falha em reconhecer que os prazeres diferem entre si não apenas *quantitativamente*, mas também *qualitativamente*. Uma pequena quantidade de um determinado tipo de prazer qualitativamente diferente de outro pode ser mais do que suficiente para escolher este prazer em relação a um outro prazer cuja quantidade seja imensa. O próprio utilitarismo de John Stuart Mill reconheceu a necessidade de distinguir os prazeres inferiores dos prazeres superiores – uma distinção qualitativa.

Além disso, um terceiro problema afeta a resposta dessa perspectiva ao conflito entre valores. É que o utilitarismo, ao estabelecer que os valores morais são aqueles que refletem o maior prazer, faz isso de forma coletivista: ou seja, considera que a ação moral é aquela que gera o maior prazer *para todos* os afetados pela ação, independentemente do resultado da ação para cada indivíduo afetado. Assim, uma ação ou um determinado valor estão justificados se gerarem um prazer imenso para todos, a despeito de terem violado diversos direitos fundamentais de um indivíduo particular. Se o sofrimento de um indivíduo for considerado pequeno diante dos benefícios obtidos por todos, a ação ou o valor estão justificados.

A quarta dificuldade do utilitarismo foi identificada especificamente por John Rawls: o utilitarismo não consegue diferenciar entre os vários indivíduos. Como o que importa é o valor líquido da soma de prazeres diminuído o sofrimento de alguns, o utilitarismo é incapaz de levar a sério a diferença entre as pessoas, tornando-se uma teoria opressora e incapaz de tratar todos como iguais (RAWLS, 2002, p. 24-30).

A terceira perspectiva monista aposta na existência de um princípio canônico capaz de ordenar os valores de modo a torná-los compatíveis uns com os outros. Essa forma de monismo supõe a existência de *um* princípio meta-axiológico capaz de ordenar os vários tipos de valores. Em caso de conflito, os valores melhor classificados no *ranking* estabelecido pelo princípio meta-axiológico assumem a condição de precedência em relação aos princípios pior classificados. Mas o que torna esse princípio de observância obrigatória para qualquer um que deseje resolver o conflito entre dois (ou mais) valores? Essa versão do monismo axiológico assume que é da própria natureza dos valores admitir este princípio canônico: podemos estabelecer um *ranking* entre todos os tipos de valores, e este princípio apenas expressa esta ordenação.

Essa perspectiva de abordagem acerca do conflito axiológico leva a duas possibilidades. Ou assume que cada valor tem uma característica inerente a si que o coloca em um necessário degrau do *ranking*, ou a classificação de cada valor no *ranking* decorre de alguma escala objetiva de valores (KEKES, 1993, p. 74). A primeira alternativa se

reduz ao monismo na versão *summum bonum*, ao reconhecer que é da própria natureza dos valores assumir determinada posição na ordem concreta de valores. A segunda alternativa, por sua vez, se reduz ao monismo em sua segunda versão, ao admitir que os valores podem ser traduzidos em uma medida comum em termos nos quais todos os valores podem ser expressos (a medida de "utilidade", na filosofia utilitarista). Essa alternativa ainda admite a possibilidade de realizar dois ou mais valores ao mesmo tempo, por um processo de ponderação a partir do qual um valor moral cede perante o outro, realizando a ambos proporcionalmente. Essa perspectiva está no cerne da teoria principiológica de Robert Alexy, como se verá a seguir.

1.2 A teoria axiológica dos princípios de Robert Alexy

A distinção entre princípios e valores assume uma série de pressupostos filosóficos que precisam ser esclarecidos. Não é possível assumir, como Robert Alexy, a tese de que, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) fundamenta suas decisões com base em valores, não assume nenhuma teoria filosófica mais sofisticada, mas apenas uma teoria "débil" dos valores, que seria aceita por qualquer teoria axiológica substantiva (Alexy, 2002, p. 151). O fato é que o constitucionalista alemão pressupõe uma teoria filosófica substantiva (e não fraca ou débil) a respeito dos valores, cujos pressupostos precisam ser explicitados.

No conceito de constituição adotado por Alexy, os princípios constitucionais são compreendidos essencialmente como valores: ambos expressariam um sentido normativo que exige critérios de aplicação (Alexy, 2002, p. 145). Estruturalmente, princípio e valor seriam idênticos, na medida em que ambos expressam critérios *prima facie* aplicáveis na avaliação de uma situação concreta (Dancy, p. 2003). Além disso, Alexy aponta que os princípios e valores estão intimamente vinculados, pois ambos admitem a possibilidade de *colisão* e *ponderação*, em virtude de haver princípios e valores que não podem ser realizados integralmente a um só tempo. Ademais, as duas categorias, segundo o autor, admitem o *cumprimento gradual*, ou seja, a realização de um valor ou princípio pode ser realizada de forma parcial. Assim, uma decisão concreta pode, *a priori*, realizar ambos os princípios/valores ao mesmo tempo, devendo um princípio/valor ceder proporcionalmente ao outro. Em virtude dessas semelhanças estruturais, Alexy afirma que os enunciados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre valores podem ser reformulados em termos principiológicos, e vice-versa (Alexy, 2002, p. 139).

Apesar de reconhecer essas semelhanças, Alexy constata uma diferença importante entre as duas categorias. Seguindo a divisão estabelecida por Georg von Wright, Alexy afirma que os conceitos práticos se dividem em três grupos: conceitos antropológicos, deontológicos e axiológicos. Conceitos antropológicos são aqueles relativos ao homem – vontade, interesse, capacidade, necessidade, decisão e ação. Os conceitos deontológicos e axiológicos, por sua vez, se diferenciariam apenas a partir

do seu conceito deôntico fundamental. O conceito deontológico fundamental é a idéia de "dever ser", ao passo que o conceito axiológico fundamental é a idéia de "bem".

Todavia, todo o esforço de Alexy para diferenciar valor e princípio se esvai, uma vez que, ao aplicar a mesma estrutura para valores e princípios, ambos se tornam indiferenciados, inclusive, naquilo que deveria diferenciá-los. Com efeito, se a única diferença entre princípio e valor está, respectivamente, naquilo que é "devido" e no que é "melhor", e se tanto valor quanto princípio assumem uma perspectiva normativa, nada há que impeça a indiferenciação entre ambos. Aliás, duas das mais influentes teorias éticas construídas ao longo dos últimos duzentos anos, o utilitarismo e a metafísica dos costumes kantiana, são baseadas na indiferenciação de valor e princípio. De um lado, esta é a estratégia utilitarista, cuja filosofia assume como *dever a maximização daquilo que é bom*. Do lado kantiano, por sua vez, *bom é tudo aquilo que é devido*, ou seja, tudo aquilo que é desejado em razão de ser racional, a partir do princípio ético de universalização, consubstanciado nas formulações do imperativo categórico. Nas duas formulações, portanto, o que é bom e o que é devido se confundem.

De qualquer maneira, tanto os conceitos deontológicos quanto os axiológicos, para Alexy, estabelecem *normas* (ALEXY, 2002, p. 145). Assim, de acordo com o teórico alemão, norma é gênero subdividido em duas espécies: *norma deontológica* (que abrange regras e princípios) e *norma axiológica* (que se subdivide, por seu turno, em regras de valoração e valores, entendidos como critérios de valoração). A função das regras no contexto das normas deontológicas é análoga à das "regras de valoração" das normas axiológicas, e os princípios assumem no contexto deontológico o mesmo papel dos valores no contexto axiológico.

Embora também seja uma discussão relevante, a distinção entre regras e princípios é mais consensual, embora não de todo incontroversa. Segundo Ronald Dworkin, a distinção entre regras e princípios tem um caráter lógico e se dá a partir de dois fatores: em primeiro lugar, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Ou se obedece a uma regra, ou não. A regra é aplicável ou não: não há um meio-termo. A regra estipula o que deve ser feito numa determinada situação. Os princípios, de outro lado, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas – apontam apenas uma direção para a qual a decisão deve seguir, mas ainda assim necessita de uma decisão particular. Além disso, os princípios apresentam uma dimensão ausente nas regras – a dimensão da importância. Uma regra deve ser sempre aplicada quando o seu suporte fático for realizado, salvo alguma exceção ou razão de princípio, ao passo que os princípios, *no caso concreto a ser discutido*, podem assumir uma importância maior ou menor no contexto da argumentação (DWORKIN, 2002, p. 40-43).

Para Alexy, a função dos princípios é análoga aos critérios de valoração (valores). A única distinção decisiva entre princípios e valores está no caráter deontológico dos princípios e no caráter axiológico dos valores. Embora a afirmação seja óbvia, quer

com isso apontar que os valores são relativos àquilo que é bom, ao passo que os princípios se relacionam com deveres (mandatos). Regras deontológicas são mandatos definitivos e os princípios são mandatos de otimização, ao passo que, no nível axiológico, a distinção ocorre entre regras de valoração, que devem ser ou não seguidas, não podendo ser objeto de ponderação, e valores, que podem ser objeto de ponderação. Nesses termos, a diferença fundamental entre princípios e valores está no fato de que "o que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido" (ALEXY, 2002, p. 147).

A defesa de uma "teoria débil" dos valores, que não assumiria nenhum pressuposto filosófico forte, cai por terra justamente quando Alexy sustenta que os princípios são mandatos de *otimização*, sendo suscetíveis de ponderação, assim como os valores. Ao afirmar isso, Alexy se vale de uma teoria monista acerca da natureza dos valores, na medida em que aceita um critério último (ponderação ou otimização) capaz de resolver o problema do conflito entre princípios e valores. Esse pressuposto torna sua distinção entre princípios e valores tão fraca que, na verdade, passa a ver princípios e valores de maneira idêntica.

Essa caracterização dos princípios se torna particularmente importante no tratamento da problemática da colisão de princípios. Para Alexy, quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder *proporcionalmente* ao outro: para decidir qual deve prevalecer, é necessário utilizar a *lei de colisão*, que é definida nos seguintes termos: em face de dois princípios (P_1 e P_2) que colidem, é preciso dar *preferência* (**P**) a um deles em face do outro, o que se dá tendo em vista as *condições fáticas* (C_1) presentes na situação concreta, que fornece elementos a serem abstraídos logicamente pelo julgador na busca por uma resposta (R) (ALEXY, 2002, p. 157-158).

A estrutura da decisão judicial no caso de colisão entre princípios é a seguinte, no modelo de Alexy: (P_1 **P** P_2) C_1 ? R (lê-se: o princípio 1 é preferível ao princípio 2 na condição 1, que leva à resposta jurídica R). Todavia, essa *preferência* não é total: ela deve estar de acordo com o *princípio da máxima proporcionalidade*, que é estruturado em torno de três máximas parciais: (i) o princípio da máxima proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com o qual os princípios são *mandatos de otimização* em relação às possibilidades jurídicas; (ii) o princípio da adequação de meios a fins; e (iii) o princípio da necessidade, pelo qual a decisão deverá buscar o equilíbrio entre os princípios que seja menos lesivo às partes envolvidas. A primeira máxima aplica-se a circunstâncias jurídicas e as outras duas, a circunstâncias fáticas (ALEXY, 2002, p. 111-113). No esquema de Alexy, o julgador deve abstrair a sua decisão do caso concreto a ser decidido a partir da lei de colisão, ou seja, deve levar as circunstâncias fáticas apresentadas no caso concreto (C_1) para o plano lógico e, a partir dessa perspectiva, verificar qual dos princípios deve ser *preferido*.

Essa concepção acerca dos princípios, contudo, não se sustenta sequer do ponto de vista lógico. Deve-se lembrar, em primeiro lugar, de algo que os lógicos têm insistido desde Hume: princípios deontológicos não podem derivar sua validade ou sua aplicabilidade de condições fáticas, sob pena de incorrer na *falácia naturalista*. É precisamente por isso que Kelsen insiste tanto na distinção entre *ser* e *dever ser*: uma ordem jurídica não pode ser fundada em um fato do mundo (KELSEN, 2000, p. 221-222). Ao lançar condições fáticas para o plano lógico-deôntico no qual um juiz deverá decidir o caso concreto, Alexy viola essa condição lógica. Isso não significa dizer que o julgador não deve levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto que está decidindo, porém apenas que essas circunstâncias não assumem um caráter deontológico, mas apenas cognitivo. As circunstâncias fáticas apresentam o caso a ser decidido, sobre o qual o julgador deverá buscar, no ordenamento jurídico, os princípios e as regras que podem ser utilizados para justificar sua decisão sobre o caso. São essas circunstâncias que delimitam e orientam o julgador acerca das regras e dos princípios a serem empregados no processo argumentativo-justificatório da decisão. Entretanto, Alexy não diferencia circunstâncias fáticas de circunstâncias jurídico-lógicas, confundindo as duas.

Ao fazer isso, Alexy consegue, inclusive, levar as condições fáticas ao plano lógico que permite, *abstratamente*, definir um entendimento jurisprudencial em torno de princípios, com base no seguinte modelo: dadas as condições fáticas C_1, C_2, C_3 e C_4, P_1 deve ser preferido a P_2. E mais: se as mesmas condições forem apresentadas em um caso posterior, a ordem de preferência deve ser mantida no novo caso concreto (ALEXY, 2002, p. 93). Todavia, Alexy não responde se a ordem de preferência será alterada se, além de C_1, C_2, C_3 e C_4, for adicionada uma circunstância C_5. Daí que seu modelo, mesmo se fosse válido, seria irrelevante, na medida em que sempre é possível adicionar novas circunstâncias fáticas não previstas na ordenação anterior, e tão relevantes quanto as anteriores. O princípio da proporcionalidade não ajuda em nada o processo interpretativo.

Ao estipular que o princípio da proporcionalidade regule a colisão entre princípios, Alexy adota uma teoria ética monista, pois prescreve um princípio canônico de ordenação dos princípios constitucionais. Assim, é simplesmente equivocada a sua tese de que a teoria adotada é apenas uma "teoria débil" acerca dos valores. É uma tese substantiva forte e, mais ainda, repleta de pressupostos filosóficos que precisam ser esclarecidos.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o princípio da proporcionalidade é meramente formal: não tem nenhum conteúdo, mas apenas procedimentos distintos inerentes a cada uma das três máximas parciais. Ou seja, Robert Alexy não assume uma teoria monista do *summum bonum*, já que não prescreve a adoção de nenhum valor em particular. Todavia, a tese monista de que existe um princípio canônico de ordenação dos valores pode assumir uma perspectiva que depende de uma escala objetiva de valores, como o *utilitarismo*. No utilitarismo, o princípio da maior felicidade de

John Stuart Mill assume o papel de ordenador da escala objetiva de valores utilitarista, sendo responsável pela determinação de qual valor deve ter precedência em caso de conflito axiológico.

É precisamente esta a função do princípio da proporcionalidade na proposta de Robert Alexy. A primeira conseqüência da adoção de um metaprincípio para regular o conflito entre os princípios constitucionais é a adoção de uma escala objetiva de valores. E é precisamente o que acontece na teoria constitucional alemã, ao adotar o princípio da proporcionalidade: é o próprio Alexy que aponta a necessidade de uma "ordem hierárquica de valores", capaz de resolver as colisões de direitos fundamentais:

> [...] É possível dizer, em geral, que não é possível uma fixar uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão jusfundamental em todos os casos de uma maneira intersubjetivamente obrigatória. Contudo, a impossibilidade de uma ordem "dura" deste tipo não diz nada acerca da possibilidade de ordens mais "brandas" e, desde logo, nada contra o conceito de ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: (1) através de preferências *prima facie* a favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências. Uma ordem branda dos valores de direitos fundamentais relevantes é obtida quando, por exemplo, se supõe uma carga de argumentação em benefício da liberdade individual ou da igualdade ou em benefício de bens coletivos. Uma ordem branda através de uma rede de decisões concretas de preferência surgiu como conseqüência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambos estão estreitamente vinculados com o conceito de ponderação (ALEXY, 2002, p. 157).

O princípio da proporcionalidade de Alexy e a sua filosofia dos valores *implícita* são tributários da tradição constitucional alemã, que busca na unidade decorrente do compartilhamento de valores a única saída possível para lidar com os conflitos originados de uma vida social marcada pelo fato de que as pessoas sustentam diferentes concepções de mundo e, portanto, assumem diferentes valores. Nesse contexto, é necessário refletir a respeito da legitimidade da perspectiva segundo a qual os princípios constitucionais são valores.

1.3 A incapacidade da teoria axiológica dos princípios constitucionais para lidar com o fato do pluralismo

A questão da natureza dos princípios constitucionais se torna ainda mais importante no contexto contemporâneo em que não há consenso sobre os valores relevantes na nossa vida social. As sociedades democráticas contemporâneas são pluralistas e simplesmente não existem valores substantivos compartilhados por todos e capazes de guiar nossa vida tanto em uma perspectiva individual quanto coletiva.

A incapacidade de lidar com essa questão é o principal problema de uma teoria acerca dos princípios constitucionais que os caracterize como valores. Valores são preferências individuais ou intersubjetivamente compartilhadas entre os membros de uma comunidade ou cultura (SPATES, 1983, p. 27-49). Mas, se é assim, é simplesmente injustificável tratar os princípios constitucionais a partir de uma teoria axiológica, tendo em vista que isso exigiria um compromisso ético dos cidadãos com determinados valores que, contudo, podem não ser adotados por todos. Se é assim, escolher um valor ou um critério de decisão apto a hierarquizar quais são os valores mais importantes numa determinada sociedade é uma atitude arbitrária. Qualquer valor ou conjunto de valores *escolhido* pode ser incompatível com os valores de um ou mais indivíduos, excluindo-os da oportunidade de uma convivência livre e igual com os outros membros da sociedade.

O pluralismo pode ser assumido ainda de pelo menos dois pontos de vista distintos: (i) da perspectiva das diferentes concepções de bem que podem ser defendidas em uma sociedade democrática; e (ii) do modo pelo qual se compreende a estrutura lógica dos princípios, na medida em que se assume a igual validade de cada princípio, sem ordenação lexical nenhuma entre eles. Estas duas formas de pluralismo correspondem a dois níveis lógicos distintos: a primeira concepção, a que chamarei, com Rawls, de *pluralidade de doutrinas abrangentes* (RAWLS, 2000, p. 102-110), se realiza sociologicamente e, portanto, no plano lógico do *ser*; a segunda concepção, por outro lado, ocorre no plano lógico do *dever ser*, e a denominarei de *pluralismo deontológico estrutural*. O termo "estrutural" tem a função de diferenciar conceitualmente essa modalidade de pluralismo de um pluralismo deontológico simples, passível de ser defendido como teoria monista que hierarquiza diversos princípios e estabelece critérios claros de ordenação.

Uma questão surge, a partir da distinção do pluralismo nessas duas vertentes, uma empírica e uma deontológica. Elas estão interligadas? E, se sim, de que modo? A resposta a essas questões importa para verificar se uma teoria que concebe a constituição como uma ordem concreta de valores e, portanto, assume o pluralismo deontológico simples é capaz de estruturar uma sociedade estável composta por cidadãos que se vêem como livres e iguais, apesar de defenderem uma pluralidade de doutrinas inconciliáveis.

Uma sociedade pluralista leva a sério a possibilidade de que as questões políticas e jurídicas sejam objeto de discussão pública, na medida em que é composta por várias comunidades que adotam uma pluralidade de doutrinas abrangentes religiosas, filosóficas e políticas. Com isso, cada comunidade que compõe uma sociedade democrática pluralista adota critérios distintos para o próprio exercício da discussão pública e, até por uma consistência interna de seu sistema de crenças, ou (i) percebe que os princípios constitucionais devem ser hierarquizados de um modo distinto, de comunidade para comunidade; ou, (ii) se determinadas pessoas conseguem realizar

uma distinção absoluta entre a doutrina abrangente que defende e a sua própria concepção política, podem assumir uma postura na qual não adotam nenhuma hierarquia principiológica concreta, mas o pluralismo deontológico estrutural, e que esta é uma questão a ser debatida em cada caso concreto.

É por isso que a proposta de uma constituição como ordem concreta de valores, que assume o pluralismo deontológico simples, é incompatível com uma sociedade pluralista que reconhece seriamente seus membros como cidadãos livres e iguais. De imediato, se uma teoria assume uma hierarquia entre princípios a partir de algum critério, não pode levar a sério o debate público com outras teorias que admitem hierarquias deontológicas distintas ou mesmo que pensam que o debate não deve ser levado em virtude de uma hierarquia, mas em razão dos melhores argumentos postos a favor de diferentes considerações (não necessariamente hierárquicas).

O risco imediato da perspectiva axiológica está na própria interrupção do debate em torno de uma estrutura principiológica prévia, mas os riscos se potencializam ainda mais quando não se distinguem efetivamente *princípios* e *valores*.

2 A CONSTITUIÇÃO DEONTOLÓGICA: PRINCÍPIOS, NÃO VALORES

O problema do desacordo moral, *i.e.*, a situação na qual os cidadãos não concordam entre si a respeito dos valores fundamentais que devem reger a vida social, tem sido uma preocupação teórica de alguns teóricos que recuperaram a concepção estrutural do argumento contratualista clássico com a finalidade de elucidar os pressupostos teóricos inerentes à estrutura constitucional das sociedades pluralistas. Isso não significa dizer que os pressupostos metafísicos do contratualismo foram recuperados: é inviável, hoje, defender a legitimidade do direito ou a estrutura da argumentação jurídica a partir de idéias como "estado de natureza" ou "contrato social". Mas o contratualismo clássico deixou como legado a estrutura da argumentação a respeito dos pressupostos que precisamos assumir numa cultura democrática. É o que John Rawls chama de "construtivismo kantiano": a tarefa da filosofia jurídico-política não é "fundamentar" a nossa ordem política, como acreditavam os contratualistas, mas elucidar os pressupostos teóricos que já estão implícitos nas nossas práticas e instituições e que podem justificá-las como resultado de um procedimento justo, que trata as pessoas *imparcialmente* (RAWLS, 2002, p. 135).

Outros teóricos contemporâneos que assumem um construtivismo análogo ao de Rawls, embora partam de uma perspectiva epistemológica distinta, são Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Habermas, por exemplo, busca os pressupostos contrafáticos de sua teoria na filosofia da linguagem, a partir das *condições ideais de fala*, situação ideal pressuposta nas sociedades democráticas em que cada pessoa teria o direito de se manifestar a respeito de qualquer tema e de colocar qualquer pauta que desejasse. Nessa situação, todos seriam *livres* e *iguais*, na medida em que teriam

o mesmo *direito* de intervir nas discussões públicas, sendo *livres* para participar da discussão sem sofrerem restrições substantivas quanto ao conteúdo do discurso, salvo restrições procedimentais com o objetivo de assegurar a todos os outros participantes do diálogo um direito igual de participação (HABERMAS, 2003, p. 154-168). O construtivismo de Dworkin, de outro lado, está implícito em sua teoria da interpretação judicial, na medida em que concebe o direito como um romance em cadeia. Ao decidir um caso concreto, o julgador deve assumir a perspectiva de um julgador ideal (o juiz Hércules) que seria capaz de reconstruir à melhor luz toda a história constitucional e de identificar para o caso concreto os princípios constitucionais que melhor justificariam uma decisão capaz de fazer justiça à pretensão de todas as partes. Isso não significa dizer que Dworkin defenda uma ditadura da história institucional sobre os juízes, mas que essa história restringe suas possibilidades de decisão, embora, a qualquer momento, possa ser reconstruída pelo intérprete com o objetivo de decidir o caso da forma mais justa possível (DWORKIN, 1999, p. 213-132; 425-476).

Assim, embora os três autores partam de perspectivas teóricas bastante distintas, todos admitem o caráter contrafático e universal da legitimidade do poder jurídico. E é justamente por isso que conseguem justificar uma teoria acerca dos princípios constitucionais que não os reduz a valores. Para Rawls, Habermas e Dworkin, os princípios constitucionais são distintos logicamente dos valores em virtude da "prioridade do justo sobre o bem" (RAWLS, 2000, p. 221-261; HABERMAS, 2004, p. 310-318; DWORKIN, 2002, p. 371-408). Com isso, os três rompem com a perspectiva de que os princípios constitucionais incorporam valores morais compartilhados culturalmente. Assumir isso seria justamente voltar a uma perspectiva pré-moderna, em que se reconhece o caráter inevitavelmente autoritário e excludente do direito, que se torna incapaz de lidar com uma sociedade complexa e plural, cujos cidadãos simplesmente não entram em acordo a respeito dos valores que devem guiar sua vida comum.

A prioridade do justo sobre o bem se sustenta sobre dois patamares lógicos diferentes: um, relativo aos princípios de justiça que devem ser aceitáveis por todos para regular a vida social; e outro, relativos aos valores (ou, em termos rawlsianos, às concepções de bem) defendidos pelos indivíduos e pelas comunidades que fazem parte de qualquer sociedade pluralista. Ao fazer essa distinção lógica, torna-se necessário lidar com três tipos de problemas: em primeiro lugar, essa distinção assume uma teoria sobre os valores que, portanto, precisa ser esclarecida. O segundo problema é o estabelecimento de uma origem imparcial e independente (*free-standing*) de qualquer contexto moral específico, a partir da qual se torna possível postular uma avaliação justa das várias pretensões de validade moral oriunda dos discursos éticos que dialogam no interior de uma sociedade democrática. Em terceiro lugar, é preciso assumir uma íntima ligação do direito com a moral que garanta a estabilidade do direito numa

determinada sociedade, sem estabelecer uma relação de dependência do direito no tocante a valores morais específicos.

Ao distinguir questões relativas à justiça das questões relacionadas aos valores, a teoria liberal igualitarista assume uma determinada concepção acerca dos valores: o pluralismo. Essa teoria assume que os valores têm algumas características lógicas que tornam impossível aceitar uma teoria monista. Como visto, a primeira versão do monismo axiológico aceita que um valor ou um conjunto de valores é mais importante que os outros e, portanto, em caso de conflito, deve prevalecer sobre os outros valores. A segunda versão aceita a existência de uma medida comum que permite avaliar o conjunto de valores que é mais valioso e que, portanto, pode ser utilizada para criar uma tabela concreta dos valores. E a terceira versão aceita que é possível desenvolver um princípio meta-axiológico capaz de ordenar de forma adequada os valores, de modo a alcançar o arranjo mais proveitoso possível.

A perspectiva pluralista rejeita essas três versões do monismo. Em primeiro lugar, aceita que todos os valores estão em pé de igualdade e que, portanto, não existe um valor superior que seja superior a todos os outros. Além disso, também não existe uma medida comum capaz de traduzir em seus termos todos os valores, pois estes são qualitativamente diferentes e, portanto, não compartilham nada que seja redutível a uma medida comum. O que deve valer mais? O amor ou a sabedoria? A paz ou a verdade? O pluralismo nega que exista uma prioridade dos vários valores *in abstracto*. Em terceiro lugar, de acordo com o pluralismo, não existe critério superior como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da utilidade capaz de hierarquizar os diferentes valores de modo a lidar com o conflito axiológico. Não existe um critério superior justamente porque qualquer critério só seria justificável axiologicamente: um utilitarista poderia dizer que "prefere" o princípio da utilidade como critério de resolução dos conflitos axiológicos, ao passo que Alexy poderia dizer que "prefere" o princípio da proporcionalidade, mas escolher entre um critério ou outro necessitaria da própria aceitação apriorística daquele princípio, ou seja, dependeria, em última instância, dos valores que o agente moral já aceita. Assumir essa postura, principalmente no contexto de tomada de uma decisão judicial, na qual o juiz precisa decidir qual das pretensões morais é justificada à luz dos princípios jurídicos, implica escolher arbitrariamente entre os princípios em conflito a partir das preferências pessoais do juiz. Mas isso é simplesmente autorizar a *exclusão* de qualquer possibilidade de manifestação de valores diferentes daqueles aceitos pelo sistema jurídico e, portanto, implica assumir uma postura autoritária perante o direito.

Isso nos leva ao segundo problema que precisa ser esclarecido: a teoria pluralista precisa do estabelecimento de uma origem imparcial e independente (*free-standing*) de qualquer contexto moral específico, a partir da qual se torna possível postular uma avaliação justa das várias pretensões de validade moral oriunda dos discursos éticos que dialogam no interior de uma sociedade democrática. Isso só é

possível quando se distinguem os domínios de discussão acerca dos *princípios constitucionais* e acerca das questões de *valor*. A proposta de John Rawls, endossada explicitamente por Jürgen Habermas (2003), parte da idéia de que os conflitos morais devem ser resolvidos a partir de princípios constitucionais aceitáveis por todos os cidadãos.

A aceitação destes princípios decorre do surgimento de um consenso em torno de razões legítimas às quais os cidadãos podem recorrer para decidir determinados conflitos de valor e que, portanto, constituem-se em normas cujo cumprimento é obrigatório em virtude de serem aceitas por todos. Além disso, a dimensão deontológica dos princípios não aceita a categoria da solução gradual, como a categoria dos valores admite. Valores podem ser realizados parcialmente a partir de um balanceamento: princípios, não. Os princípios, caso pretendam ter validade universal, devem estar inseridos num sistema coerente, que admite apenas uma codificação binária: ou o princípio é válido, ou inválido. Princípios não podem colidir, mas apenas ser afastados, *no caso específico de aplicação*, diante de considerações e razões deduzidas a partir de outros princípios (HABERMAS, 1997, p. 317-318). É apenas no caso concreto que um princípio prevalece perante o outro, dadas as razões que são apresentadas em defesa de cada um dos princípios para aquele caso específico. É simplesmente impossível estabelecer uma hierarquia concreta de valores a partir da jurisprudência da corte constitucional, como pretende Alexy, justamente porque o estabelecimento dessa hierarquia pressuporia a imposição de uma certa ordem de valores em detrimento dos valores que são efetivamente defendidos pelos cidadãos, e isso seria opressor contra aqueles que defendem valores diferentes. É justamente por isso que princípios e valores devem ser mantidos como categorias lógicas distintas, com a prevalência dos princípios, na medida em que são razões aceitáveis por todos, ao contrário dos valores, que só são aceitos por alguns. É por isso que os princípios devem ser entendidos como uma proteção contra os valores da maioria: os direitos são trunfos a serem utilizados na defesa dos cidadãos contra argumentos fundados em valores coletivos (DWORKIN, 2002, p. XV).

Essa consideração leva ao terceiro problema. É quase um truísmo dizer que todo direito se manifesta numa sociedade concreta e que, em certa medida, reflete os valores morais compartilhados intersubjetivamente. Nesse contexto, é importante diferenciar as questões éticas das questões morais: questões éticas são resolvidas a partir dos valores compartilhados pelo indivíduo com sua comunidade, ao assumir uma determinada forma de vida que constitui "o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente" (HABERMAS, 1997, p. 143). As questões relativas aos valores se subordinam ao domínio da ética, que estabelece uma perspectiva acerca daqueles valores cuja realização é necessária para ter uma vida boa. O sistema de referência das questões morais, de outro lado, não é o conjunto de valores compartilhados por

uma mera comunidade, mas a busca de um sistema de regulação universalizável, que pode ser aceito, em princípio, por todos.

É importante não confundir essas duas ordens de questões. Quando se diz que o direito manifesta os valores de uma sociedade concreta, precisamos deixar de lado a idéia de que a ética é o fundamento último do direito. Se fosse assim, o pluralismo corrente nas sociedades contemporâneas seria percebido como um mal, e não como uma característica inerente e positiva das democracias constitucionais. A idéia de que o direito deve sua legitimidade a valores éticos precisa ser abandonada, na medida em que depende de uma fundamentação metafísica abandonada historicamente, fundada na subordinação do direito positivo perante o direito natural.

Essa relação de dependência precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não existe uma ligação íntima entre direito e moral. De acordo com Habermas, essa relação é de complementaridade (HABERMAS, 1997, p. 142). O direito não se subordina à moral, tampouco a moral é subordinada ao direito. Uma ordem jurídica não pode contrariar princípios morais, mas aceitar esta tese não implica aceitar uma hierarquia entre a ordem jurídica e a ordem moral. O direito, ao contrário da moral, é obrigatório institucionalmente, ao passo em que a moral é apenas um sistema simbólico que, contudo, exerce uma importante função reguladora da legitimidade dos discursos jurídicos, ao promover uma perspectiva universal a partir da qual se torna possível avaliar se o direito positivo está conferindo um *igual tratamento* às diferentes perspectivas éticas, ou se está sendo utilizado de modo a promover determinados valores em detrimento de outros. Apesar de regular a legitimidade do direito, a moral não assume uma hierarquia superior diante do direito. O direito também exerce influências sobre a moral, tornando as suas exigências institucionalizáveis juridicamente.

Além disso, a relação de complementaridade entre direito e moral garante a própria estabilidade do direito. Se os princípios constitucionais institucionalizados por meio do direito não se refletissem nas crenças morais e éticas dos cidadãos, o sistema jurídico seria absolutamente instável na medida em que não conseguiria obter o consenso social necessário para assegurar sua legitimidade. Para que isso aconteça, é preciso que todos os cidadãos incorporem os princípios constitucionais como valores morais componentes de sua doutrina ética particular, no que Habermas denominou de "patriotismo constitucional" e Rawls, de "consenso sobreposto". Assim, do ponto de vista de cada doutrina ética, os princípios constitucionais seriam incorporados como valores imanentes à doutrina, ao passo que, de uma perspectiva institucional, tais princípios mantêm sua independência estrutural perante qualquer sistema de valores. É por isso que confundir princípios e valores é um risco sempre presente e extremamente sério, pois implica privilegiar uma determinada perspectiva ética em detrimento de todas as outras. É justamente o erro que não se pode cometer no contexto contemporâneo de sociedades extremamente plurais em que

há grupos radicais que pretendem impor seus valores éticos a qualquer custo, independentemente de qualquer consideração a respeito dos direitos humanos.

A distinção entre valores e princípios está implícita no tratamento dado por Rawls à ordenação lexical dos seus famosos dois princípios de justiça, em que se confere prioridade aos direitos e liberdades fundamentais em relação a considerações de eficiência socioeconômica, mas não prescreve prioridade interna nenhuma entre os direitos e liberdades garantidos em uma constituição (RAWLS, 2003, p. 65). O filósofo de Harvard reconhece a impossibilidade de aplicação de juízos de eficiência conseqüencialista no processo de interpretação dos direitos e garantias fundamentais, princípios básicos do ordenamento constitucional. Rawls reconhece, portanto, o *pluralismo deontológico estrutural*, e não permite a adoção de critérios de hierarquização principiológica.

De outro lado, o liberalismo político de Rawls assume duas distinções que denotam o seu compromisso com uma concepção deontológica de princípios, que logicamente se estruturam de modo diverso dos valores. A primeira é a distinção entre conceito e concepção, também adotada por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 210-214; RAWLS, 2002, p. 5-6), que pode ser reconstruída nesses termos:

> Quando recorro ao *conceito* de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça (*I appeal to what fairness mean*), e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma *concepção* de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça (*I lay down what I mean by fairness*), e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la (DWORKIN, 2002, p. 213).

A segunda distinção é a separação entre concepções políticas e doutrinas abrangentes, que Rawls formula nos seguintes termos: uma doutrina abrangente é qualquer teoria acerca de posições filosóficas, morais e religiosas que não possa ser necessariamente endossada por uma sociedade cujos membros se vêem como livres e iguais. De outro lado, uma concepção política se refere ao modo pelo qual devemos organizar uma sociedade cujos membros são livres e iguais. De pronto, uma concepção política não pode recorrer apenas aos valores defendidos por uma doutrina abrangente, visto que excluiria os defensores de outras doutrinas abrangentes e os trataria como desiguais. Todavia, as doutrinas abrangentes *razoáveis* reconhecem a plausibilidade das concepções políticas no seio de sua própria doutrina abrangente, por razões próprias, embora reconheça que as concepções políticas podem ser defendidas recorrendo apenas ao ideal de razão pública, que prescreve o recurso apenas aos princípios políticos que poderiam ser aceito por todos.

Essas duas distinções estão associadas à diferenciação entre valor e princípio, e é deixada de lado por Alexy. Um princípio é um conceito, ou seja, do ponto de vista

estrutural, é abstrato: sua realização se dá no processo de fundamentação de uma decisão razoável. Um valor, por sua vez, reflete uma concepção a respeito de várias classes de coisas, entre elas, os princípios.[3] Ocorre que uma concepção que compreenda a constituição como uma ordem concreta de valores se compromete necessariamente com a interpretação de princípios a partir dos valores aceitos por uma determinada doutrina abrangente (GALSTON, 2002, p. 65-81).

Isso traz riscos inaceitáveis para uma democracia constitucional que pretenda lidar com o pluralismo. A doutrina abrangente da teoria de Alexy, por exemplo, torna obrigatório à comunidade jurídica a aceitação de uma ordenação de princípios baseada na máxima de proporcionalidade, o que exclui de imediato a possibilidade do dissenso acerca da natureza da interpretação principiológica.

Enquanto aceita como concepção abrangente, a tese de Alexy pode ser entendida apenas como mais uma das concepções políticas envolvidas no debate público acerca do modo pelo qual a constituição deve ser interpretada. Todavia, se esta concepção for aceita como concepção defendida pelo tribunal constitucional, que deve justificar suas posições a partir apenas do ideal da razão pública, se torna um risco para o pluralismo, na medida em que qualquer outra concepção política também pautada pelo ideal de razão pública é excluída aprioristicamente do debate (RAWLS, 2000, p. 262-298). Nesse sentido, a concepção de Alexy não se apresenta como razoável, dado que uma instância jurídica que adote a idéia de princípios constitucionais como mandatos de otimização apresenta como conceito aquilo que, na verdade, é uma concepção acerca do modo pelo qual devemos interpretar a constituição. O risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade do diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável.

Uma constituição que pretenda lidar com o pluralismo de concepções morais que caracteriza as sociedades democráticas deve apresentar alguns traços básicos: (i) deve limitar em grau mínimo as possibilidades de desenvolvimento de concepções do bem, por meio da delegação de direitos e garantias básicas; (ii) deve apresentar uma estrutura pública que parta de concepções políticas acerca dos princípios fundamentais da sociedade, e não (apenas) de concepções valorativas derivadas de doutrinas abrangentes; (iii) deve delinear instituições articuladas em cargos e posições acessíveis a todos e capazes de articular, por meio de concepções políticas, respostas justificadas para as demandas postas ao poder público; e (iv) deve assegurar condições mínimas do exercício das liberdades e dos direitos garantidos em (i).

A teoria axiológica dos princípios não fornece, pelos motivos já expostos, uma concepção adequada da justificação pública, isto é, uma concepção a respeito do modo pelo qual as instituições são legitimadas e as discussões devem ser travadas nos fóruns

públicos. Uma concepção de justificação pública não pode recorrer a valores morais aceitos apenas por alguns dos cidadãos, mas a princípios que todos os cidadãos poderiam razoavelmente endossar (GAUS, 1996).

Que elementos esta teoria da constituição precisa assumir? Em primeiro lugar, para evitar os riscos metafísicos das teorias jusnaturalistas, é necessário reconhecer uma conseqüência teórica da co-originalidade das autonomias pública e privada: a co-originalidade entre homem e sociedade. Ao contrário dos republicanos e dos comunitaristas, que postulam a preexistência (e superioridade) da sociedade ao homem, e ao contrário dos liberalismos clássicos, que afirmavam a preexistência do homem em relação à sociedade, é necessário reconhecer, com o liberalismo político contemporâneo e a teoria crítico-deliberativa de Habermas, que as duas instâncias são interdependentes. Sendo assim, não é mais possível recorrer a direitos jusnaturalistas, transcendentais à política, como dados empíricos de onde nossas considerações devem partir. Mas também não podemos delegar tudo à política, sob pena de corrermos o risco de sucumbir ao autoritarismo coletivista.

Assim, como segundo elemento dessa teoria dos princípios, é necessário recorrer à história institucional de uma sociedade concreta e verificar os princípios que se consagraram institucionalmente, uma vez que, ao longo da história, foram considerados vitoriosamente justificados ou, pelo menos, não conseguiram ser derrotados por outros argumentos melhores (GAUS, 1996). Os princípios constitucionais devem ser interpretados coerentemente tanto com a prática institucional quanto com as idealizações contrafactuais acerca dos princípios que poderiam ser aceitos para regular uma sociedade cujos cidadãos são livres e iguais.[4]

Como articular, então, a relação entre o passado institucional e nossas idealizações contrafactuais? Uma resposta a essa questão compatível com o ideal de justificação pública supramencionado parte da idéia de coerência e se encontra, de modo geral, nas perspectivas teóricas de Dworkin (integridade), Günther (coerência) e Rawls (equilíbrio reflexivo). Já em 1971, na primeira formulação da teoria da justiça como eqüidade (*fairness*), Rawls afirmou a necessidade de coerência entre nossas intuições morais, carregadas de informações relevantes sobre nosso passado institucional, e os princípios abstratos. O método rawlsiano do equilíbrio reflexivo procede em três estágios, no processo de formulação de juízos morais: em primeiro lugar, é necessário identificar um conjunto de juízos refletidos acerca da justiça no caso concreto, em condições de informação suficiente para produzir julgamentos relevantes e adequados. Em segundo lugar, procede-se à busca de princípios que poderiam fundamentar os juízos escolhidos no primeiro estágio. No terceiro estágio, é necessário avaliar se os princípios e os juízos são reciprocamente compatíveis e, se não o forem, é imperativa a decisão de reformular os princípios ou os juízos refletidos, de modo a compatibilizá-los mutuamente (SCANLON, 2002, p. 140-141). Nas palavras de Günther:

> Com freqüência emitimos um juízo intuitivo com referência a uma situação concreta. O conjunto imprevisível de situações possíveis e suas características diferentes correspondentes modificam contunuamente a significação dos princípios sobre os quais apoiamos nossas reflexões morais intuitivas. Por essa razão entendemos que o juízo moral particular que consideramos correto em uma situação não resulta compatível à primeira vista com princípios que, em outras circunstâncias, aceitaríamos como válidos. Sem dúvida isto é aplicável a todos os casos nos quais a confrotação com um novo caso força a revisão recíproca de juízos e princípios, isto é, em um caso no qual emitimos um novo juízo. Mas se a novidade do caso produzida pela mutável constelação de situações põe o *equilíbrio reflexivo* novamente em movimento, é possível especificar o princípio de coerência no próprio caso. (GÜNTHER, 1995, p. 277).

Klaus Günther reconhece o potencial justificatório de uma teoria da interpretação que busca ver o conjunto de princípios disponíveis de forma coerente e confere a Rawls a originalidade desta idéia, comparando-a com a noção de integridade proposta por Dworkin.

No fulcro das instituições capazes de articular-se com o ideal de pluralismo, é necessário firmar uma distinção, já clássica no pensamento liberal, e inerente ao próprio entendimento da co-originalidade entre autonomias pública e privada, entre razão pública e razão não-pública. No fundo, esta também é uma decorrência da distinção entre valores, associados à razão não-pública (que é a razão particular das concepções defendidas em doutrinas abrangentes), e princípios, associados à razão pública. Dessa distinção, alguns grupos de questões se associam a cada classe de razão: as relativas a concepções de bem, doutrinas filosóficas e morais, que são inconclusivas e não podem ser impostas coercitivamente, em nome do pluralismo, devem ser propostas no âmbito da razão não-pública.

A tradição liberal contemporânea ligada a Rawls e a Dworkin entende que apenas as questões relativas às concepções políticas que partam dos princípios publicamente justificados podem ser propostas no âmbito da razão pública. Essas questões diriam respeito à *justiça* (igual consideração de todos) e ao *respeito aos procedimentos* (*fairness*), articuladas por meio do equilíbrio reflexivo, no caso de Rawls, e da integridade (*integrity*), no caso de Dworkin (RAWLS, 2000, p. 277-281; DWORKIN, 2002). Além disso, a justiça é institucionalizada por meio dos *direitos* e das *políticas*, com a supremacia dos primeiros sobre as segundas, no sentido de que uma política não pode violar direitos, entendidos como trunfos individuais. Nas palavras de Ronald Beiner:

> Ronald Dworkin deixou clara a natureza desse preço com sua famosa imagem dos "direitos como trunfos". Assim como no domínio dos direitos

> individuais, alguém tem um direito à liberdade de expressão se as pretensões à expressão livre superam qualquer outro bem social que esteja em conflito com o exercício desse direito, também no domínio dos direitos coletivos, um grupo tem um "direito" à autodeterminação nacional se a pretensão à autodeterminação supera outros bens sociais que possam estar em conflito com o exercício desse direito (BEINER, 2003, 152).

Com isso, uma teoria constitucional baseada na apresentação de razões fundadas em princípios não-hierarquizados, a serem interpretados com base na coerência entre suas intuições morais e as normas principiológicas em um processo de equilíbrio reflexivo, e não em valores ponderados, é compatível com a idéia de direitos individuais. Uma constituição compreendida como ordem concreta e hierarquizada de valores é incompatível com o pluralismo deontológico estrutural. Além disso, ante o compromisso com a máxima da proporcionalidade, a teoria de Alexy não pode ser seriamente compatibilizada com a própria idéia de direitos individuais, visto que, em face de sua relação com a teoria utilitarista de regras, não pode distinguir entre direitos, princípios e políticas, uma vez que opera por meio da lógica da *eficiência*. Assim, essa teoria não é capaz de impedir a violação de direitos por meio de políticas, pois seu critério ordenador, a máxima de proporcionalidade, não reconhece a prioridade lexical que confere supremacia dos direitos em relação às políticas públicas, nem a prioridade dos princípios sobre os valores.

: ARTIGO APROVADO (12/9/2008) : *RECEBIDO EM 04/07/2008*

NOTAS

1 Mestre em Direito, Estado e Constituição e Especialista em Filosofia (ambos pela Universidade de Brasília) e membro do Grupo de Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem e do Grupo de Pesquisa Pensamento Social (plataforma Lattes/CNPq).

2 É imprescindível ressaltar que o liberalismo contemporâneo se divide fundamentalmente entre o liberalismo político e o econômico. Essa distinção é importante porque permite diferenciar estruturalmente o liberalismo clássico, em que as duas vertentes se confundiam, e os neoliberalismos, desenvolvidos a partir da década de 1950. A corrente neoliberal se estrutura a partir dessas duas vertentes, o liberalismo político, que valoriza as instituições democráticas e a teoria dos direitos liberais, e o liberalismo econômico, que privilegia uma economicização do mundo político. Essa última vertente, baseada primordialmente nos trabalhos de Friedmann e Hayek, é o marco teórico do chamado movimento de globalização neoliberal e do consenso de Washington. Essa separação é visível no mundo político atual: o liberalismo político de Rawls, por exemplo, tem sido adotado pela esquerda, com a criação de instrumentos políticos

com a finalidade de diminuir diferenças socioeconômicas (o princípio da diferença, de Rawls), e um capitalismo desenfreado, embora defendido pelos neoliberais econômicos, é rejeitado tanto pelo liberalismo político quanto pela esquerda. Esse traço é visível na defesa de ações afirmativas por Ronald Dworkin, cuja teoria da justiça é bastante próxima da defendida no programa de justiça como equidade de John Rawls. A respeito das diversas concepções do liberalismo contemporâneo, cf. GAUS, 2003.

3 O próprio Alexy reconhece esse caráter dos valores: "Muchas cosas diferentes pueden ser objeto de valoración. Pueden valorarse, por ejemplo, objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones" (ALEXY, 2002, p. 143).

4 A respeito da importância das idealizações contrafactuais, veja-se a seguinte passagem: "Para a construção e reconstrução lidarem com as antinomias entre fato e norma e entre o real e o ideal há uma longa e venerável linhagem que inclui as teorias reconstrutivas de Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls e Habermas, dentre outros. A teoria reconstrutiva foi criativamente aplicada na interpretação jurídico-constitucional por Ronald Dworkin. No entanto, uma vez que os ideais imagináveis são de uma variedade infinita, a chave para se avaliar adequadamente o mérito de uma determinada teoria reconstrutiva reside em se determinar a lógica e o grau de persuasão com que essa teoria compara o real e o ideal, ou o factual e a imaginação contrafactual. [...] Precisamente porque o ideal é concebido como uma suplementação do real, a teoria reconstrutiva volta-se para a fundamentação de uma justificativa normativa para o *status quo*. Por outro lado, quando o ideal é considerado em contradição com o real, a teoria reconstrutiva é capaz de fornecer uma crítica das instituições vigentes" (ROSENFELD, 2003, p. 43-44). A idealidade é uma característica ínsita a vários filósofos contemporâneos: Dworkin (a metáfora do juiz Hércules); Rawls (o construtivismo kantiano); e Habermas (as condições ideais do discurso).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. (Colección El derecho y la justicia.)

BEINER, Ronald. *Liberalism, Nationalism, Citizenship*. Vancouver: UBC Press, 2003.

BELLAMY, Richard. *Liberalism and pluralism: towards a politics of compromise*. London: Routledge, 1999.

BRUGGER, Winfried. Communitarianism as the social and legal theory behind the German constitution. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 3, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. Beyond liberalism and its critics: an essay in constitutional theory. *Dalhouse Law Journal*, v. 14, n. 3, May 1992.

DANCY, Jonathan. An ethic of prima facie duties. In: SINGER, Peter (Org.). *A companion to ethics*. Oxford: Blackwell, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

———. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALSTON, William *A. liberal pluralism: the implications of value pluralism for political theory & practice*. Port Chester: Cambridge University Press, 2002.

GAUS, Gerald. *Justificatory liberalism* – an essay on epistemology and political theory. New York: Oxford University Press, 1996.

———. *Contemporary theories of liberalism*. London: Sage Publications, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, p. 17-18, 1995.

GUTMANN, Amy. Rawls on the relationship between liberalism and democracy. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

———. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? Tradução de William Rehg. *Political theory*, v. 29, n. 6, dez. 2001.

———. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Paulo Astor Soethe. *A inclusão do outro*. Loyola: São Paulo, 2002.

———. Intolerance and discrimination. *International journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003.

———. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethhe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
HARSANYI, John C. Morality and the theory of rational behaviour. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Org.). *Utilitarianism and beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
KEKES, John. *Morality of pluralism*. Ewing: Princeton University Press, 1993.
KELSEN, Hans. A essência e o valor da democracia. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
———. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
RAWLS, John. *The idea of an overlapping consensus. Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 1987.
———. Political liberalism: reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, v. 92, issue 3, mar. 1995.
———. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.
———. As liberdades básicas e a sua prioridade. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene Paternot. Martins Fontes: São Paulo, 2002a.
———. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
———. *Justiça como equidade – uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, mar. 2001a.
———. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. Cardozo Law School, *Public Law Research Paper* n. 36, mar. 2001b.
———. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
SCANLON, T. M. Rawls on justification. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *Cambridge Companion to Rawls*. West Nyack: Cambridge University Press, 2002.
SPATES, James. The sociology of values. *Annual Review of Sociology*, v. 9, 1983.

Fábio Portela Lopes de Almeida

SHCGN 703, Bloco H, Casa 30
Asa Norte – Brasília-DF
fabio.portela@gmail.com

Mestre em Direito, Estado e Constituição
Especialista em Filosofia
(ambos pela Universidade de Brasília)
Membro do Grupo de Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem e do Grupo de Pesquisa Pensamento Social (plataforma Lattes/CNPq)

LEGITIMIDADE E GOVERNABILIDADE NA REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO

Ademir Antonio Pereira Júnior [1]

LEGITIMACY AND GOVERNABILITY IN FINANCIAL REGULATION

RESUMO

A relação entre direito e economia pode resultar numa oposição entre governabilidade e legitimidade legal-racional, uma vez que se baseiam em diferentes racionalidades. A revisão judicial da regulação do sistema financeiro evidencia esse conflito, observado neste trabalho sob a perspectiva da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF). O objetivo deste trabalho resume-se então em identificar o conflito entre governabilidade e a exigência de legitimidade legal das decisões analisadas pela Corte no que concerne à regulação financeira. O estudo de casos evidencia que o STF tem rejeitado argumentos econômicos, entretanto, tem preservado a lógica da governabilidade com decisões contraditórias e incoerentes pautadas em argumentos formais. Dessa forma, possível identificar o papel institucional conferido pelo STF à Constituição Federal de 1988, considerando o contexto das crises econômicas vividas pelo Brasil a partir da metade da década de 1980 e sua nova conformação a partir da Emenda Constitucional n. 40.

PALAVRAS-CHAVE

regulação financeira; jurisprudência constitucional; crise financeira; governabilidade; legitimidade

ABSTRACT

The relation between Law and Economics might result in an opposition between governability and legal-rational legitimacy, since they are based in different rationalities. Judicial review of financial regulation shows that coflict, which is here analysed from the viewpoint of the constitutional jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF). In brief, the purpose of this article is to identify the oppostion between governability and the need for legal-legitimacy in the cases analysed by the Court concerning financial regulation. The case studies show that the judicial review by STF has rejected economic aspects of the case, however it has preserved governability rationality with incoherent and contradictory decisions based on formal arguments. Thereby, it is possible to identify the institutional role granted by STF to the brazilian Constitution dated from 1988, considering the context of economic crisis experimented by Brazil in the 80´s and the 40th amedment.

KEYWORDS

financial regulation; constitutional jurisprudence; financial crisis; governability; legitimacy

1 Direito, economia e ordem democrática

Uma caricatura dos requisitos e objetivos do pensamento jurídico e do pensamento econômico leva a um posicionamento antagônico dessas duas racionalidades. De um lado, o pensamento jurídico condiciona a ação humana a partir da imposição de premissas e

princípios, que, uma vez estabelecidos, devem ser obedecidos como condição à calculabilidade e previsibilidade necessárias à perpetuação de uma estrutura racional de poder contida no seio da sociedade. Opondo-se então ao raciocínio baseado em premissas e princípios, encontra-se o raciocínio econômico, que exige da ação a busca por resultados, ou seja, propõe como limite e objetivo à atuação humana a procura por eficiência, consubstanciada em resultados que se alcançariam independentemente das condições e premissas estabelecidas, cambiáveis de acordo com a conjuntura, prevalecendo, assim, a preocupação com os fins em detrimento dos meios empregados.

A despeito do exagero intrínseco a uma caricatura, essa oposição pode ser verificada em larga medida na relação entre essas diferentes estruturas de decisão, principalmente quando as circunstâncias conjunturais subvertem as condições de decisão e exigem uma atuação célere e efetiva mesmo sob pena de desrespeito às premissas formais estabelecidas pelo direito, resultando na polarização entre eficiência econômica e certeza jurídica.[2]

O Poder Judiciário apresenta como uma de suas mais importantes funções institucionais garantir a calculabilidade e previsibilidade do direito, mediante a preservação das premissas e princípios jurídicos, constituindo assim o *lócus*, por essência, de preservação da legalidade e prevalência do raciocínio jurídico. Ao contrário, o sistema financeiro de um país, que tem em seu núcleo as questões da moeda e do crédito, consiste num ilustrativo exemplo de setor composto e pressionado por decisões eminentemente econômicas, que por seu grau muitas vezes elevado de complexidade e especificidade técnica, terminam por se postar atrás de uma blindagem técnica, capaz de submeter aqueles pouco versados na ciência econômica a um elevado grau de ignorância e distanciamento de seu conteúdo e significado. Dessa forma, possível afirmar que, enquanto o Poder Judiciário constitui o *lócus* por essência do raciocínio jurídico, o sistema financeiro é o *lócus* por excelência do raciocínio econômico. O encontro de ambos em uma disputa judicial envolvendo matéria pertinente ao sistema financeiro evidencia essa oposição, que passa, neste momento, a ser o objeto de discussão deste trabalho, que propõe analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na apreciação das políticas estatais no âmbito da regulação do Sistema Financeiro Nacional.

A justificativa dessa proposta temática encontra-se em duas razões distintas, que, no entanto, se comunicam. A primeira delas consiste na relevância das atividades desenvolvidas pelo sistema financeiro, que determina o fluxo monetário e a disponibilidade de crédito na sociedade, influenciando seu poder de compra e capacidade de investimento, o que tem conseqüências imediatas sobre o desenvolvimento econômico do País. Esse papel apresentava ainda maior relevo quando da abertura democrática no Brasil, em meados da década de 1980, época em que o País se encontrava inserido em contexto de hiperinflação, acompanhado pela desestabilização do padrão monetário e das finanças públicas, que se tornavam

incapazes de financiar, como há muito se fazia no Brasil, as atividades produtivas, desorganizando assim o sistema produtivo. Em outras palavras, o Brasil, ao mesmo tempo em que se libertava do regime autoritário imposto pelos militares, vivia uma crise econômica gravíssima com potencial para avançar no sentido de uma crise social, cujo núcleo se encontrava no coração do sistema financeiro: a moeda e o crédito.

Em função da relevância desse setor para o desenvolvimento econômico do País, o diálogo entre racionalidade econômica e jurídica consubstanciado na apreciação de medidas pertinentes ao sistema financeiro pela corte constitucional brasileira é capaz de evidenciar o desenvolvimento institucional da Constituição Federal de 1988, originada em um contexto de crise econômica, que colocava sua efetividade à prova. A nova lei máxima do País deveria ser capaz de institucionalizar a transição democrática brasileira, restabelecendo o império da lei, e ao mesmo tempo conviver com a lógica econômica da eficiência e dos resultados, despreocupada com a qualificação dos procedimentos e meios utilizados nas ações estatais voltadas à estabilização da moeda e da balança de pagamentos do país, o que dependia em larga medida da regulação econômica das atividades desempenhadas pelo Sistema Financeiro Nacional.

Portanto, o segundo motivo que justifica a escolha do tema deste trabalho diz respeito à tensão existente entre a necessidade de limitar e superar a crise econômica sofrida pelo País tendo em vista os anseios de desenvolvimento econômico, que resultou em uma atuação concentrada pelo Poder Executivo, mediante medidas céleres, eficazes e muitas vezes drásticas, que obedeciam a uma lógica de governabilidade, em face da exigência de que essas medidas fossem legítimas a partir da perspectiva jurídica, ou seja, que respeitassem as regras estabelecidas pelo direito. Essa tensão entre governabilidade e legitimação legal-racional das medidas adotadas pelo Estado brasileiro no âmbito do Sistema Financeiro Nacional impunham à nova Constituição Federal uma difícil definição: que papel ela, como marco do novo ordenamento jurídico do País, representaria.

Apresentavam-se como caminhos distintos o papel de um mero instrumento de poder à mercê das decisões econômicas, relativizada segundo os interesses e conveniências exploradas na amplitude do processo interpretativo, ou a função de limite e direcionamento da ação pública.[3] Em síntese, o tema proposto permite compreender o papel institucional conferido pelo STF à Constituição Federal de 1988 e, mais amplamente, ao raciocínio jurídico, em face das demandas econômicas e sua lógica pautada por resultados.

O trabalho encontra-se então dividido nesta breve introdução, que será seguida por um capítulo que propõe evidenciar a pesquisa jurisprudencial realizada e os recortes propostos ao tema. Na seqüência, os capítulos 3 e 4 discutem as decisões do STF analisadas durante minha pesquisa, o primeiro deles apresentando decisões

tomadas pelo STF em tempos de crise no Sistema Financeiro Nacional e na economia do País como um todo, e o segundo tratando da reformulação da disciplina constitucional do Sistema Financeiro Nacional. Por fim, a conclusão do artigo representa o capítulo 5.

2 Materiais e métodos utilizados na pesquisa

O trabalho aqui apresentado encontra sua origem em monografia realizada no âmbito da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, que pretendia definir o papel assumido pelo STF na regulação do Sistema Financeiro Nacional, partindo-se da hipótese de que existe certa deferência do STF às decisões do Poder Executivo, o que se verificaria pela constante confirmação pelo Tribunal das decisões do Poder Executivo.[4]

A pesquisa realizada para a redação dessa monografia evidenciou uma série de interessantes questões presentes na análise pelo STF de matérias relativas ao Sistema Financeiro Nacional, principalmente quanto à relação conflitiva entre o raciocínio jurídico e o econômico. Portanto, este artigo constitui um desdobramento da pesquisa jurisprudencial realizada naquela ocasião. A despeito da diferença de propósitos entre ambos os trabalhos, o universo de decisões pesquisadas mantém-se, uma vez que este trabalho também considera todas as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo STF que consideravam dispositivo normativo proferido pelo Estado brasileiro para regulamentar o Sistema Financeiro Nacional. Essa escolha encontra justificativa em minha intenção de evidenciar a tensão entre racionalidades existente entre a lógica econômica e jurídica, entre governabilidade e legitimidade legal-racional. A análise unicamente de ações diretas de inconstitucionalidade permite um exame mais preciso e objetivo, em que, além de não existirem peculiaridades do caso concreto a serem consideradas, a apreciação do tribunal objetiva verificar o dispositivo normativo questionado. O recorte temporal definido restringe a análise a casos cujo controle de constitucionalidade ocorre em face da Constituição Federal de 1988, uma vez que a proposta deste trabalho é observar o desenvolvimento institucional dessa Constituição.

A partir da definição desses recortes, os acórdãos foram selecionados a partir de uma busca no sítio eletrônico do STF, realizada por meio da ferramenta de busca de jurisprudência. Nessa pesquisa foram utilizados os vocábulos "sistema", "financeiro" e "habitação", combinados e relacionados por meio das ferramentas disponibilizadas pelo sítio eletrônico na forma que segue: "sistema prox1 financeiro nao habitação".[5] Dessa busca resultou a exposição de 246 acórdãos para aquela combinação de palavras. Desses acórdãos, apenas treze consubstanciavam julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, das quais cinco foram excluídas da análise por não se relacionarem com o tema proposto.[6]

3 Tempos de crise: legitimidade legal e governabilidade

Direito e governabilidade não são, em princípio, antagônicos. Entretanto, a lógica da governabilidade, ligada à capacidade de uma estrutura de poder de implementar efetivamente planos e programas em face das demandas sociais e econômicas presentes no meio governado, pode, em situações extremas que exigem medidas céleres, drásticas e eficazes para a manutenção da estrutura organizacional e de poder, posicionar-se em pólo oposto ao direito. Isso porque as circunstâncias conjunturais podem demandar medidas a curto prazo que não se coadunam com a estrutura decisória estabelecida aprioristicamente pelo direito, construído com vistas à vida da sociedade no longo prazo e não um momento específico e excepcional de seu desenvolvimento. Portanto, alterações relevantes nas condições de desenvolvimento de uma sociedade podem transformar os instrumentos jurídicos estabelecidos com o intuito de certeza em obstáculos à superação da situação de crise vivenciada.

Essa tensão é largamente reconhecida nos ordenamentos constitucionais, que costumam prever, em situações de grave crise social, a decretação do estado de sítio. Essa medida implica a limitação de uma série de direitos constitucionais para a superação da crise social vivenciada. Portanto, o estado de sítio é uma medida limitativa da ordem constitucional, mas que objetiva garantir a restauração ou manutenção dessa mesma ordem constitucional. Trata-se de um reconhecimento pelo direito das peculiaridades de uma situação de crise, que exige um direito diverso daquele construído na normalidade para sua superação e posterior restauração da ordem jurídica anterior.[7] As crises econômico-financeiras têm desafiado os governos por todo o mundo, e por sua intensidade ameaçam se transformar em crises sociais em escala indesejável. Essas crises também podem exigir para sua solução que o direito se adapte às contingências apresentadas, contribuindo então para o fim da crise. Nesse sentido, possível debater a necessidade da criação de um estado de sítio econômico para a garantia da estabilidade do regime.[8]

A não-existência dessa hipótese em nosso ordenamento jurídico leva à observação da oposição entre governabilidade e legitimidade legal-racional das decisões e medidas adotadas pelas autoridades estatais brasileiras para a regulação do Sistema Financeiro Nacional no contexto de redemocratização do País, a partir de meados da década de 1980, e o período que lhe seguiu. Isso porque o País enfrentava uma hiperinflação, acompanhada pela desestabilização do padrão monetário, das finanças públicas e do setor produtivo, o que tornava árduo o nascimento de um padrão decisório democrático no governo brasileiro e a fixação de um plano de desenvolvimento econômico para a nação, já que a preservação da governabilidade demandava medidas céleres, drásticas e a curto prazo. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 representava o surgimento de uma nova ordem jurídica, que deveria garantir a transição para a democracia e consolidá-la, estabelecendo as regras do jogo democrático e garantindo o império da legalidade. Entretanto, apenas sete dias após a

promulgação da Constituição Federal uma ação direta de inconstitucionalidade colocava a nova Constituição à prova. Trata-se da ADI n. 4-7.

3.1 ADI n. 4-7: o raciocínio dogmático-formal em prol da governabilidade

Apenas sete dias após a promulgação da Constituição Federal, em 05.10.1988, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade perante o STF para questionar ato do Presidente da República (ADI n. 4-7), publicado no *Diário Oficial da União* em 07.10.1988, que aprovou o Parecer SR-70 da Consultoria Geral da República. A controvérsia se estabeleceu porque o ato do Presidente da República, consubstanciado no Parecer SR-70, adquiriu caráter normativo,[9] negando aplicabilidade imediata ao parágrafo 3º do art. 192 da Constituição de 1988, que dependeria, segundo preconizado no parecer elaborado por Saulo Ramos, Consultor Geral da República à época, de regulamentação por lei complementar para que tivesse vigência.

Com base nesse parecer, o Banco Central do Brasil (BCB) editou a Circular 1.365, que esclarecia aos agentes do mercado financeiro que a legislação em vigor antes da promulgação da nova constituição permanecia vigente, aguardando a edição de lei complementar segundo determinava o art. 192 da nova Constituição para regulação do Sistema Financeiro Nacional. A limitação constitucional da taxa de juros aplicável ao mercado financeiro tornou-se então objeto de análise do STF, visto que o parecer proferido pela Consultoria Geral da República terminara por frear a aplicação desse dispositivo, contrariando diversos setores da sociedade que observavam a limitação constitucional como uma restrição ao setor financeiro em favor da cidadania e dos setores produtivos, que assim conquistavam uma importante vitória contra a prática da usura. Ao contrário, as autoridades financeiras e monetárias do País vislumbravam na aplicação daquele dispositivo um agravamento insustentável da crise financeira já vivenciada pelo país, que teria como conseqüências fenômenos como o fim da atividade de intermediação financeira exercida principalmente pelos bancos e a conseqüente formação de um mercado informal de crédito, a fuga de capitais, o fim do mercado de capitais, o aumento da hiperinflação e outros.

A questão da auto-aplicabilidade do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição ensejou interessante debate sobre métodos de interpretação constitucional, que tinha como substrato para a discussão e a localização do preceito dentro do artigo e sua redação, e a análise de sua construção, considerando critérios como seu caráter proibitivo e o conceito apresentado de juros reais. Os Ministros Sydney Sanches, relator do processo, Celso de Mello, Célio Borja, Octavio Gallotti, Aldir Passarinho e Moreira Alves declararam improcedente a ação, com base, em síntese, nos seguintes argumentos: (i) o artigo constitui um todo, devendo o parágrafo seguir o mandamento do *caput*, a não ser que o excepcione de modo expresso, o que não se verificaria na hipótese analisada. Assim, a aplicação do parágrafo 3º dependeria de

sua regulamentação por lei complementar, seguindo o *caput* do artigo 192; (ii) não há caracterização do que seriam juros reais, o que deveria então ser feito em lei, propiciando o cálculo dos juros cobrados pelas instituições financeiras e sua subsunção ou não ao mandamento constitucional; e (iii) não se pode punir por usura sem a caracterização do que são juros reais e a exata definição do tipo penal.

Portanto, a decisão da maioria pela improcedência da ação encontrou fundamento em argumentos formais e conceituais, que podem ser considerados como característicos de um julgamento de caráter dogmático-formal, que não agregou elementos de ordem extrajurídica, como aqueles apresentados no próprio Parecer SR-70 sobre os efeitos da limitação dos juros sobre o Sistema Financeiro, acompanhando análise realizada pelo BCB. A preocupação em se ater a uma pretensa racionalidade estritamente jurídica evidencia-se no seguinte excerto do voto do Ministro Célio Borja: "Desde que aqui estou, tenho procurado guardar-me de quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas".[10] O STF, por meio de um raciocínio eminentemente dogmático-formal, evitou a limitação dos juros pela Constituição Federal, que era repelida pelas instituições financeiras e pelos órgãos de regulação financeira do Executivo com base em análise econômicas das conseqüências da limitação. Em outras palavras, o STF confirmou a decisão do Poder Executivo de frear a aplicação dessa limitação, consolidando a competência do CMN e do BCB para a regulação dos juros, sem recorrer a argumentos de ordem extrajurídica presentes no debate público sobre a questão.

Por outro lado, os Ministros que se posicionaram pela declaração da inconstitucionalidade do parecer analisado defenderam, a partir das lições de Ruy Barbosa, a eficácia plena do parágrafo 3º, pois os dispositivos que expressam proibições seriam em regra *self-executing*, conferindo um direito àqueles que operam no Sistema Financeiro, ao qual se contrapõe uma obrigação das instituições financeiras. Além disso, a referência a um conceito jurídico indeterminado como juros reais não significaria a inaplicabilidade da norma, mas sim a necessidade de concretização do conceito por meio da interpretação na atividade jurisdicional. Observa-se que os votos pelo provimento da ADI foram utilizados em muitos momentos de argumentos que extravasam os limites de uma argumentação jurídico-formal, incorporando elementos econômicos e sociais (de ordem extrajurídica).

A apertada votação, com placar de 6 x 4, decidiu pela necessidade de regulamentação do art. 192 da Constituição Federal por lei complementar, inclusive seu parágrafo 3º, garantindo desse modo a competência regulatória de conjuntura da burocracia financeira para a definição da taxa de juros, impedindo a definição constitucional dos juros. Portanto, a lógica da governabilidade foi preservada mediante a utilização pela corte de argumentos estritamente dogmático-formais, que, próximos de um parnasianismo jurídico, decidiram questão da mais alta importância com base em considerações acerca da topografia do artigo, considerando a localização do parágrafo

em face do *caput*, e a definição ou não de um conceito, o de juros reais, como suficiente à aplicação da constituição.

Pode-se perceber neste caso a adequação do que é constitucional a partir das necessidades da governabilidade do País. A generalidade abstrata do direito é relativizada neste caso para adequar-se às demandas econômicas tidas como inexoráveis à época, em que uma catástrofe econômica era anunciada como conseqüência da limitação constitucional dos juros.[11] A Constituição Federal não assumiu o papel de limitar e direcionar a ação pública, legitimando assim o processo decisório, apenas serviu como um instrumento de poder, exercido pelo STF, no sentido de conferir às autoridades monetárias brasileiras a competência para dirigir os juros praticados na economia segundo a lógica da governabilidade.

A utilização para tanto de uma argumentação de caráter intensamente dogmático-formal, conferindo assim à sentença a aparência de uma decisão pautada unicamente no raciocínio jurídico, apartado de qualquer contingência econômico-social existente, consolidou, quanto aos diversos agentes sociais interessados, a concepção de que o STF entendeu ser necessário que o Sistema Financeiro Nacional fosse regulado por uma lei complementar única, por determinação do art. 192 da Constituição Federal. Essa crença transformou-se em uma espécie de mito, influenciando os casos relativos ao Sistema Financeiro Nacional que se seguiram. A despeito de essa tese não se sustentar em face da redação do *caput* e da análise do julgamento do STF na ADI n. 4,[12] o mito da lei complementar única arraigou-se entre as autoridades de regulação financeira e os agentes financeiros, que proclamavam a necessidade de que apenas uma lei complementar regulamentasse toda a matéria financeira.

3.2 A superação velada de um precedente em face do contexto econômico

Em 29.06.1995, foi promulgada a Lei n. 9.069, de caráter ordinário e resultante de aprovação, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória n. 542 e sucessivas reedições, que instituiu o Plano Real. No dia 04.07.1995, o Partido dos Trabalhadores impetrou ação direta de inconstitucionalidade contra os artigos 8º, 9º, 10 e 11 dessa lei, alegando contrariedade ao *caput* do artigo 192 da Constituição Federal, que exigiria, segundo a petição inicial, que a matéria disciplinada pelos artigos questionados fosse disposta em lei complementar (ADI n. 1.312-2). Os dispositivos impugnados disciplinavam a organização do Conselho Monetário Nacional, alterando sua composição e procedimentos deliberativos.

O CMN, criado e disciplinado pela Lei n. 4.595/1964, tinha em sua composição o Ministro da Fazenda, que presidia o Conselho, o Presidente do Banco do Brasil, o Presidente do BNDES e outros sete membros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, que deveriam ser escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete anos, admitida a recondução. A Lei n. 9.069/1995 reduziu a composição do Conselho

a apenas três membros, o Ministro da Fazenda, que permaneceu como seu presidente, o Ministro do Planejamento, que no regime anterior apenas podia participar das reuniões e, se necessário, substituir o presidente no caso de sua ausência e falta do Ministro da Indústria e do Comércio, e, por fim, o Presidente do BCB, que antes não participava do Conselho. Quanto aos procedimentos decisórios, as deliberações permaneceram exigindo apenas maioria, sendo atribuído ao Presidente do CMN, no novo regime, deliberar *ad referendum* do Conselho em casos de urgência e relevância.

A petição inicial do Partido dos Trabalhadores alegou ser autoritária a estrutura imposta pela lei questionada, criando um insulamento dos órgãos da burocracia financeira, pois afastaria setores expressivos da vida econômica, como os trabalhadores, instituições privadas e órgãos do execUtivo com maior potencial de controle social, da instância de discussão em que se dá o processo de formulação das políticas monetária, creditícia e cambial. O principal argumento presente na petição inicial para fundamentar a inconstitucionalidade das normas questionadas baseava-se na decisão do STF na ADI n. 4-7, que afirmou ser necessária uma lei complementar para a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do *caput* do artigo 192 da Constituição Federal. Dessa forma, o CMN, como agente integrante do Sistema Financeiro Nacional, estaria sujeito à regulamentação por lei complementar, como aquela que o instituiu, a Lei n. 4.595/1964, recepcionada pela Constituição de 1988, segundo o STF, como lei complementar.

O relator reconheceu em seu voto a plausibilidade da afirmação de que o CMN estaria inserido no inciso IV do art. 192, contudo, não lhe atribuiu intensidade suficiente à concessão da liminar, uma vez que a objeção imponível a ela também teria relevância e plausibilidade. Isso porque também seria possível afirmar que não se inclui o CMN na expressão "instituições financeiras públicas", contida no dispositivo constitucional considerado pelo Ministro, visto que, dada a estatura do CMN dentro do Sistema Financeiro Nacional, seria razoável exigir sua menção expressa como feito com o BCB, além do caráter superior do CMN em relação às entidades a ele subordinadas. Além disso, as disposições do art. 192 deveriam ser interpretadas em face da competência da lei ordinária e do decreto presidencial (artigos 48, XI, e 84, VI, da Constituição Federal) para a estruturação dos órgãos da administração pública, o que não excluía ainda a questão sobre definir se o inciso IV do art. 192 se referiria também ao CMN por meio da expressão genérica "instituições financeiras públicas", já que este mesmo inciso se referiu expressamente ao BCB, diferenciando-o das demais instituições financeiras públicas.

O STF negou provimento ao pedido cautelar por unanimidade, em 19.10.1995. A inserção das medidas analisadas no contexto de implantação do Plano Real trouxe novamente ao STF a necessidade de conciliar em sua decisão questões de ordem dogmático-formal trazidas pelo requerente, em face do contexto das medidas implantadas pelo Poder Executivo. Neste caso, conforme aponta a Exposição de Motivos

Interministerial n. 205/MF/SEPLAM/MJ/MTB/MPS/MS/SAF da Medida Provisória n. 542, a mudança na composição do Conselho era necessária ao alcance da autonomia da autoridade monetária, que não poderia se subordinar a pressões políticas e econômicas, de modo a realizar assim a consolidação do novo padrão monetário. Portanto, a nova composição procurava assegurar maior capacitação técnica às decisões do CMN para o alcance da estabilidade monetária, ressaltando a gestão tecnocrática da moeda e do crédito em detrimento da transparência das decisões e da participação da sociedade no processo decisório.

Por conseqüência, o STF tinha diante de si o conflito entre a análise formal da constitucionalidade do dispositivo e a relevância das alterações implantadas pelas disposições analisadas à nova política monetária do país, que conseguia limitar os efeitos da inflação, que devastavam a economia nacional desde a metade da década de 1980. Mais uma vez o tribunal não esclareceu esse conflito e limitou sua discussão a uma confusa análise acerca dos requisitos formais da Lei n. 9.069/1995, subvertendo a lógica da reserva de lei complementar para a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional estabelecida na ADI n. 4-7. Naquele caso, a necessidade de evitar a aplicação da taxa de juros de 12% ao ano foi determinante para que a corte vinculasse todo ato de regulação do Sistema Financeiro à lei complementar, que deveria dispor sobre todas as matérias concernentes a esse setor. Assim, na ADI n. 4-7, a confirmação da decisão do Poder Executivo se deu por meio de uma argumentação de caráter dogmático-formal, que impôs à intervenção estatal no Sistema Financeiro Nacional a necessidade de respeito a requisitos formais mais intensos, ou seja, o procedimento para edição de lei complementar. Em outras palavras, aquela decisão exaltou o raciocínio legal-racional como modo de legitimação da decisão do Poder Executivo e do STF, entretanto, a racionalidade legal-racional ia de encontro às políticas do Poder Executivo na crise inflacionária e bancária vivenciadas pelo País entre 1980 e meados da década de 1990, baseadas em uma lógica de governabilidade, o que resultou na apresentação pelo STF de uma argumentação frágil que procurava demonstrar a inexistência ou a incerteza sobre a caracterização do vício formal, contrariando a decisão da ADI n. 4, geralmente anunciada como precedente da corte em matérias de Sistema Financeiro. Essas mesmas observações são válidas para os dois próximos casos aqui analisados.

A crise bancária de meados da década de 1990 exigiu maior intervenção das autoridades monetárias brasileiras, notadamente o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o BCB, tendo em vista a real possibilidade de que a crise existente se intensificasse e atingisse um maior número de instituições. A regulação do sistema financeiro pretende a definição do risco a ser suportado pelas instituições financeiras em sua atividade, tendo em vista a proteção dos investidores e do sistema como um todo. Assim, realizam-se no sistema bancário habitualmente dois tipos de regulação: a prudencial e a sistêmica. A regulação prudencial constitui um mecanismo de

regulação apriorístico, que procura garantir a higidez do sistema bancário mediante a supressão da incapacidade dos depositantes de aferirem a situação patrimonial dos bancos. Portanto, procura essencialmente proteger os interesses dos depositantes, criando limites à exposição das instituições bancárias a riscos, o que contribui subsidiariamente à manutenção da normalidade no sistema. A regulação sistêmica, que objetiva principalmente evitar uma crise bancária, compreende um conjunto de técnicas regulatórias de caráter emergencial, implementadas a partir da verificação de um evento sistêmico com o fim de evitar uma crise sistêmica. Os principais mecanismos de intervenção utilizados pelas autoridades monetárias são seguro de depósito e a atuação do Banco Central como emprestador de última instância.[13]

Em meio a essa crise, foi lançado o Programa de Estímulo à Reestruturação e Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), criado pela Resolução n. 2.208 do CMN e implementado por meio de outras resoluções desse órgão e medidas provisórias, que ampliava o poder de fiscalização e intervenção do CMN e do BCB, atribuindo-lhes uma série de ações que poderiam ser adotadas com o intuito de evitar uma crise bancária. Portanto, o Proer constituía um plano de intervenção dos agentes reguladores do sistema financeiro para a contenção da crise bancária vivenciada pelo Brasil na metade da década de 1990, que ameaçava desestabilizar a atividade financeira e por conseqüência toda a economia do País, que naquele momento se recuperava da crise inflacionária recém-superada.

Em 13.11.1995, o Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida liminar contra a Medida Provisória n. 1.179, de 03.11.1995, que regulava o Proer. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade recebeu o número 1.376-9 e reclamava pela inconstitucionalidade dos três artigos que compõem a medida provisória por legislarem sobre matéria reservada pelo artigo 192 da Constituição Federal à lei complementar, o que teria sido confirmado pelo STF na ADI n. 4-7.

O relator, Ministro Ilmar Galvão, analisou a questão aventada sob o prisma da necessidade de lei complementar para dispor sobre regulação do Sistema Financeiro Nacional. Negou então o relator a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em função dessa alegação, apresentando como justificada a atuação do Presidente da República por meio de medida provisória. Isso porque esta não pretendia inovar no campo reservado à lei complementar pelo artigo 192 da CF, uma vez que o Proer havia sido criado pela Resolução n. 2.208 do CMN, de modo a serem apenas complementares as disposições da medida provisória àquela resolução. Explica que a Lei n. 4.595/1964, recepcionada pela Constituição de 1988, atribuía ao CMN a competência para "zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras" (art. 2.º , VI). Portanto, exerceu o CMN corretamente sua competência, e a medida provisória impugnada, por simplesmente regulamentar a resolução do CMN, não seria inconstitucional. O voto do relator, acompanhado por uma série de Ministros evidencia

que: (i) o STF reconheceu a competência normativa do CMN para regular o Sistema Financeiro Nacional, que neste caso excedia inclusive à do próprio Presidente da República; e (ii) o STF admitiu que uma medida provisória, que está no mesmo nível hierárquico de uma lei ordinária, simplesmente regulamentasse uma resolução do CMN, que era competente para inovar juridicamente.

Neste caso, novamente se observa a subversão da lógica imprimida na ADI n. 4-7 em função do contexto econômico e de governabilidade, o que é evidenciado pelo Ministro Maurício Corrêa, cujo voto é transcrito na íntegra:

> Sr. Presidente, essas medidas, na verdade, foram tomadas em face do momento econômico-financeiro por que passa o país. O paradigma foi o fenômeno ocorrido na Venezuela. Quando lá estive, na época da quebra do Banco Latino, pude verificar que foi desencadeada uma total desorganização em seu sistema financeiro. Apenas citei esse fato para ressaltar a real necessidade da adoção dessas medidas pelo Governo brasileiro. Desse modo, também não vejo nenhuma inconstitucionalidade. Por isso, acompanho o eminente Relator, indeferindo a media cautelar.[14]

De outro lado o Ministro Marco Aurélio ressalta a necessidade de respeito aos ditames constitucionais mesmo quando crises exijam medidas emergenciais, exaltando assim a racionalidade legal-racional do direito em face da lógica da governabilidade: "Por isso, peço vênia ao nobre Relator para, potencializando, sim, a Carta Política da República, no que representa segurança para toda a sociedade e não uma política governamental momentânea, deferir a liminar pleiteada".[15]

Entre as medidas adotadas no âmbito do Proer, as Resoluções do CMN de números 2.197, de 31.08.1995, e 2.211, de 16.11.1995, instituíam o Fundo Garantidor de Créditos (FGC), um mecanismo de regulação sistêmica denominado seguro de depósito. O seguro de depósito funciona como uma garantia aos correntistas de um banco, à medida que assegura o pagamento de parte ou do total dos depósitos feitos em um determinado banco. No caso do FGC, o fundo constituído visava a garantir o crédito dos depositantes, estabelecido o teto de R$ 20 mil (vinte mil reais) por titular, em face de instituições financeiras participantes do fundo e que estivessem sujeitas à intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, ou de instituições reconhecidas como insolventes pelo Banco Central mesmo que não estivessem sujeitas a esses regimes.[16] Como já mencionado, o Brasil enfrentava intensa crise financeira na metade da década de 1990, de modo que essa medida procurava recuperar a confiança que o investidor depositava na instituição financeira onde possuía aplicações. Isso porque a confiança no setor bancário é algo imprescindível, capaz de evitar possíveis corridas bancárias, que teriam efeitos catastróficos sobre os sistemas monetário e econômico.

Essas resoluções foram questionadas na ADI n. 1.398-0, também proposta pelo Partido dos Trabalhadores, em 26.01.1996. Seriam formalmente inconstitucionais por não respeitarem a exigência de lei complementar para a criação de fundo ou seguro para a garantia de créditos, aplicações e depósitos, com o objetivo de proteger a economia popular, conforme determinaria o *caput* do artigo 192 e seu inciso VI da Constituição Federal de 1988, que proibia a utilização de recursos da União na formação do fundo ou seguro. A inconstitucionalidade se originaria também da violação do artigo 167, incisos VIII e IX, que proibiam, respectivamente, a utilização de recursos dos orçamentos fiscais para suprir necessidades ou déficits de empresas, fundações ou fundos sem autorização legislativa específica, e instituição de fundos de qualquer natureza sem autorização legislativa. Por fim, outra inconstitucionalidade residiria na extinção do Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI) e da Reserva para a Promoção da Estabilidade da Moeda e do Cheque (Recheque), transferindo os recursos públicos dos quais se constituíam para um fundo privado.

O relator Ministro Francisco Rezek reconhece a necessidade de lei complementar para regular o sistema financeiro, inclusive para a criação de fundo ou seguro para a proteção da economia popular, em referência ao FGC. Contudo, apesar de reconhecer a existência do bom direito para a concessão da liminar, Rezek admite a configuração do *periculum in mora*, também elemento essencial à concessão de um pedido cautelar, somente no que concerne à utilização de recursos públicos na composição de um fundo privado. Nesse sentido, vota no sentido de conceder a liminar para suspender a eficácia dos artigos das resoluções em análise que disciplinavam a utilização de recursos do FGDLI e do Recheque na formação do FGC. Maurício Corrêa define o voto do relator como o "caminho mais adequado ao deferir o possível".[17] E assim justifica:

> E o faz bem, tendo-se em vista que as medidas preconizadas nas normas questionadas, objeto desses atos do Banco Central do Brasil, visam exatamente a proteção do pequeno poupador. *Já, pois, superposta a questão superficial, conveniência social de alta relevância, que pelo seu próprio conteúdo, indica seja preservado o princípio a que visaram as respectivas Resoluções*[18] (grifos nossos).

Como no Caso Proer, o Ministro Maurício Corrêa apresenta questões de ordem não estritamente jurídica. Entretanto, novamente o faz de modo genérico e pouco claro. O trecho é confuso, e mal permite compreender qual seria a "questão superficial superposta". Seria essa questão o vício formal na criação do fundo? Pode-se tratar como superficial uma inconstitucionalidade reconhecida? Cumpre ainda citar os seguintes excertos do voto do Ministro Marco Aurélio, que acompanhou o Relator:

> Senhor Presidente, creio que todos nós estamos de acordo quanto à plausibilidade jurídica do pedido, no seu todo. Costumo dizer que as coisas se complicam sempre quando há falha em atividade desenvolvida por determinada instituição. Refiro-me ao Congresso Nacional no que, passados oito anos, ainda não editou a lei complementar de que cogita o artigo 192 da Carta Federal. [...] Senhor Presidente, *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 que ele também deve obediência à Lei Maior, à Constituição Federal.* Sensibiliza-me, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado visando a proteger justamente esses pequenos investidores. Assim, projeto o exame do vício formal para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade[19] (grifos nossos).

O Ministro Marco Aurélio, como resta óbvio da análise desses excertos, reconhece a inconstitucionalidade das resoluções do CMN, contudo, ao considerar que os efeitos de sua decisão poderiam reverberar de modo indesejável, restringe os limites da liminar, nos termos do voto do relator, ou seja, para impedir somente a utilização de recursos públicos na constituição do FGC. Dessa forma, decidiu pela lógica da governabilidade, em oposição a seu voto no caso Proer, em que rejeitou que alusões à governabilidade e medidas urgentes pudessem exceder os limites impostos pela Constituição Federal. Esse foi o resultado unânime no julgamento do pedido liminar.

Assim, confirmou o STF, nesses três casos que se passam entre 1995 e 1996, as decisões do Poder Executivo a despeito da alegação de vício formal. Interessante observar que nesses casos não houve julgamento de mérito das ações, de modo a evitar a emergência de coisa julgada e de um possível precedente envolvendo a desconsideração de questões formais pelo STF. Isso porque após o julgamento do pedido cautelar os processos permaneceram sem andamento até que perdessem objeto e fossem por conseqüência arquivados. As Ações n. 1.312-2 e 1.398-0 perderam o objeto em função da alteração na redação do artigo 192, o que teria tornado o pedido prejudicado, segundo a corte.

Os casos evidenciam uma tensão entre racionalidades, situação em que o Tribunal deparava-se com uma contraposição entre o raciocínio dogmático-formal, pautado na busca pela legitimação legal-racional, e o contexto material da situação em pauta, que trazia problemas relacionados à governabilidade, o que pode ter levado a corte a desenvolver mecanismos informais de decisão. Possível dizer que o STF "decidiu não decidir", ou seja, esclarece ser a norma inconstitucional, mas adia essa declaração para o julgamento de mérito, que termina por não ocorrer. Essa estratégia teria permitido ao STF evitar a formalização em sentenças de mérito de decisões

contraditórias nesses casos, impedindo assim a formação de um precedente no sentido de permitir a inconstitucionalidade em contextos de crise de governabilidade.[20]

A tensão verificada pode ser confirmada mediante a análise de outras ações diretas de inconstitucionalidade analisadas pelo STF, mas que não apresentavam uma questão de governabilidade em seu centro, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.223-7 e 2.244-0. A Emenda Constitucional n. 13 de 1996 extinguiu o monopólio da atividade de resseguros no Brasil, antes garantido ao IRB-Brasil Resseguros S.A. (IRB-Brasil RE). Dessa forma, o mercado de resseguros abriu-se à atuação das empresas seguradoras nacionais e estrangeiras, o que exigiu que a regulamentação do setor fosse reestruturada, uma vez que, antes dessa Emenda, o IRB-Brasil RE, além de único agente atuante, era responsável pela organização da atividade de resseguros, seguindo as diretrizes do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), segundo os termos do Decreto-lei n. 73/1966, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. A nova conformação da regulação do setor de resseguros foi implementada pela Lei Ordinária n. 9.932, de 20.12.1999, que transferiu as funções regulatórias e de fiscalização do setor de resseguros, antes atribuídas ao IRB-Brasil RE pelo Decreto-lei n. 73/1966, à Superintendência de Seguros Privados (Susep). Essa lei foi questionada perante o STF em duas ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Partido dos Trabalhadores, que alegava, essencialmente, violação ao artigo 192 da Constituição Federal, principalmente seus incisos II e IV. Concluem então que, como a matéria é reservada à lei complementar, a lei ordinária é certamente inconstitucional, visto que não poderia modificar nem revogar a lei anterior, pois são de tipos distintos. O STF verificou então a existência do vício formal, correspondente à veiculação por lei ordinária de disciplina reservada à lei complementar, com base no mesmo artigo da Constituição Federal analisado nos outros casos aqui discutidos. No entanto, essa demanda não apresentava como pano de fundo questões diretamente ligadas à moeda e ao crédito, inseridas em crises financeiras.

4 Reforma constitucional: supressão do ônus argumentativo

A alteração do artigo 192 pela Emenda Constitucional n. 40, promulgada em 2003, que suprimiu todos seus incisos e parágrafos, subtraindo diversas indicações e exigências expressas de lei complementar, modificou os pressupostos do raciocínio formal da ADI n. 4. A manutenção da necessidade de que leis complementares (expressamente no plural após essa emenda) regulamentassem o Sistema Financeiro resultou em uma interpretação restrita dessa disposição pelo STF, que nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.591 e 3.289-5 consideraram não ser necessária lei complementar para regulamentar as questões naqueles casos analisadas, sem proporcionar nenhuma sinalização sobre que matérias estariam sujeitas à lei

complementar, manifestando o casuísmo nessa definição. Interessante observar que à modificação do artigo 192 corresponde, nessas ações, a análise do mérito das ações pelo STF, que se desincumbiu em grande parte do ônus argumentativo que sobre a Corte pendia quando da vigência do artigo 192 em sua redação original e o precedente a ele relativo na ADI n. 4. Em outras palavras, a redução do artigo 192, com a extinção de seus incisos e parágrafos, resultou em maior liberdade à atividade interpretativa do STF, que teve menos dificuldade em justificar suas decisões.

É o que se observa nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.591 e 3.289-5, referidas acima. Na primeira delas, o STF analisou a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) às instituições financeiras, afastando de modo uníssono a necessidade de que a disciplina consumerista das atividades financeiras se desse por lei complementar. Cumpre observar que a decisão do Tribunal nesse caso não permite uma precisa compreensão da opinião da Corte sobre a questão dos juros praticados por instituições financeiras e a atuação do Poder Judiciário baseado no CDC. Essa questão, que se apresentava como a mais relevante indagação presente no caso, exigindo da Corte uma definição, continua sem uma resposta precisa, dado que a leitura do acórdão da ação direta de inconstitucionalidade e dos embargos de declaração posteriormente opostos não esclarece com exatidão os termos da decisão. Pode-se afirmar, não sem alguma incerteza sobre a precisão da afirmação, que a maioria dos Ministros atribui a determinação dos juros a uma decisão de política monetária, que deve ocorrer no âmbito macroeconômico, sendo a atuação do Poder Judiciário restrita à coibição de abusos contratuais. Entretanto, os limites e a disciplina da atuação do Poder Judiciário nessas questões não está clara, pois não se definiu, por exemplo, se os abusos contratuais seriam coibidos com base no CDC ou nos dispositivos do Código Civil. Assim, a obscuridade e confusão dos acórdãos poderá resultar em diversas decisões judiciais em esferas inferiores que realizarão julgamentos em sentidos distintos, contudo, sob a prerrogativa de utilizar um precedente do STF, que pelas características mencionadas permite sua utilização para a fundamentação em sentidos opostos. É o caso, por exemplo, da utilização apenas da ementa sem referência aos votos. A leitura e aplicação apenas da ementa resultante do julgamento dos embargos não permitem nenhuma inferência acerca da limitação do âmbito de atuação do Poder Judiciário e da lei ordinária, apresentando a aplicação do CDC ao Sistema Financeiro como irrestrita. Entretanto, o mesmo não pode ser verificado nos votos dos Ministros que integram a maioria.

Já a ADI n. 3.289-5 analisava a Medida Provisória n. 207, publicada no *Diário Oficial da União* em 16.08.2004, que continha como elemento principal a caracterização do Presidente do Banco Central como Ministro de Estado. Dessa forma, o BCB, que constituía uma autarquia federal segundo determinação do artigo 8º da Lei n. 4.595/1964, passaria a ser presidido por um Ministro de Estado. Durante o julgamento, essa medida provisória foi convertida em lei ordinária pelo Congresso

Nacional. A motivação para essa alteração no *status* jurídico do Presidente do BCB era atribuída pela imprensa a diversas acusações de sonegação fiscal e movimentação financeira irregular contra o atual Presidente do BCB, Henrique Meirelles. Nessa hipótese, o Presidente da República teria utilizado um instrumento emergencial como a medida provisória para "blindar" institucionalmente Henrique Meirelles, que passaria a ter prerrogativa de foro, de modo a ser julgado pelo STF.

O voto do relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foi acompanhado pela maioria, que ratificou assim a contradição existente no voto desse Ministro: para justificar a medida segundo os requisitos de urgência e relevância, Gilmar Ferreira Mendes procurou demonstrar a importância da medida provisória ao exercício das funções de Presidente do BCB, que seriam de extrema relevância à "vida nacional", devendo por isso estar livre de pressões externas. Entretanto, no que concerne à alegação de necessidade de lei complementar para a regulamentação do Sistema Financeiro, emprega o mesmo tratamento jurídico despendido aos demais funcionários do banco, inclusive quanto a suas atribuições, já que não influenciariam, nesse sentido, a estrutura do Sistema Financeiro Nacional. Isso porque afirma ser questão de mera organização administrativa, relacionada a questões já tratadas pelo STF sobre funcionários do BCB. Dessa forma, seria desnecessária uma lei complementar para tal regulamentação. Por fim, a Corte, por maioria, declarou improcedente a ação e confirmou o *status* de ministro concedido ao Presidente do BCB.

Com o "encolhimento" do artigo 192, o STF evitou o julgamento do mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.312-2, 1.398-0, 2.223-7 e 2.244-0, analisadas no item 3.2, por considerar prejudicado o pedido, tendo em vista a alteração na disciplina constitucional, que resultou em perda do objeto da ação. Dessa forma, o STF não precisou se pronunciar, no mérito, sobre ações cujo julgamento cautelar havia evidenciado a inconstitucionalidade formal sem que a norma questionada fosse declarada inconstitucional.

Conclusão: qual o papel da Constituição?

No período que se seguiu ao julgamento da ADI n. 4, em 1991, até a promulgação da Emenda Constitucional n. 40, em 2003, ou seja, aproximadamente doze anos, nenhuma ação direta de inconstitucionalidade que discutisse alguma questão relativa à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional proposta perante o STF foi apreciada em seu mérito. O julgamento do STF na ADI n. 4 estabeleceu que o Sistema Financeiro deveria ser regulamentado por lei complementar. Mais do que isso, essa decisão transformou-se num mito, um dogma, entre instituições financeiras, órgãos da imprensa, legisladores e agentes do Poder Executivo, que entendiam ter o STF definido como necessário que uma única lei complementar regulamentasse todo o Sistema Financeiro, uma vez que o *caput* do artigo 192 da Constituição

Federal trazia a expressão lei complementar no singular.[21] Essa crença, pouco sustentável em face da redação do artigo 192 da Constituição Federal e da própria decisão do STF na ADI n. 4, além de dificultar ou quase impossibilitar a atividade legislativa do Congresso Nacional nesse ponto, já que os custos políticos de regulamentar toda a atividade do Sistema Financeiro Nacional de uma só vez eram quase insustentáveis, criou um precedente sempre invocado perante o STF, exigindo desse tribunal sua consideração nas decisões supervenientes.

Conforme já discutido, o contexto em que foi julgada a ação parece ter influenciado a decisão do Tribunal, que procurou uma fundamentação essencialmente formal para evitar que argumentos de ordem econômica muito difundidos à época se observassem, como a possibilidade ventilada de que o Sistema Financeiro Nacional se extinguiria se os juros fossem limitados a 12% ao ano. A constituição dessa lógica formal, com uma clara *ratio decidendi* no sentido de exigir que o Sistema Financeiro Nacional fosse regulamentado por lei complementar, seja uma única lei ou várias, resultou na tensão entre racionalidade formal e material apresentada nos casos aqui analisados.

Em outras palavras, no julgamento da ADI n. 4, os argumentos de caráter dogmático-formal, pautados na racionalidade legal-racional do direito, eram capazes de confirmar uma decisão do Poder Executivo, que impediu a aplicação da taxa de juros estabelecida constitucionalmente e garantir a governabilidade, considerando o contexto econômico presente no caso. Entretanto, nos casos que se seguiram, essa mesma lógica constituía empecilho à realização das decisões do Poder Executivo, já sancionadas ou não pelo Congresso Nacional. Conseqüentemente, o STF teve que considerar nesses casos a questão formal da reserva de lei complementar consagrada pela própria Corte, em face de decisões relevantes no contexto econômico do país, que exigiam a subversão da lógica imprimida pela Corte na ADI n. 4. Não obstante a dissonância em relação ao precedente mais importante em matéria de Sistema Financeiro, o STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.312-2, 1.376-9 e 1.398-0, julgadas entre 1995 e 1996, não declarou a inconstitucionalidade das normas questionadas, apesar dos vícios formais existentes e muitas vezes reconhecidos pelos Ministros.

Esses casos, após o indeferimento da medida cautelar, permaneceram estagnados durante anos, tendo sido extintos por perda do objeto, em função das alterações realizadas pela Emenda Constitucional n. 40 no art. 192 da Constituição. Importa, contudo, perceber que a Corte evitou, com a paralisia no andamento dos processos, o julgamento de mérito dessas ações. Numa análise de mérito poderia ser mais difícil ao STF desconsiderar vícios formais evidentes para a legitimação de uma política implementada pelo Poder Executivo, transformando essa desconsideração das formalidades em sentença transitada em julgado e sua constituição como precedente.[22] A partir da racionalidade formal instituída pela ADI n. 4, os julgamentos posteriores procuraram afastar a necessidade de lei complementar mediante uma argumentação que pode ser qualificada como frágil e inconsistente, que se esforçava para se ater a

argumentos dogmático-formais e preservar a governabilidade, sem descuidar da legitimação das medidas perante o direito.

Cumpre questionar neste ponto se a Constituição Federal de 1988, como marco jurídico de uma nova conformação social do Brasil, conseguiu contribuir para a estabilização monetária e desenvolvimento econômico e social do país, à medida que tenha se apresentado como um direcionador da ação pública. Verifica-se nas decisões analisadas que as políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro no setor financeiro enfrentavam o desafio da governabilidade, dado o contexto de crise econômica, mediante o comprometimento da ordem constitucional, que era testada constantemente em pleno STF. O tribunal constitucional ao lidar com essa tensão foi incapaz de conciliar de modo coerente e transparente a dualidade governabilidade e legitimação legal das medidas analisadas, uma vez que, ao procurar preservar a governabilidade, apenas aparentava não descuidar dos pressupostos e premissas trazidos pela Constituição. Isso porque o texto constitucional não serviu nos casos analisados como vetor indicativo dos parâmetros da ação do Estado, que atuou segundo as conveniências da governabilidade e teve suas decisões confirmadas pelo STF, que conferiu a elas a legitimidade jurídica esperada a partir de argumentos confusos, contraditórios e incoerentes, adaptando o texto constitucional às contingências da governabilidade.

Não se defende aqui uma aplicação inconseqüente da letra fria da lei, mas sim a aplicação do texto constitucional como um vetor que direciona a ação pública, que, caso deva ser parcialmente desconsiderado em situações emergenciais, o seja de modo claro e evidente, com a demonstração e justificação do caráter excepcional da situação e da necessidade da medida inconstitucional. Nesse sentido, importante a distinção entre a declaração de inconstitucionalidade e a declaração da nulidade da norma inconstitucional, com a possibilidade de restringir os efeitos da decisão, como permite atualmente o artigo 27 da Lei n. 9.868/1999.

A Constituição Federal em matéria de Sistema Financeiro Nacional teve sua trajetória institucional marcada por esse papel instrumental à lógica da governabilidade, o que se torna evidente com a Emenda Constitucional n. 40/2003, que empreendeu o "encolhimento" do artigo 192, reduzindo o ônus argumentativo imposto ao STF para a legitimação das políticas implementadas pelo Poder Executivo, muitas vezes sancionadas pelo Poder Legislativo, na regulação do Sistema Financeiro Nacional. Pode-se dizer, em outras palavras, que essa alteração constitucional representa, ao suprimir premissas jurídicas, a prevalência da lógica econômica da governabilidade sobre a lógica jurídica da calculabilidade no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional. Essa observação se confirma à medida que notamos existir uma deferência do STF às decisões emanadas do Poder Executivo sobre política monetária, juros e setor bancário, uma vez que foram todas elas confirmadas pelo STF.

: ARTIGO APROVADO (25/08/2008) : *RECEBIDO EM 30/03/2008*

NOTAS

1 Discente do 5º ano da graduação da Faculdade de Direito da USP.

2 Cf. Faria (1993, p. 12 et seq.)

3 A diferenciação entre governabilidade e legitimidade legal-racional, que será explorada com maior precisão no capítulo 3, é proposta por Faria (1993, p. 15 et seq).

4 Esta monografia foi realizada sob a orientação do professor Emerson Ribeiro Fabiani, tendo sido apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público em 04.12.2007, quando foi aprovada com distinção pelos professores que compunham a banca examinadora, o próprio orientador e o professor Diogo Rosenthal Coutinho. Este trabalho pode ser encontrado no sítio eletrônico daquela instituição: <www.sbdp.org.br>.

5 O sítio eletrônico do STF é <www.stf.gov.br>. A inclusão dos critérios "prox1" e "nao" significava, respectivamente, a delimitação da distância entre as palavras "sistema" e "financeiro" a no máximo uma palavra, e a exclusão do vocábulo "habitação", para evitar resultados relacionados ao Sistema Financeiro de Habitação.

6 Duas ações diretas encontradas não foram consideradas por tratarem de controle de constitucionalidade de norma estadual, o que escapa aos objetivos da pesquisa, pois não propiciam o estudo da análise do STF quanto a decisões do Poder Executivo pautados na especificidade técnica do Sistema Financeiro, uma vez que apenas o Poder Executivo Federal é composto por órgãos da burocracia financeira, como o CMN e o BCB. As ações diretas de inconstitucionalidade números 504, 2.317 e 1.155 também não serão consideradas porque, a despeito de conterem o vocábulo "sistema financeiro" em suas ementas, não tratavam diretamente de questão concernente a esse setor.

7 O Estado de Sítio está previsto em nossa Constituição nos artigos 137 e seguintes, que prevêem como hipóteses para sua decretação: "I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira".

8 Cf. Ferreira Filho (1990, p. 46-48).

9 Conforme determinavam os artigos 22 e 23 do Decreto n. 92.889, de 1986, a aprovação de um parecer da Consultoria Geral da República pelo Presidente da República e sua publicação conferem caráter normativo ao parecer, vinculando os órgãos da administração pública à sua disciplina.

10 ADI n. 4-7, p. 232.

11 Saulo Ramos, autor do parecer questionado, narra a reação do governo à limitação dos juros: "No dia 4, véspera da promulgação, fui chamado urgentemente ao gabinete do presidente da República. Reunidas, as autoridades financeiras e monetárias. Todas com cara de cortejo fúnebre, convencidas de que os juros de 12% ao ano entrariam em vigência na promulgação da Constituição, dia seguinte. Era o fim do mercado de capitais, dos mútuos, dos empréstimos, dos contratos bancários. [...] Propus a solução. O Ministro Mailson da Nóbrega faria uma consulta oficial ao Presidente, que a encaminharia ao consultor-geral da República. Proferido o parecer (tinha eu convicção da necessidade de lei para quase todos os preceitos do art. 192), o Presidente da República o aprovaria e, assim municiado, o Banco Central, obrigado a obedecer aos atos normativos da Presidência da República, distribuiria instruções para todo o sistema financeiro, e continuariam as regras vigentes" (FHC, juros e restaurante Folha de S. Paulo, 3 de out. 1998. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2603200309.htm>. Acesso em: 5 set. 2007).

12 Cf. Luís Virgílio Afonso da Silva e Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, A regulamentação do Sistema Financeiro Nacional: o art. 192 e o mito da lei complementar única, p. 82-84.

13 O risco sistêmico está subordinado à verificação de um evento sistêmico, que se compõe por um acontecimento gerador do evento sistêmico, denominado "choque", e por mecanismos capazes de propagar o choque ("mecanismos de propagação"). No sistema bancário os choques podem ser acontecimentos como a quebra de uma ou mais instituições ou a divulgação de informações sobre a situação patrimonial dessas instituições, que podem, pelo mecanismo de propagação, afetar outras instituições financeiras. A estrutura patrimonial dos bancos e o modo como se dá sua relação com os clientes

intensificam os possíveis mecanismos de propagação de um eventual choque, capaz de desencadear um evento sistêmico. Isso porque o descasamento entre ativo e passivo e a assimetria de informações existentes entre os bancos e seus clientes pode transformar uma crise de confiança em uma corrida bancária, uma vez que a crise de uma instituição bancária pode abalar a confiança em todo o sistema de garantir a liquidez dos depósitos. Além desse mecanismo informacional de propagação, é possível apontar também o referente às exposições reais entre bancos. Os bancos se relacionam entre si para fazer compensações e transferências entre instituições originadas das relações organizadas pelo sistema de pagamentos e para o controle de liquidez das instituições, por intermédio do mercado interbancário, à medida que um banco pode financiar a necessidade de liquidez de outro. Discussões acerca do conceito e desdobramento do risco sistêmico podem ser encontradas em Corte (2002, p. 319 et seq.), e De Bandt e Hartmann (2000, p. 10 et seq.)

14 ADI n. 1.376-9, p. 25.

15 ADI n. 1.376-9, p. 27.

16 O FGC permanece existindo, mas apresenta modificações, como o limite de depósitos garantidos (hoje até R$ 60.000,00 por depósitos em um mesmo conglomerado financeiro) e os tipos de aplicações cobertas. Mais informações podem ser obtidas no sito eletrônico do BCB (www.bcb.org.br) ou no sítio eletrônico do próprio fundo (www.fgc.org.br).

17 ADI n. 1.398-0, p. 28.

18 ADI n. 1.398-0, p. 28.

19 ADI n. 1.398-0, p. 29 et seq.

20 Rocha (2004, p. 130 et seq.).

21 Cf. Silva e Rocha (2002, p. 89).

22 Cf. Rocha (2004, p. 134).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Org.). *Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CORRIGAN, Gerald. Are Banks Special?. Annual Report Essay, Federal Reserve Bank of Minneapolis, 1982. Disponível em: <http://www.minneapolisfed.org/pubs/ar/ar1982a.cfm>. Acesso em: 11 set. 2007.

CORTEZ, Tiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 319 et seq.

DE BANDT, Olivier; HARTMANN, Philipp. Systemic Risk: a Survey, *Working Paper,* n. 35, European Central Bank, 2000. Disponível em: http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp035.pdf

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, p. 33-48, 1990.

GOODHART, Charles et al. *Financial regulation*: why, how and where now?. Routledge, 1998.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. O controle de constitucionalidade da capacidade normativa de conjuntura do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central: o caso do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). *Revista de Direito Mercantil*, n. 110, p. 111-127, 2000.

———. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico*: o déficit democrático da regulação financeira. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

SILVA, Virgílio Afonso da; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. A regulamentação do Sistema Financeiro Nacional: o art. 192 e o mito da lei complementar única. *Revista de Direito Mercantil,* n. 127, 2002, p. 79-92.

WALD, Arnoldo. A evolução do direito monetário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 18, p. 9-32, 2007.

Ademir Antonio Pereira Júnior

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da USP

Alameda Jaú, 150, ap. 141
São Paulo – SP – Brasil
ademir.pereira@usp.br

ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS [1] E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Daniel Wei Liang Wang

RESOURCE LIMITATION, COST OF RIGHTS AND THE 'UNDER RESERVE OF THE POSSIBILITIES' CLAUSE IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT CASE-LAW

RESUMO

Este artigo analisa os temas da escassez de recursos, custos dos direitos e cláusula de reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Por meio do estudo dessas decisões, procuro, primeiramente, descobrir em que tipo de matéria esses temas são comumente debatidos nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Em um segundo momento, procuro entender a forma como o tribunal trata esses temas em sua jurisprudência e os critérios utilizados em suas análises. Por fim, busco examinar se a análise jurídica dos ministros leva em consideração preocupações relativas às conseqüências econômicas e distributivas das decisões. A pesquisa de acórdãos foi feita com base nestes três temas: direito à saúde, direito à educação e intervenção federal por não pagamento de precatórios. Em uma primeira fase, analiso o tratamento dado aos custos dos direitos, à reserva do possível e à escassez de recursos dentro de cada um desses temas. E, em um segundo momento, cruzo os resultados obtidos em cada tema para mostrar as diferenças de tratamento.

PALAVRAS-CHAVE

Direito À Saúde; Direito À Educação; Intervenção Federal; Supremo Tribunal Federal; Escassez De Recursos; Reserva Do Possível

ABSTRACT

This article presents an analysis the concepts of costs of rights, resource limitation and the "under reserve of the possibilities" clause are featured in the Brazilian Federal Supreme Court case-law. By analyzing Brazilian Supreme Court's decisions, my aim is to verify, firstly, in which subjects these themes appear more frequently. Secondly, I intend to assess how this Court deals with the referred themes in its case law and what are the criteria applied. Finally, I attempt to examine if the judges decision making process takes into consideration economic and distributive consequences. The survey on Court decisions was based on three categories of legal discussions: right to health, right to education, and federal intervention for the non-payment of judicial debts. Initially, I examine the treatment received by the concepts of costs of rights, resource limitation and the "under reserve of the possibilities" clause in each category. And, subsequently, I compare the results obtained in order to highlight their differences.

KEYWORDS

Right to Health; Right to Education; Federal Intervention; Brazilian Supreme Court; Scarcity of Resources; Under Reserve of

Introdução

O presente artigo objetiva analisar a questão da escassez dos recursos, dos custos dos direitos e a cláusula de "reserva do possível" na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Esse tema aparece com muita força no debate a respeito da tutela

jurisdicional dos direitos sociais, quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o poder judiciário obrigue o Poder Público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente. Esse debate ocorre porque a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação, pela omissão do Poder Público (SILVA, 2005).

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se esse Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa.

Como o propósito deste presente trabalho não é fazer uma análise teórica completa desse problema; nesta Introdução não pretendo resolver todas as dificuldades levantadas, mas sim apontar que as decisões judiciais podem ter impacto nas finanças do Estado e influenciar a escolha das prioridades para aplicação dos recursos públicos escassos.[2]

A partir dessa constatação, alguns teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais (Alexy, 2001; Amaral, 2001). Esse limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo "reserva do possível".[3]

Robert Alexy (2001) define esse termo como "aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade". Para esse autor, isso não tem como conseqüência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar esse direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.[4]

A "reserva do possível" tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) trabalham com dimensão tríplice da reserva

do possível: (i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido (2008, p. 30). Para esses autores, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de "zelar pela efetivação dos direitos sociais", mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos (2008, p. 36).

Vale ressaltar que o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério (Canotilho, 1991). Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único.

Cumpre, também, destacar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público (COURTIS e ABRAMOVICH, 2002; SUNSTEIN e HOMES, 1999, p. 29).

A título de exemplo, podemos pensar no direito de propriedade, que, para ser garantido, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa, de um sistema de registros de propriedade. Ou mesmo no direito de voto, que depende de uma legislação eleitoral, de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições e de recursos para cobrir os custos que envolvem a realização de uma eleição (SILVA, 2005, p. 96).

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil, BNDES, 2000a), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do seu gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa cinqüenta por cento ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. Ainda em pesquisa do BNDES (Brasil, BNDES, 2000b), com a função judiciária o

conjunto dos governos estaduais gastou R$ 9,8 bilhões, enquanto a despesa federal com a mesma função foi de R$ 6,5 bilhões (dados referentes a 1999).

Esses exemplos têm o intuito de desmistificar a tradicional separação entre direitos positivos e negativos, e esclarecer que considera que apenas os primeiros são justiciáveis por não envolverem custos. Portanto, as ponderações feitas em relação aos custos dos direitos sociais, à limitação de recursos e à "reserva do possível", podem ser estendidas tanto a pedidos em matéria de direitos civis e políticos que demandam recursos, quanto a outras obrigações do Estado de dar ou fazer.

Dessa maneira, este trabalho estuda a questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos não só nas decisões envolvendo direitos sociais, tema em que esse debate é mais comumente encontrado, como também em outros julgados que não tratam de direitos sociais, mas que apresentam essas questões.

Este artigo buscará descobrir se a limitação de recursos e os custos dos direitos são efetivamente problemas que o Supremo Tribunal Federal enfrenta na sua jurisprudência. Caso seja afirmativa a resposta para a primeira questão, procurará entender como é feita a análise desses temas, ou se seria apenas mero instrumento retórico para o Tribunal se exonerar de um ônus argumentativo maior na sustentação de suas decisões. E, por fim, averiguará se é coerente a forma como o Tribunal lida com esses temas, dando-lhes o mesmo tratamento para todas as matérias e em todos os casos julgados.

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões.

Metodologia

A pesquisa foi dividida nos seguintes temas: direito à saúde, direito à educação e pagamento de precatórios. O intuito foi analisar o maior número possível de decisões dentro de cada tema e tentar responder as três primeiras indagações propostas na Introdução. Posteriormente, com o cruzamento das conclusões obtidas e, por meio de um estudo comparativo, tentaremos responder ao último questionamento.

Esses temas foram escolhidos com base em uma pesquisa preliminar no *website* oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), na seção "Jurisprudência ? A Constituição e o Supremo", a partir dos termos educação, reserva do possível, saúde, direitos sociais e dever do Estado.

Outro meio tentado foi a seção "Jurisprudência ? Pesquisa de Jurisprudência", a partir dos termos "reserva adj3 possível", "dever adj3 Estado", "polític$ adj2 públic$". A pesquisa por "escassez de recurso", "limitação de recursos" e "limite adj3

orçamentário" não trouxe nenhuma decisão a respeito do tema do trabalho. Os temas selecionados foram: direito à educação, direito à saúde e intervenção federal por não pagamento de precatórios para fazer a análise.

Além de delimitar a pesquisa pelo critério do tema, fez-se necessário também um "corte" temporal. Dessa forma, selecionei os acórdãos publicados a partir do ano 2000, sem excluir aqueles anteriores, que são citados como precedentes pelos acórdãos pesquisados e que, por isso, são importantes para compreender a formação da jurisprudência do STF nos temas selecionados. A escolha por esse "corte" temporal decorre (i) da averiguação na pesquisa preliminar de que a imensa maioria das decisões envolvendo escassez de recursos, custos dos direitos e "reserva do possível" começa a aparecer a partir de 2000; (ii) das dificuldades de, individualmente, fazer uma pesquisa mais aprofundada, inclusive em decisões muito mais antigas; e (iii) do quadro atual de ministros do STF ter se formado a partir desse ano. Por fim, vale ressaltar que a pesquisa por decisões encerrou-se em novembro de 2007.

1 Direito à saúde

1.1 Pesquisa de acórdãos

Aproveitando a pesquisa inicial para escolher os temas a serem pesquisados, foram recolhidas as seguintes decisões RE-AgR[5] 271286, RE 393.175, RE 242859, RE 267612, RE 195192, RE 256327 e o RE-AgR 268479. Na seção "Jurisprudência ? Pesquisa de Jurisprudência", pela expressão "direito adj3 saúde", foram selecionados o RE-AgR 255627, o RE-AgR 259508, e o RE 226835. Já no acompanhamento pelo "Sistema Push" do Tribunal, tive acesso ao RE-393175, à ADPF 45, à STA 91 e às SS 3231, 3158, 3183, 3073 e 3205. A partir dessas decisões, foi feita uma pesquisa em busca de precedentes por eles citados.

1.2 Análise das decisões

A jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde tem passado recentemente por importantes mudanças. A STA 91 de 02.2007 foi decidida de forma qualitativamente diferente quando comparada com as decisões anteriores do STF envolvendo pedido de medicamentos. Por essa razão, optou-se por analisar separadamente as decisões anteriores e posteriores à STA 91, de forma que ficasse mais claro a diferença entre uma jurisprudência consolidada por quase uma década e as mudanças que estão ocorrendo recentemente.

1.2.1 Direito à saúde antes da STA 91

Até a STA 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos

encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Outro ponto interessante é que as ações eram todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

Nas decisões também era muito comum a referência a precedentes do próprio tribunal. Há uma passagem, de autoria do Ministro Celso de Mello, que aparece com muita freqüência em diversas decisões, como o AgRg no RE 273834,[6] RE 198265 e o RE 232335/RS,[7] e que, pelo número de vezes que aparece (em 20 das 31 decisões, ora diretamente no texto, ora na citação de precedentes que trazem diretamente essa passagem, e muitas vezes como argumento principal da decisão), é representativo da forma como o STF encarava o direito à saúde:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.
>
> A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
>
> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

> O sentido de fundamentalidade do direito à saúde [...] impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.
>
> Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.
>
> Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Nessa passagem fica claro que o Supremo Tribunal Federal entendia que o direito à saúde era um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deveria ser efetivado pelo Estado de forma "plena" e "universal". Diz, ainda, que caberia ao Poder Judiciário atuar quando o Poder Público for omisso de forma "anômala", "arbitrária", "intolerável" ou por comportamento "desviante". Dessa passagem, pode-se entender que, na visão do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde, apesar do seu *status* de direito fundamental constitucionalmente consagrado, poderia não ser tutelado pelo Poder Judiciário quando a sua não realização pelo Estado fosse devido a um comportamento não arbitrário, tolerável, não anômalo ou por comportamento não desviante.

Aparentemente esses adjetivos não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos. Em diversas

decisões, ficou expresso que estes eram problemas de menor importância e que não seriam aceitáveis quando se lidasse com casos envolvendo o direito fundamental à saúde. A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparecia em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância.[8]

Na Petição (Pet) 1246, em que se pede transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchenne,[9] aparece uma passagem do Ministro Celso de Mello muito importante para este estudo, não só pelo número de vezes em que é citada por outras decisões,[10] mas também pela sua peremptoriedade:

> 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.

Nessa passagem está dito de forma terminante que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de ordem financeira, estas sempre deverão ser preteridas em relação àquela. Tal idéia, por não estar melhor explicada, deixa algumas questões em aberto.

A começar pela afirmação de que aquela ponderação deve ser decidida sempre em favor de um dos lados, independente de outras variáveis, pois isso implica ignorar a própria idéia de ponderação, que, para ser qualificada como tal, tem que ter abertura para diversos resultados possíveis. Se o resultado será sempre o mesmo, então a ponderação é desnecessária e não há que se valer dela para decidir. Além do mais, causa alguma estranheza dizer que o interesse financeiro é um "interesse secundário do Estado". Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta.

Na mesma linha do Pet 1246, o voto do Ministro Sidney Sanches no RE 198263/ RS, em que se pede medicamento para tratamento de fenilcetonúria,[11] afirma: "em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade". Também, nessa passagem, cabe a mesma crítica feita à Pet 1246. Não fica clara a razão pela qual a questão das verbas tem menor importância se, afinal, é por meio delas que se viabilizam as políticas públicas para concretizar o direito à saúde previsto na Constituição.

O RE 342413/PR, em que impetrante pede medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, a Ministra Ellen Gracie diz que "obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida". Cabem aqui as mesmas observações feitas em relação às decisões supramencionadas.

Na mesma linha aparece o RE 195192/ RS, que pede fornecimento de medicamento para tratamento de fenilcetonúria, em que o Ministro Marco Aurélio afirma que "problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente". Nessa decisão também não há maiores explicações sobre essa afirmação, que não considera o orçamento público como um meio para se realizar políticas públicas, mas como um obstáculo a elas.

Em matéria de regras concernentes ao orçamento, como as vedações do art. 167 e incisos da Constituição Federal, e que possuem a função de controlar e racionalizar o gasto público, vale citar o Agravo de Instrumento (AI) 537237, em que se pede medicamento para paciente com hepatite C. Nesse agravo, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu que "a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito". Tal determinação carece, no entanto, de melhor argumentação, uma vez que foram afastadas regras constitucionais (inc. I, II, V, VI do art. 167 da Constituição Federal) e pode colocar o administrador em uma situação em que deve escolher entre obedecer à Constituição ou obedecer à decisão judicial da corte de maior hierarquia do Poder Judiciário brasileiro.

Já no AgRg e no AI 238328/RS há um trecho do Ministro Marco Aurélio que não fala diretamente na limitação de recursos, mas toca de forma rasa na questão da prioridade dos gastos públicos:

> Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, *cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos*. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem" (grifos nossos).

Essa passagem considera que as receitas dos impostos são suficientes para cobrir os gastos com, por exemplo, saúde. É uma afirmação que não resolve o problema, pois as despesas podem aumentar (como, por exemplo, com as obrigações de dar e fazer provenientes de decisões judiciais) sem que seja sempre possível aumentar os impostos. Esse trecho coloca, outrossim, que o conflito se dá entre as atividades mais importantes e as de menor relevância, o que parte do pressuposto, não comprovado na argumentação, que essa decisão não levará a um conflito entre duas políticas importantes ou entre duas atividades importantes dentro da mesma política.

A ADPF 45, julgado pelo Ministro Celso de Mello, apesar de não julgar pedido de um medicamento ou tratamento médico, trata sobre direito à saúde e traz uma análise da "reserva do possível".[12] Essa decisão é muito interessante porque nela são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não aparecem nas outras decisões. Ela começa afirmando que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem, ordinariamente, no âmbito da "função institucional do Poder Judiciário". Segue dizendo que competem, excepcionalmente, ao Poder Judiciário quando a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais. Reconhece, também, que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pela gradualidade de seu processo de concretização, além de depender, em grande medida, "de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado". Afirma, ainda, que "a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar".

A partir dessa constatação, a decisão faz uma análise mais pormenorizada da "reserva do possível" e chega a afirmar que "comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política". No entanto, apontam que ela "reserva do possível":

> [...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
> [...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência

A argumentação continua, explicando que a "reserva do possível" impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração, "de implantação sempre onerosa", e que podem ser traduzidos no binômio: "(1) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas". E complementa dizendo que os dois componentes desse binômio devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado. Mas, por fim, adverte que a "reserva do possível" não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa "as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial

à própria sobrevivência do indivíduo". Quando isso ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário.

A ADPF 45/DF trouxe algumas considerações importantes e inovadoras em relação às outras decisões do STF, pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto. No entanto, pelo fato de a ADPF ser um controle abstrato de preceito fundamental, ela não conseguiu traçar critérios mais claros para servir de parâmetro à administração, aos juízes e aos próprios cidadãos.

Outro ponto muito interessante nessa ADPF é que ela foi julgada prejudicada pela perda do objeto, uma vez que o Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nessa ação, veio a remeter ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o dispositivo da Lei n. 10.707/2003 (LDO), sobre a qual incidira o veto executivo. Ou seja, a decisão poderia ter simplesmente se limitado a julgar a ação prejudicada pela perda do objeto, sem entrar no mérito da questão. Contudo, o Ministro Celso de Mello apresentou uma argumentação que, apesar de indiferente em relação ao resultado desse julgamento, representa uma inovação em face à jurisprudência já consolidada do STF, o que poderia ser considerado um indicativo de mudança no entendimento do tribunal sobre a matéria.

1.2.2 Direito à saúde após a STA 91

Conforme visto, as decisões do STF, em regra, deferiam o pedido de medicamento sem maiores considerações sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível. Sempre que um medicamento não era fornecido havia, no entendimento do STF, uma restrição injusta ao direito à saúde consagrado na Constituição Federal. Essa restrição autorizaria o Poder Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violava esse direito fundamental.

Diferentemente desse entendimento predominante, a STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Além do mais, a Ministra reconhece que a "execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde", e que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos.

É também muito relevante a consideração do direito à saúde não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. A Ministra ainda considerou que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na

portaria 1318 do Ministério da Saúde. Isso representa o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

A perspectiva conferida por essa decisão, de uma mudança de entendimento do STF, trouxe conseqüências importantes. Segundo o jornal *O Estado de S.Paulo,*[13] as secretarias de saúde passaram a ir à justiça, com base na STA 91, para interromper fornecimento de drogas que não constam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas em razão de decisões judiciais. Na mesma linha da STA 91, e com base nos mesmos argumentos, a SS 3073, também julgada pela Ministra Ellen Gracie, desobriga o Estado a fornecer um medicamento judicialmente pedido, o que reforçaria a hipótese de uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde.

Contudo, decisões mais recentes da própria Ministra Gracie, em que ela obriga Estados a fornecerem medicamentos pedidos judicialmente, mostram que o raciocínio jurídico usado para decidir a STA 91 e a SS 3073 não se aplica a todos os casos envolvendo esse tipo de pedido. Nas suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 a Ministra mostrou preocupação com "a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados". Isso porque, segundo ela, os pedidos devem ser analisados "caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual".

Nas últimas suspensões de segurança, os pedidos foram concedidos com fundamento na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades e, no caso das SS 3205, 3158 e 3231, na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção. Outro ponto interessante – e inovador nas quatro suspensões de segurança que sucederam a STA 91 – é que houve maior preocupação em se analisar o caso concreto (isto é, a dimensão mais factual) e usá-lo como fundamento da decisão, não só no que tange à condição econômica do paciente e à gravidade da doença, mas também em relação aos pareceres médicos, às políticas de saúde existentes e, no caso específico da SS 3158, ao preço do medicamento.

No entanto, existem alguns pontos que dificultam a visualização da coerência entre a STA 91 e as suspensões de segurança que lhe são posteriores. A começar porque a STA 91 afirma que "a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde". Note-se que se fala em "decisões", no plural, ou seja, a observação da Ministra Gracie parece ter um escopo que extrapola um único caso concreto. Em outras palavras, fica a pergunta: Quais são essas decisões que abalam o sistema público de saúde? Por que razões as suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 não estão entre elas?

Além disso, se um dos critérios para conceder os pedidos nas SS 3205, 3158 e 3231 foi a gravidade e a necessidade de continuidade no tratamento, então, o caso da STA 91

não seria diferente, uma vez que envolve "medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados". Se outro critério para a obrigação do fornecimento é o medicamento constar na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, os medicamentos pedidos pelas SS 3205, 3158 não estão nesse grupo e foram concedidos. Ademais, se um dos argumentos para a não concessão do medicamento na STA 91 era o entendimento de que a norma do art. 196 da Constituição Federal não se aplica a situações individualizadas, cabe perguntar, então, por que nas suspensões de seguranças em que o pedido era individual foi concedido o medicamento e na STA 91, que tinha na origem uma ação civil pública, não houve concessão. Por fim, se o cerne da questão era a hipossuficiência dos pacientes ou o preço do medicamento, essas questões não foram debatidas na STA 91 e nem na SS 30373.

1.3 Conclusão do item

Para este trabalho, Muito mais importante do que saber se o STF concede ou não os medicamentos ou tratamentos médicos pedidos, é analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração a questão da escassez de recursos e do custo dos direitos. Como foi mostrado nesta seção, até a STA 91 essas questões raramente eram abordadas nas decisões e, nas poucas vezes em que apareciam, eram tratadas de forma muito superficial, como se elas não pudessem trazer qualquer conseqüência mais relevante. As conseqüências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.

Entretanto, vale ressaltar que a ADPF 45, de 2004 – considerando-se que foi julgada pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo que julgou a Pet 1246 em 1997 – já apontava para uma tendência de mudança de postura do STF frente ao problema da escassez de recursos e dos custos gerados pela efetivação do direito à saúde. Afinal, há uma enorme diferença entre dizer que a questão financeira é "secundária" e contraposta ao direito à vida (Pet 1246) e afirmar que "a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar" (ADPF 45).

As decisões após a STA 91, por sua vez, apesar de não citarem a ADPF 45 como precedente, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde *versus* questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta. Nesse sentido, pode-se dizer que houve ganhos qualitativos em razão da melhor qualidade da argumentação. Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as conseqüências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões. Contudo, como foi mostrado, ainda não se tem muito claro com base em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão para definir, em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento pedido.

As críticas feitas, até aqui, às decisões não objetivam criticar o resultado das decisões, mas apontar a insuficiência ou pouca clareza de argumentação para fundamentá-las. As diversas afirmações e opções feitas precisam percorrer um caminho argumentativo maior, uma vez que o problema é complexo e não comporta soluções muito simplificadoras da realidade.

2 Direito à educação

2.1 Pesquisa de decisões

Na pesquisa preliminar, foram recolhidos o RE 436.996-AgR, o RE 463.210-AgR e o RE-AgR 410715. Na seção a seção "Jurisprudência ? Pesquisa de Jurisprudência", tentou-se o termo "direito adj3 educação" foram encontrados 22 decisões, mas nenhuma útil para o trabalho, além daquelas já coletados. Na busca por "criança adj3 adolescente", foram encontrados 86 decisões, mas apenas o RE-AgR 431916, o AI-AgR 410646, RE- AgR 40102 e o ADI 1950 servem para o presente artigo. Na busca por precedentes citados pelos acórdãos já encontrados, foram encontrados o RE 402024, RE 411518, RE 401.673 e o RE 431773. Foi analisada também a ADI 3324, objeto de um estudo anterior.

2.2 Análise das decisões

Antes de começar a análise das decisões, vale ressaltar três pontos que chamam a atenção quando se olha para o seu conjunto. A começar pelo fato de que nas decisões em que se pede diretamente um dar e fazer do Estado em matéria de educação, trata-se sempre de obrigação dos municípios de disponibilizar atendimento a crianças em creches e pré-escolas. Digno de nota também é que essas ações são todas propostas pelo Ministério Público, na sua função de tutelar direitos das crianças e adolescentes. Outro fato também muito interessante é que as decisões são recentes, a mais antiga data de 2003 (AI-AgR 410646), ao contrário das decisões envolvendo obrigação de dar e fazer em matéria de direito à saúde, em que a mais antiga encontrada foi julgada em 1997 (Pet 1246).

Comecemos abordando as decisões envolvendo obrigação de dar e fazer do Estado em matéria de educação pela análise conjunta do RE-AgR 410715 e do RE-AgR 436996, cuja íntegra do acórdão disponível no site mostra somente o voto do Ministro Celso de Mello. Essa opção justifica-se pelo fato das duas decisões serem praticamente idênticas, não só nos argumentos, mas no próprio texto, como se um fosse cópia da outra. E, igualmente, elas fazem referência à ADPF 45, o que permite um paralelo entre o tratamento dado ao direito à saúde e aquele dado ao direito à educação no Supremo Tribunal Federal.

Ambos começam por reconhecer o dever do Estado de efetivar o direito à educação para crianças de 0 a 6 anos de idade por meio do atendimento em creches e

pré-escolas (art. 208, inc. IV, da Constituição Federal) e a ressaltar a importância do direito à educação. Afirmam, ainda, que o não cumprimento desse preceito constitucional "configura-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal".

Em seguida, essas decisões apresentam alguns trechos da ADPF 45, lembrando que a concretização dos direitos sociais é feita de forma gradual e indissociável da disponibilidade de recursos. Abordam também a cláusula da "reserva do possível", admitindo que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do Poder Público. Ainda na esteira dessa ADPF, lembram que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de "exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" e que, mesmo não sendo papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, cabe a esse poder, "em bases excepcionais", obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Afirmam, logo em seguida, citando Otávio Henrique Martins Port, que a cláusula de "reserva do possível", exceto quando há "justo motivo aferível", não pode ser invocada pelo Estado para, "dolosamente", exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional e, dessa maneira, violar um direito fundamental. Entendem, ainda, que o processo de concretização do direito à educação infantil não se subordina a "avaliações meramente discricionárias da Administração Pública" e nem de "puro pragmatismo governamental". Na mesma linha, continuam:

> Educação infantil [...] não permite que em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em "argumentos de natureza política e econômica", nulificar esse preceito fundamental.

Para reforçar o argumento, os acórdãos citam alguns doutrinadores como Regina Maria Fonseca Muniz, que entende que a vinculação do administrador às políticas estabelecidas na Constituição Federal faz com que a sua [do administrador] omissão seja passível de responsabilização e que sua margem de discricionariedade seja "mínima,

não contemplando o não fazer" e que, "o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação".

Citam também Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, que traz passagens ainda mais peremptórias, como esta: "o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração".

Outra citação é a de Maria Moreira Marchesan, em que ela afirma que "ineficiência administrativa", "descaso governamental com direitos básicos do cidadão", "incapacidade de gerir recursos públicos", "incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública", "falta de visão política do administrador" e a "inoperância funcional dos gestores públicos" não podem ser usados como obstáculos para implementação do direito à educação.

Muitos outros autores, com as mesmas idéias, podem ser lembrados: Facury Scaff, Eduardo Appio, Maria Cristina de Brito Lima e Emerson Garcia. A quantidade de doutrinadores citados nessas decisões chama muito a atenção, pois, diferentemente das outras decisões analisadas neste artigo, eles são centrais na argumentação. Além do mais, é digno de nota também que, no total, existem 16 citações de doutrina e, em uma decisão de 22 páginas – se tirarmos as 6 páginas da ementa, extrato da ata e relatório – chega-se à média de uma citação doutrinária por página.

Esses argumentos doutrinários citados criam um grave problema de coerência lógica, pois vão de encontro com o que se afirmou na ADPF 45, o que faz com que uma parte destes acórdãos negue a outra. No começo dos acórdãos fala-se na gradualidade, na concretização dos direitos sociais, na dependência dos direitos de recursos financeiros, na "reserva do possível", e que a formulação de políticas públicas cabe, primordialmente, aos poderes Executivo e Legislativo. Mas, logo em seguida, passam a afirmar que o espaço de discricionariedade da administração é mínimo, ou não existente, e que argumentos de natureza econômica não podem ser aceitos para justificar a não concretização do direito à educação.

Na conclusão da pesquisa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde, foi levantada a hipótese de que a ADPF 45 poderia representar uma mudança do posicionamento desse tribunal acerca da questão da "reserva do possível", do custo dos direitos e da escassez de recursos, no julgamento de pedido de dar ou fazer em matéria de direitos sociais.

O RE-AgR 410715 e o RE-AgR 436.996 não comprovaram minha hipótese, pelo menos no que se refere à educação. A começar porque "reserva do possível", custo dos direitos e escassez de recursos foram tratados de forma teórica, sem entrar na análise do caso concreto. Ainda não se pode saber o que é um pedido razoável, como se afere a capacidade financeira do Estado e quais são as hipóteses excepcionais em que cabe intervenção do Poder Judiciário. Em nenhum momento houve qualquer

referência ao caso concreto. Pelo contrário, optou-se por repetir argumentos doutrinários que contradiziam o que os próprios acórdãos afirmavam inicialmente, como se "reserva do possível", custo dos direitos e escassez de recursos não fossem problemas a serem levados em consideração no julgamento do direito à educação. Além do mais, esses acórdãos citaram como precedentes decisões que envolviam direito à saúde e que simplesmente ignoravam a "reserva do possível", o custo dos direitos e a escassez de recursos, o que mostra que o entendimento jurisprudencial que ignora esses elementos ainda não está superado no Supremo Tribunal Federal, quando este julga o direito à educação.

Ainda em matéria de obrigação estatal em oferecer vagas em creches e pré-escolas, há o RE-AgR 463.210, em que o Município de Santo André sustenta que a questão em debate envolve aspectos de orçamento e depende da disponibilidade do erário público. Contudo, tal argumento não é sequer debatido na decisão. No voto do Ministro Carlos Velloso, o único publicado, alguns precedentes do próprio tribunal são citados[14] para concluir que educação é direito fundamental e cabe ao Judiciário fazer valer a vontade concreta da lei e da Constituição. Não há nenhuma menção aos custos do direito à educação, à limitação de recursos e à reserva do possível. No RE 402024, também com voto do Ministro Carlos Velloso, e novamente envolvendo direito à educação infantil, o Município alegou, entre outras coisas, que o Poder Judiciário, em decorrência do princípio da separação de poderes, não pode obrigar o Poder Executivo municipal "ao cumprimento de decisões judiciais inaplicáveis e absolutamente dependentes de recursos financeiros que o Município não tem, e que não podem ser supridos pelo Poder Judiciário", além de haver o risco de comprometimento da qualidade do ensino pelo ingresso de número de crianças além daquele que a rede municipal pode suportar. Na decisão, o Ministro Carlos Velloso entende que a Constituição atribui ao município o dever de agir prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil e, sob esse argumento e citando alguns precedentes, reconhece o dever do Município nesse caso concreto. Mais uma vez, não há nenhum debate a respeito dos custos do direito, da reserva do possível e da escassez de recursos.

No RE-AgR 401023, que também trata do direito à vaga em creche, o Município de Santo André alega que a carga tributária, apesar de alta, não é suficiente para atender todas as necessidades da população. Esse caso, porém, limitou-se à análise de questão processual. Novamente sobre direito à vaga em creche, o RE-AgR 410646 também se limitou à análise de questões processuais e citou o próprio RE-AgR 401023 para fundamentar sua decisão. O RE-AgR 401023 também foi usado como precedente e principal argumento no julgamento do RE-AgR 431916, que também se limitou à análise de questões processuais.

O RE 411518, o RE 401673 e o RE 431773, versando sobre direito à creche, trazem uma passagem muito interessante em que o Ministro Marco Aurélio, ao se referir

ao argumento da escassez de recursos, diz: "Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga". Tal argumento empobrece o debate, pois o fato de a carga tributária ser alta não significa que ela seja suficiente para concretizar de forma total todos os direitos. Parte-se de um pressuposto, não comprovado, de que não é preciso fazer escolhas porque o dinheiro atende a todas as obrigações impostas pelo ordenamento jurídico.

Como se pôde observar até o momento, pelos acórdãos analisados, custos dos direitos, limitação de recursos e reserva do possível não foram óbices para se obrigar o Estado a concretizar o direito à educação nos casos em que a tutela jurisdicional foi pedida e, em muitos casos, foram completamente ignorados na decisão ou até mesmo tratados com menosprezo ("eterna lengalenga").

Tal posicionamento, no entanto, não prevalece em dois votos da ADI 3324. A Ação Direta de Inconstitucionalidade vai contra Lei n. 9.536/97, que permite a transferência entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal, civil ou militar, estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima desta. O requerente, o Procurador Geral da República, reclama que a lei, que obriga universidades públicas a aceitarem estudantes provenientes de instituições privadas de ensino superior, fere o princípio da igualdade por permitir que estudantes ingressem na rede pública de ensino superior sem passar pelo vestibular, como todos os outros pleiteantes a uma vaga. Além de ferir o princípio da igualdade, essa lei, da forma como aplicada, poderia levar a universidade a abrir mais vagas do que sua capacidade financeira permitiria.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa, nesse acórdão, afirma que "a educação, além de ser um direito fundamental de cunho social, constitui um bem ou prestação que se reveste, entre nós, da característica da escassez" e que imperativos governamentais ligados às restrições orçamentárias, e outras limitações estruturais, fazem com que o oferecimento indistinto desse direito seja impossível, o que acarreta a "necessidade de estabelecimento, pelo Estado, de critérios e mecanismos tendentes a disciplinar as formas de acesso a bem prestacional tão valioso".

Na mesma ADI votou o Ministro Gilmar Mendes, que afirmou que o ensino superior público, embora intitulado "gratuito", é custeado por créditos orçamentários públicos e, por essa razão, faz-se necessário harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias com os limites orçamentários das Universidades Públicas brasileiras. O Ministro ressaltou que o orçamento das universidades públicas possui receita suficiente apenas para cobrir certo número de vagas, e constatou que os próprios memoriais e documentos acostados aos autos indicam que, em média, considerando apenas os pedidos efetuados no ano de 2004, o ingresso ilimitado de

estudantes por transferência obrigatória comprometeria significativamente a oferta de vagas pelas universidades. Lembrou, também, que a Constituição proíbe a realização de despesas, ou assunção de obrigações, que excedam os créditos orçamentários (CF art. 167, I). Em seguida, questionou qual seria a origem dos recursos para cobrir as despesas decorrentes do ingresso irrestrito de mais e mais alunos em uma universidade pública e quais créditos cobririam a despesa? Finalmente, julgou que "não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que subordinam a atuação das Universidades Públicas quanto ao atendimento incondicional dos pedidos de transferência *ex officio*".

Esses dois votos da ADI 3324 são muito interessantes não só porque trazem à tona a questão dos custos do direito e da limitação de recursos, mas também fazem desses elementos argumentos fundamentais no julgamento.

Por fim, trato da ADI 1950, que questiona a constitucionalidade da lei estadual paulista 7.884/92, que assegura o direito à meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer, para estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino. O intuito dessa lei é "complementar a formação dos estudantes" e "garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto". Nesse acórdão, o Ministro Marco Aurélio entende que o direito dado aos estudantes possui um custo e que a concessão da meia-entrada transfere aos agentes econômicos privados o ônus que deveria ser suportado pelo próprio Estado. O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, também trata da questão dos custos que esse direito gera, mas entende que, nesse caso, esse ônus é arcado pelos outros usuários que pagam a entrada inteira.

2.3 Conclusão do item

Na conclusão do item referente ao direito à saúde, foi criada a hipótese de que a ADPF 45 poderia representar um novo paradigma na forma como o Supremo Tribunal Federal lida com o tema dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos. Essa hipótese, para ser testada, precisava da análise de mais decisões em que houvesse referência a essa ADPF. Em se tratando especificamente de direito à educação, duas decisões trabalham com a ADPF 45. No entanto, na ADPF 45, apesar de citada, o seu conteúdo não só não teve nenhum papel na formulação dos votos, como foi sendo contradito ao longo da fundamentação das decisões. Isso, em si, pode não representar um problema, desde que a ADPF 45 fosse citada para ser expressamente superada. Contudo, nos dois acórdãos mostrou-se concordância com o conteúdo da ADPF 45, contudo, o que está lá afirmado não foi usado em nenhum momento das decisões, que foram mantidas em um nível alto de abstração, em vez de descer ao caso concreto, o que permitiria uma análise menos teórica e mais concreta do tema da reserva do possível, dos custos dos direitos e da limitação de recursos. Tal fato cria uma situação curiosa em que o tribunal mostra ter ciência da relevância das questões de que essa ADPF trata, mas não as leva em consideração na hora de decidir.

Nas outras decisões em que se pede o direito a uma vaga em creche não há debate mais detido a respeito dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos, sendo que em todos os casos obrigou-se o Estado a concretizar o direito pedido. É muito curioso notar que custos dos direitos, reserva do possível e escassez de recursos ganham maior importância em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI 3324 e na ADI 1950. Nesses acórdãos, essas questões não só são reconhecidas e discutidas como também são usadas na fundamentação das decisões.

Em controle abstrato de constitucionalidade existe uma maior preocupação com as conseqüências econômicas das decisões e é dada relevância à questão dos custos dos direitos, da escassez de recursos e da reserva do possível. Preocupação essa que não ocorre em casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação.

Como não houve nenhuma decisão mais recente do STF sobre direito à educação, ainda não é possível saber se as mudanças observadas no julgamento de casos envolvendo um fazer em matéria de saúde são válidas também quando se tratar de uma ação para concretizar o direito à educação.

3 Intervenção federal pelo não pagamento de precatórios

Uma vez que a Fazenda Pública é condenada judicialmente ao pagamento de uma dívida, o juiz de primeiro grau faz ao Presidente do Tribunal respectivo a solicitação para que este requisite a verba necessária para o pagamento do credor perante a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município em face de decisão judicial. Essa solicitação recebe o nome de precatório.

Existem também os precatórios alimentares, conhecidos como créditos alimentares, que se submetem ao regime de precatórios, mas devem ser pagos com preferência. Esses precatórios compreendem, de acordo com art. 100, §1º - A da Constituição Federal, "débitos decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado". Ainda de acordo com a Constituição, em seu art. 100, 1º:

> [...] é obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 01 de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

O não pagamento dos precatórios por parte dos Estados-Membros da Federação pode dar ensejo à intervenção federal da União nos Estado, a qual pode ser requisitada

pelo Supremo Tribunal Federal (art. 36, inc. II, da CF) com fundamento na desobediência a ordem ou decisão judiciária (hipótese do art. 34, inc. VI, da CF). É com esse fundamento jurídico que são pedidas as intervenções federais impetradas no STF e que são objeto de análise nesta seção.

3.1 Pesquisa de decisões

Na pesquisa preliminar já havia sido encontrado o IF 2915. Na busca por "intervencão federal e precatórios", foram apresentados 59 decisões, sendo que concernentes ao tema da monografia foram selecionadas 33.[15] Também foram utilizadas decisões citadas como precedentes nestes acórdãos encontrados.[16]

3.2 Análise das decisões

Em nenhum dos casos analisados foi concedida uma intervenção federal. No entanto, em todos os acórdãos há votos divergentes, o que mostra ser esse um tema pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas ainda não pacificado entre seus próprios ministros. Os votos de cada ministro em matéria de pedido de intervenção federal por não pagamento de precatórios são muito interessantes porque, mesmo não tratando de questão que envolva direitos sociais,[17] há em todos os acórdãos referência à escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível.

Apesar do número relativamente grande de decisões, os casos não diferem substancialmente entre si e, na imensa maioria dos votos, os argumentos de cada Ministro se repetem. Por essa razão, em vez de separar a análise por acórdãos, como feito até aqui, serão analisados os argumentos de cada Ministro que manifestou seu posicionamento nos acórdãos pesquisados.

O Ministro Marco Aurélio, em todas as decisões nas quais se manifestou, votou pela intervenção federal. Ele entende que não pagamento é desrespeito à ordem judicial e à Constituição[18] e que, sem providência efetiva, as decisões judiciais contra o Estado serão simplesmente "líricas";[19] não admite que o Estado use a justificativa da ausência de recursos, uma vez que os brasileiros continuam pagando impostos,[20] e, nos casos envolvendo o Estado de São Paulo, é ainda mais peremptório, ao afirmar que argumento de deficiência de caixa é inaceitável, dado que se trata do maior Estado da Federação.[21] Em outras passagens afirma que:

> [...] desde que me conheço por gente há descompasso entre receitas e despesas, consideradas as pessoas jurídicas de direito público[22] [...] as dificuldades de caixa sempre existem, o que torna presumível a contumácia no descumprimento das obrigações pecuniárias estampadas em sentença.[23]

Vê-se uma contradição clara entre dizer que não se pode alegar ausência de recursos porque se continua a pagar os impostos ou porque se trata do maior Estado

do Brasil e, ao mesmo tempo, afirmar que o Estado sempre tem problemas para equilibrar receitas e despesas. De qualquer forma, o Ministro Marco Aurélio não aceita a escassez de recursos como argumento válido para não pagamento dos precatórios.

Alinhado com o posicionamento do Ministro Marco Aurélio está o Ministro Carlos Ayres Brito que afirma que não se pode aceitar o argumento de exaustão das finanças do Estado, sob risco de deixar sem eficácia a norma que prevê intervenção federal e, conseqüentemente, desproteger o credor.[24]

O posicionamento dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Brito em matéria de intervenção federal por não pagamento de precatório é minoritário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, na IF 2915, em voto diversas vezes citado pelo próprio Ministro para decidir outros casos concernentes ao mesmo assunto,[25] entende que não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento de ordens judiciais que fundamentam o pedido de intervenção. Ele mostra, ao analisar as contas do Estado de São Paulo, que somente dois por cento das receitas líquidas poderiam ir para pagamento de precatórios e, por essa razão, não é possível exigir o pagamento da totalidade dos precatórios, pois tal pagamento deve ter respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais e na proteção dos direitos fundamentais. O Estado está submetido a uma série de outras obrigações como, por exemplo, educação e saúde.

O Ministro Gilmar Mendes fala também em reserva do financeiramente possível e lembra que o exercício de determinados direitos depende de pressuposto fático. Ele afirma, ainda, que a busca da redução das desigualdades sociais não se realiza sem reflexão acurada dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional. Por fim, reconhece que julgamentos intrincados devem ser analisados com a maior quantidade possível de informações e de dados concretos. Nesse caso, o Estado de São Paulo demonstrou que vem tentando pagar os precatórios, o que mostra ausência de dolo no não pagamento, e que o interventor não poderia separar mais que os dois por cento para cumprir suas obrigações. Como o Estado de São Paulo mostrou-se diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que não era cabível a intervenção federal.

O posicionamento do Ministro Carlos Velloso segue a mesma linha. Na IF 2915,[26] ele entende que houve inocorrência de descumprimento da ordem judicial, pois não houve ato comissivo ou omissivo intencionalmente dirigido ao não pagamento de precatórios. Mostra, ainda, que o Estado de São Paulo vem envidando esforços a fim de honrar seus precatórios pendentes. Por fim, expressa concordância com o voto do Ministro Gilmar Mendes. Na IF 3773, cita a seguinte passagem de Nelson Hungria: "quando falta dinheiro, nem o rei pode". Em seguida, diz "não podemos admitir que, num determinado momento, deva o Estado pagar precatórios em

detrimento de investimentos no campo social, na saúde, na educação, na comida dos presos, no pagamento do funcionalismo público". Lembra, também, as limitações que a Lei de Responsabilidade Fiscal impôs aos administradores públicos. Sustenta, por fim, que não deve ser requisitada intervenção federal de Estado que vem pagando os precatórios dentro de suas possibilidades financeiras e que somente não o faz integralmente por carência de recursos, "já que há outras despesas que devem ser satisfeitas no campo social, na saúde do povo, na educação".

O Ministro Maurício Corrêa, por sua vez, entende que não cabe intervenção federal quando não há descumprimento voluntário e intencional da decisão transitada em julgado. Deve haver o dolo no não cumprimento, o que não se caracteriza, pois o Estado precisa garantir a eficácia de outras normas constitucionais e a continuidade dos serviços públicos.[27] Em duas decisões envolvendo o Estado de São Paulo, Maurício Corrêa leva em consideração o fato de este ter somente dois por cento do seu orçamento disponível para pagamento de precatórios.[28] Na IF 3773, o Ministro considera que a Intervenção Federal somente agravaria a situação caótica das finanças.

A Ministra Ellen Gracie também entende que o pedido de intervenção federal não pode ser acolhido quando não houver descumprimento voluntário e intencional da decisão judicial transitada em julgado.[29] Ela afirma que não cabe ao STF, em sede de IF, fiscalizar a destinação de verbas públicas e aceita argumento de que o Estado possui limites financeiros e orçamentários, e a atuação do tribunal não pode prejudicar o funcionamento dos serviços públicos.[30] Em outras decisões entende que a entrada de interventor irá agravar ainda mais o desequilíbrio financeiro-orçamentário do Estado. E, além do mais, ele encontrará as mesmas situações fáticas existentes, ou seja, de inexistência de recursos suficientes para atendimento imediato dos precatórios.[31]

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello, julgou improcedente o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, uma vez que não houve intenção no descumprimento da lei, e este demonstrou que o não pagamento deu-se por insuficiência de recursos, já que as despesas são maiores que as receitas correntes líquidas, apesar de já haver um projeto do governo do Estado para pagamento dos precatórios. Por essa razão, há impossibilidade material de solver, no momento imediato, todas as obrigações.[32]

O Ministro Ilmar Galvão também aceita argumento de que a intervenção federal deve ser julgada improcedente porque o não pagamento deu-se pela exaustão do erário do Estado.[33] Na IF 3773, ele lembra também a Lei de Responsabilidade Fiscal, que impõe limitações aos gastos do administrador público. Destoa deste entendimento o voto do Ministro na IF 2915 e na IF 2953, em que julga procedente o pedido de intervenção federal. Ele afirma não aceitar o argumento de que há falta de dinheiro se, por exemplo, o governo realizou obras públicas ou algum outro programa, que tenham exigido mais recursos que o previsto no orçamento. Também não aceita justificativa

de que há despesas mais prementes, uma vez que há um orçamento a ser cumprido. As IF 2915 e 2953 são anteriores às outras decisões, o que aponta uma mudança na posição do Ministro Ilmar Galvão a respeito do assunto.

Por sua vez, o Ministro Sidney Sanchez declara que um interventor também não teria condição de pagar os precatórios com o erário público de São Paulo, uma vez que o não pagamento se deu pela insuficiência de recursos do erário público.[34]

Por fim, mas não o menos importante, o Ministro Nelson Jobim, na IF 2915 e na IF 2953, mostra que o orçamento do Estado não conseguiria dar conta dos precatórios de forma imediata, pois não há de onde se tirar o dinheiro. Tendo em vista os recursos existentes e as vinculações constitucionais obrigatórios, apenas dois por cento do orçamento do Estado poderiam ser destinados ao pagamento de precatórios. Portanto, não houve uma voluntária e arbitrária obstrução à ordem judicial. Ele questiona, também, de onde sairia o dinheiro para se cumprir todos os precatórios, se da educação, da saúde ou de outros gastos obrigatórios e completa: "às vezes, nós e alguns juristas esquecemos que todos os direitos, mesmo os direitos positivos, têm custos". Lembra que um eventual interventor não poderia resolver o problema, pois encontraria a mesma situação. Por fim, diz que se deve "considerar as coisas como elas são, não como elas deveriam ter sido ou poderiam ser".

3.3 Conclusão do item

As decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios tratam, em sua maior parte, da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível de forma muito diferente daquelas que versam sobre o direito à saúde e à educação. Com exceção dos posicionamentos do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Carlos Ayres Britto, e de alguns votos do Ministro Ilmar Galvão, todos os outros ministros mostraram não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como fizeram disso um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão.

Existe também uma grande preocupação por parte da maioria dos ministros de se conhecer a situação concreta das finanças públicas dos Estados contra os quais se pede a requisição de intervenção federal, para demonstrar a impossibilidade material do cumprimento da totalidade dos precatórios sem prejuízo de outros deveres do Poder Público, além de uma análise sobre as medidas que já estão sendo tomadas para resolução das omissões estatais. É uma postura que difere das decisões que envolvem direito à educação e à saúde, em que, geralmente, não há nenhuma preocupação em se analisar os custos daquilo que se pede em juízo nem a possibilidade fática de o Estado cumprir a decisão tendo em vista as diversas outras obrigações que possui.

Outro ponto muito interessante é o emprego da "reserva do possível", originariamente usado no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, pelo Ministro Gilmar Mendes, para o julgamento de casos envolvendo o não pagamento

de precatórios. Entendo ser este um indício de que, pelo menos na concepção desse Ministro, os direitos sociais não são um direito prestacional qualitativamente diferente dos outros, pois todos envolvem custos e, por essa razão, dependem de recursos financeiros. Tal entendimento é corroborado pela afirmação do Ministro Nelson Jobim: "às vezes, nós e alguns juristas esquecemos que todos os direitos, mesmo os direitos positivos, têm custos".[35]

O que causa alguma inquietação é o fato de que se todos os direitos têm custos, por que esses custos são levados em consideração no julgamento de alguns direitos e praticamente ignorados no de outros? Uma forma de responder a essa questão seria considerando o grau de fundamentalidade do direito à saúde e do direito à educação que os coloca em um grau de importância acima do direito de receber uma dívida do Estado. Entretanto, essa não parece ser uma resposta plausível se considerarmos que 36 dos 38 acórdãos estavam relacionados expressamente a precatórios alimentares,[36] necessários para a subsistência do credor e sua família. Outras respostas possíveis a essa inquietação serão abordadas a seguir.

Conclusão

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou que a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível recebem um tratamento muito semelhante quando se trata de direito à educação e à saúde, porém de forma muito diferente se comparados às decisões relacionadas a pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Em relação aos pedidos de acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração. E nos poucos votos em que essas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas com argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nessas decisões as quais são julgadas conforme o ensinamento do brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus.*[37]

Esse tipo de decisão ignora as conseqüências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar de direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e se esquece da realidade.

Essa forma de decidir era utilizada, antes da STA 91, também para decidir casos envolvendo pedidos de medicamento e tratamento médico, em que os julgadores apresentavam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado. Pode-se dizer que com a STA 91 está havendo uma reformulação no entendimento do STF

sobre o direito à saúde, bem como uma mudança na forma de se analisar o tema. Entretanto, importa ressaltar que ainda não se pode ter certeza quão significativa é essa mudança. As decisões posteriores à STA 91, que concediam os medicamentos pedidos, apesar de se atentar mais às questões fáticas, não analisavam as questões relacionados aos custos dos direitos, à escassez de recursos e à reserva do possível nem dialogam com o conteúdo da STA 91 e da SS 3073, que lidam, em alguma medida, com essas questões.

Também fica em aberto se essas mudanças no julgamento de casos concretos envolvendo direito à saúde serão estendidas para o direito à educação. Somente com futuras decisões é que se poderá averiguar a coerência do STF nesse aspecto.

Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, contudo, ganham muita importância em matéria de direito à saúde e à educação em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade, sendo, muitas vezes, elementos preponderantes na decisão. Uma hipótese para explicar essa diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há o efeito *erga omnes,* o que faz com os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos.

Essa hipótese pode servir também para explicar a razão pela qual a escassez de recursos, a reserva do possível e o custo dos direitos recebem tanta importância e são analisados de forma tão detida nos julgamentos de pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Além do tamanho da dívida gerada – e por estes precatórios serem impagáveis no curto prazo –, existem as gravíssimas implicações políticas que adviriam de uma intervenção do governo federal em um ente da federação. Se a hipótese aventada estiver correta, ela pode explicar a diferença de tratamento para a questão da reserva do possível, dos custos dos direitos e da escassez de recursos entre os casos envolvendo direitos sociais (educação e saúde) e aqueles em que se pede intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Explica, porém, não justifica. Não justifica a razão pela qual não há uma análise semelhante, para os outros casos, àquela feita para os pedidos de intervenção federal, uma vez que todos envolvem custos. O problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. Afirmar com segurança que o impacto de umas é menor que o de outras só seria possível por meio de uma análise mais pormenorizada das políticas públicas de saúde e educação e de conhecer melhor a capacidade de gasto do Poder Público, o que foi feito nos julgamentos de pedido de intervenção federal. Além do mais, alguns pedidos isolados podem não trazer maiores problemas para as finanças públicas. Ao se abrir precedentes, entretanto, todos aqueles que se encontram em situação idêntica podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que acarretará um grande impacto às contas públicas.

Em diversos votos das decisões sobre intervenção federal afirmou-se que o Estado tem diversas obrigações, como na área de educação e saúde, e que, por essa razão, justifica-se o não pagamento dos precatórios. Será que esse raciocínio não poderia ter sido utilizado em casos envolvendo medicamentos de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde? Não se poderia afirmar que a não concessão de medicamento justificar-se-ia porque o Estado tem, mesmo dentro da área de saúde, diversas obrigações e outras prioridades? Por que os custos dos direitos sociais são mais lembrados quando se julga um pedido de intervenção federal do que quando são objeto principal de um recurso?

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos – questões normalmente ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais –, são tratados de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignorados, quando este julga casos envolvendo direito à educação e saúde em controle difuso de constitucionalidade, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Pode-se, talvez, sustentar que o STF criou uma espécie de hierarquia em que alguns direitos, em alguns casos, não se submetem à "reserva do possível". Porém, algumas inconsistências suscitadas pela análise das decisões não permitem compreender claramente como essa hierarquia está estruturada e quais são os fundamentos para seu embasamento jurídico.

Reforço, novamente, que este artigo não é uma crítica aos resultados das decisões e se o Ministro concede ou não o pedido, é um questionamento à insuficiência de argumentação em alguns julgados e um certo grau de incoerência observado quando são comparadas as decisões entre as matérias estudada (direito à saúde, educação e intervenção federal pelo não pagamento de precatórios) e, até mesmo, dentro de cada matéria.

: ARTIGO APROVADO (08/10/2008) : *RECEBIDO EM 31/01/2008*

NOTAS

1 O autor agradece aos professores Diogo Coutinho, Marcos Paulo Verissimo, Cláudio Shikida, Bruno Meyerhof Salama e Virgilio Afonso da Silva pelos comentários, sugestões e críticas ao presente artigo. Também sou muito grato ao apoio da Sociedade Brasileira de Direito Público, na pessoa da Roberta Sundfeld e do professor Carlos Ari Sundfeld. Todas essas pessoas colaboraram imensamente para o resultado final deste artigo, embora qualquer opinião ou equívoco nele encontrado seja de responsabilidade única e exclusivamente do autor.

2 De acordo com o website do Programa DST-AIDS do Ministério da Saúde, com base em dados da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, o Estado de São Paulo gastou, em 2005, 86 milhões de reais para custear os tratamentos ordenados pelo poder Judiciário. Esse valor representa 30% do total de gastos do programa oficial de remédios de alto custo. Disponível em: http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>. Acesso em: 29.09.2006.

3 Esse conceito surgiu de uma decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã [BVerfGE33, 303 (333)] em que havia a pretensão de um cidadão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, fundamentado na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Nessa decisão, afirma a Corte que a "prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável... Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento" (Sarlet, 2001, p. 265).

4 Para maior aprofundamento a respeito do tema, ver Silva (2005).

5 Para facilitar a leitura, optou-se por colocar sempre a sigla da classe da ação ou recurso ao invés do nome completo. As siglas são as mesmas usadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal e o nome completo pode ser facilmente identificado na consulta à lista completa de decisões que aparece ao fim do presente artigo.

6 Citado como precedente pelo RE 248304.

7 Citado como precedente nas seguintes decisões: AgRg no RE 271286; ADPF 45/DF; AI 570455/RS; AI 462563/RS; AI 537237/PE; AgRg no AI 486.816-1/RJ; AgRg no RE 259508/RS; RE 297276/SP; RE 342413/PR; RE 353336/RS; RE 393175/RS.

8 A ADPF 45 pode ser considerada uma exceção a essa regra.

9 A distrofia muscular de Duchenne é uma doença genética que se caracteriza por uma degeneração progressiva do tecido muscular. Para mais informações, ver < http://www.distrofiamusculardeduchenne.com/distrofia-muscular-de-duchenne.html>.

10 As decisões que citam essa passagem são: RE 267612/RS; AI 570455/RS; AgRg no RE 271286/RS; RE 198265/RS; RE 248304/RS; AgRg no RE 273834-4/RS; RE 393175/RS.

11 A Fenilcetonúria é uma doença hereditária e que se caracteriza pela impossibilidade do organismo de metabolizar e eliminar o ácido fenilalanina, o que pode causar deficiência mental (AMORIM *et al.*, 2005)

12 A ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao § 2º, art. n. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Esse dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde "a totalidade das dotações do ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza". O partido alega que o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em "ações e serviços públicos de saúde", contrariando a Emenda Constitucional n. 29, que estabelece no art. 198 da Constituição Federal, § 2o, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

13 *O Estado de S.Paulo*, mai. 2007, p. A11, 21.

14 RE402024; AI-AgR410646; RE411.518; RE 401673.

15 IF-AgR-ED 1012/SP; IF-AgR 2117/DF; IF-AgR 506/SP; IF-AgR 2081; IF-AgR 2663/RS; IF-AgR 3124; IF-AgR 4174/RS; IF-AgR 4176/ES; IF 164/SP; IF-AgR 3977/SP; IF 2127/SP; IF 2737/SP; IF 2805/SP; IF 2909/SP; IF 2975/SP; IF 3046/SP; IF 3773/RS; IF 171/SP; IF 317/SP; IF 492/SP; IF 1317/SP; IF 1952/SP; IF 2257/SP; IF 449/SP; IF 237/SP; IF 470/SP; IF 1466/SP; IF 1690/SP; IF 2194/SP; IF 444/SP; IF 2915/SP; IF 298/SP.

16 IF 3601/SP; IF 2953/SP; IF 1349/SP.

17 Pode-se entender que nos casos envolvendo precatórios alimentares, lida-se com direitos sociais, como salário e benefício previdenciário. No entanto, esSa abordagem não foi feita pelos Ministros nos votos dos acórdãos analisados.

18 IF-AgR 3124; IF-AgR 4174.

19 IF-AgR 506; IF-AgR 2117.

20 IF-AgR 506

21 IF-AgR 3977; IF 139; IF 164; IF 171; IF 237; IF 298; IF 317; IF 444; IF 449; IF 470; IF 492; IF 1317; IF 1466; IF 1690; IF 1952; IF 2127; IF 2194; IF 2257; IF 2737; IF 2805; IF 2909; IF 2915; IF 2909; IF 2975; IF 3046; IF 3601; IF 2953; IF 1349. Na IF 3773, há um uso impróprio do precedente, pois se trata de uma ação envolvendo o Estado do Rio Grande do Sul. Contudo, o Ministro Marco Aurélio a usa para decidir um precedente em que ele julga um caso envolvendo o Estado de São Paulo, ao qual ele se refere como o maior Estado da Federação.

22 IF-AgR 2117.

23 IF 139; IF 164; IF 171; IF 237; IF 298; IF 317; IF 444; IF 449; IF 470; IF 492; IF 1317; IF 1466; IF 1690; IF 1952; IF 2127; IF 2194; IF 2257; IF 2737; IF 2805; IF 2909; IF 2915; IF 2909; IF 2975; IF 3046; IF 3601; IF 3773; IF 2953; IF 1349.

24 IF-AgR 3977; IF-AgR 4174; IF-AgR 4176.

25 **I**F 164; IF 171; IF 237; IF 298; IF 317; IF 444; IF 449; IF 470; IF 492; IF 1317; IF 1466; IF 1690; IF 1952; IF 2127; IF 2194; IF 2257; IF 2737; IF 2805; IF 2909; IF 2915; IF 2909; IF 2975; IF 3046; IF 3601; IF 3773; IF 2953; IF 1349.

26 Usado como precedente pelo Ministro Carlos Velloso nas IF 449; IF 492; IF 1317; IF 1952; IF 2257.

27 IF-AgR 506; IF-AgR 2081; IF-AgR 3124; IF-AgR 3526; IF-AgR 3977; IF-AgR 4174; IF-AgR 4176.

28 IF 2915; IF 2953.

29 IF-AgR 1018.

30 IF-AgR 2117.

31 IF 2915; IF 2953.

32 IF-AgR 3977; IF 164; IF 444; IF 470; IF 1466; IF 1690; IF 2915; IF 2953; IF 1349.

33 IF 171; IF 317; IF 449; IF 492; IF 1317; IF 1952; IF 2257.

34 IF-AgR 3977; IF 164; IF 444; IF 470; IF 1466; IF 1690; IF 2915; IF 2953; IF 3773.

35 IF 2915; IF 2953.

36 Em dois acórdãos não há nenhuma referência ao tipo de precatório de que se trata.

37 Em tradução livre: faça-se justiça, ainda que pereça o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles.* Madrid: Trotta, 2002, p. 21.
ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 498.
AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, p.185.
AMORIM, Tatiana et al. Aspectos clínicos da fenilcetonúria em serviços de referência em triagem neonatal da Bahia. *Revista Brasileira de Saúde Materna e Infantil*, ano 5, n. 4, p. 457-462, 2005.
BRASIL, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Municípios: quando custam as câmaras de vereadores. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*. Brasília, n. 21, 2000a., p. 2, 3.
_____ . Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*. Brasília, n 22, 2000b, p. 3.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia, n. 3, 1991, p. 461-500.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais,* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30, 36.
SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais:* orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
SILVA, Virgílio Afonso da, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005, p. 96.
SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29.

Daniel Wei Liang Wang

Mestrando em Direito Constitucional na USP
Pesquisador em Direito Econômico do Programa de Especialização e Educação Continuada em Direito - GVlaw - na DIREITO GV

Rua Rocha, 220
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
daniel.wang@fgv.br

O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NOS CONTRATOS: RECENSÃO DA OBRA DE TERESA NEGREIROS

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Renata Carlos Steiner

THE PARADIGM OF ESSENTIALITY IN THE CONTRACT'S LAW : A RECENSION OF TERESA NEGREIRO'S WORK

RESENHA

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

No ano em que a Constituição da República Federativa do Brasil completa 20 anos de sua promulgação, vem à tona a necessidade de avaliar seus impactos na sociedade brasileira e verificar até que ponto os princípios e valores ali consubstanciados encontram-se arraigados e disseminados na cultura jurídica brasileira. Teresa Negreiros toma a Constituição como marco para a análise do direito civil, no tocante ao que a própria autora chama de revolução axiológica, visto que, como se sabe, a rígida divisão entre direito privado, aquele contido nos códigos, e o direito público, contido nas Constituições, representa o momento histórico da modernidade jurídica. O conhecido tripé da civilística, família, propriedade e contratos, é modificado com a queda do muro "a separar o Estado e a sociedade" (Negreiros, 2006, p. 48). Com a leitura constitucional busca-se não apenas fotografar esta mudança, mas antes compreendê-la axiologicamente a partir de seu "valor-fonte", a dignidade da pessoa humana. Substitui-se a ênfase no "ter", dado que o indivíduo moderno é essencialmente o indivíduo proprietário, pelo "ser", que deve ser tutelado

com "primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial" (NEGREIROS, 2006, p. 62). Não se trata, como a própria autora afirma, de uma escolha isenta de valores, pelo contrário. Colocar-se na perspectiva civil-constitucional é uma escolha ideológica e aberta na obra de Teresa Negreiros.

A reverberação do direito constitucional no plano dos contratos dá à luz a uma teoria contratual pautada no paradigma da essencialidade. Trata-se, em linhas gerais, da conjugação da classificação dos bens e dos contratos, a partir da maior ou menor incidência dos princípios clássicos e contemporâneos. Neste contexto, exercem os princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos o papel de "base metodológica e axiológica em que será possível edificar o paradigma da essencialidade" (NEGREIROS, 2006, p. 103).

A teoria propugnada por Negreiros tem especial importância por demonstrar que o reconhecimento de uma nova principiologia contratual não significa nem a substituição dos princípios clássicos, nem a aplicação dos novos apenas subsidiariamente. Vive-se, em realidade, um momento de "hipercomplexidade", conforme expressão de Antonio Junqueira de Azevedo, e, a partir da essencialidade e utilidade do bem, se pode trabalhar com a maior ou menor incidência dos novos princípios, ou dos clássicos.

Em toda a obra da autora fica latente que não se está a propugnar pela desconsideração da autonomia privada, pelo contrário. Tal é revigorada com a devida constatação de que a dignidade da pessoa humana não pode pôr em risco a liberdade, sem a qual a vida humana careceria de sentido. Em realidade, defende a autora a criação de uma nova ética, a qual chama de ética da solidariedade, e não mais exclusivamente de liberdade.

Os novos princípios exercem um papel que se pode dizer tanto de desconstrução como de reconstrução. Desconstrução daquele panorama contratual impregnado de valores individual-filosóficos e do liberalismo econômico, surgidos no século XVIII, triunfados no século XIX e positivados nas codificações francesa e alemã (NEGREIROS, 2006, p. 24). O contrato moderno se viu construído pautado na vontade, em decorrência das categorias e valores do cenário jurídico-filosófico dos setecentos, o que foi sedimentado pela teoria jurídica do século seguinte. Propõe-se a reconstrução do conceito de contrato à luz dos princípios e valores constitucionais, a partir do reconhecimento de que não há lógica em tutelar um indivíduo abstratamente considerado, em total desconsideração às vicissitudes da vida concreta em que não há, no mais das vezes, a liberdade apregoada.

No entanto, convém ressaltar que não parece correto, aos olhos da autora, falar em nova teoria contratual, senão quando se façam algumas considerações iniciais. Se modificados a sociedade, o tempo e o homem, é inevitável que a teoria contratual também devesse se modificar, razão pela qual a aposição do adjetivo "novo" às teorias do contrato. No entanto, a adjetivação acaba por demonstrar a permanência arraigada de

negação do relativismo histórico no campo jurídico e a crença num sistema jurídico oitocentista que, evidentemente, não mais pode ou deve prevalecer. Aliás, é justamente com tal consideração que a autora afirma a inegável força do modelo de contrato clássico. Alguns autores, como Eros Roberto Grau, sustentam que as inovações vivenciadas nada mais são do que formas de preservar a intocável teoria clássica do contrato. De qualquer forma, Negreiros postula contra uma teoria clássica que busca sua legitimação em um único princípio. Se a crise do paradigma clássico não é tão clara ou unânime, reconhece a autora a indubitável crise de um paradigma único e exclusivo e, mais ainda, tendo-se em vista a necessidade do reconhecimento de que diferentes são os contratos, combate as tentativas de construção de uma teoria geral para enfrentá-los.

A boa-fé é tratada por Teresa Negreiros como assentada na cláusula geral de tutela da pessoa humana, interpretada constitucionalmente sendo:

> possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica (2008, p. 117).

A autora dedicou-se ao estudo desta interpretação constitucional do princípio em obra anterior (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*) retomando esta teoria quando trata da teoria do contrato, em que o instituto passa a ser visto como pautado na solidariedade social e não mais no exacerbado individualismo que predominou na modernidade jurídica.

O princípio da boa-fé tem sua atuação alargada a todo o âmbito contratual, operando também como fonte de deveres e obrigações, ainda que não contratados expressamente. Tendo-se em vista a diversa gama de funções atribuídas ao princípio, Teresa Negreiros as divide em três grande grupos, quais sejam a função interpretativa-integrativa, a função de criação de deveres jurídicos e, por fim, como norma de limitação do exercício de direito subjetivo. Em todas elas é imprescindível reconhecer que se está a tratar de um contrato visto como relação de cooperação e respeito mútuo e, mais ainda, na prática, estas funções se complementam e, portanto, não atuam isoladamente.

O princípio contratual nomeado de boa-fé, e aqui tratado, difere substancialmente daquela boa-fé dita subjetiva e que se exemplifica na posse de boa-fé. A concepção subjetiva pode ser definida como o estado ou fato psicológico do agente, que considera estar agindo dentro de determinado padrão de comportamento, como o caso daquele que possui imóvel alheio desconhecendo tal condição. Já a boa-fé dita objetiva, com especial relevância no âmbito do contrato constitucionalizado, vai além de um critério de qualificação de comportamento, impondo também deveres e constituindo-se uma autêntica norma de conduta (NEGREIROS, 2006, p. 120).

A diferença entre ambas também pode ser estabelecida quando se percebe que a concepção objetiva do princípio "distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante" (NEGREIROS, 2006, p. 122). Conforme Teresa Negreiros, a distinção é comumente aceita pela doutrina brasileira, mas é mais suscetível de questionamentos em comparação com a doutrina alemã, na qual são designadas sob nomenclaturas diferentes. Assim, à boa-fé subjetiva corresponde, no direito alemão, a expressão "guter Glaube", enquanto a boa-fé objetiva é denominada "Treu und Glauben". De qualquer forma, ressalta a autora a utilidade da explicitação das duas vertentes da boa-fé no direito brasileiro no sentido de melhor esclarecer e enfatizar as inovações pelas quais passa o direito contratual contemporâneo e o seu papel de "topos subversivo" neste contexto, conforme expressão cunhada por Judith Martins-Costa.

Foi com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990 que se positivou no Brasil a cláusula geral da boa-fé, embora mesmo antes de seu advento a aplicação do princípio encontrasse guarida na doutrina e jurisprudência pátrias. A mudança de mentalidade, analisada por Antonio Junqueira de Azevedo, ou a mudança de paradigma nas palavras de Claudia Lima Marques, representada pela consagração da boa-fé no Código do Consumidor, é ferramenta de indubitável importância ao que chama Teresa Negreiros de reenvio, de elo de ligação entre relações privadas e a normativa constitucional, sendo esta a grande função do princípio em questão. Daí por que não parece correto limitar os casos de aplicação da boa-fé exclusivamente à interpretação ou integração contratuais, pelo contrário, a boa-fé faz parte do substrato do contrato entendido como relação de cooperação.

É, por exemplo, fonte autônoma de direitos e obrigações, ainda que não contratados, que interessam ao cumprimento da obrigação de forma leal e proba. Trata-se dos chamados deveres instrumentais, laterais ou anexos, a serem mensurados no caso concreto e que se exemplificam, mas não se exaurem, nos deveres de cuidado, de informação, de colaboração, proteção e cuidado com a contraparte e seu patrimônio. As exigências da boa-fé não podem ser de antemão definidas, pois dependem da situação concreta a ser analisada. Assim, especifica-se em comportamentos diversos a depender do nível socioeconômico dos contratantes, da espécie do vínculo, da finalidade do ajuste, entre outras circunstâncias (NEGREIROS, 2006, p. 153). De qualquer forma, evidencia-se, juntamente com Ruy Rosado de Aguiar Jr., que o eixo contratual não mais reside no dogma da vontade, como propugnava a teoria moderna, para se deslocar à lei, uma vez que a ela cabe sancionar os contratos porque são úteis e socialmente relevantes e conferir-lhes eficácia.

Também presente na teoria contratual contemporânea está o princípio do equilíbrio econômico que, na construção

de Teresa Negreiros, encontra substrato constitucional no princípio da igualdade substancial no sentido de que "o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante" (NEGREIROS, 2006, p. 158). A tal conclusão se chega a partir da constatação de que um contrato livremente pactuado pode ser um contrato injusto, devendo-se deslocar da ênfase na liberdade à ênfase na paridade.

É possível que o pensamento da autora, no que se refere à liberdade, seja cotejado com a perspectiva do que se entende por liberdade. Amarthya Sen interpreta a idéia de liberdade a partir do seu conteúdo, e nesta análise liberdade significa não só liberdade de escolher que vida se pretende levar, como também de que maneira será feito. Esta possibilidade de escolha, por outro lado, pressupõe acesso às informações, de forma que todo sujeito detenha condições de prolongar e melhorar a sua própria existência. O autor pontua a perda do referencial da liberdade como um retrocesso no processo de desenvolvimento dos países. A partir deste raciocínio, o problema de desequilíbrio nas relações contratuais não está necessariamente na liberdade, nem a solução na sua minimização, mas na insuficiência de investimentos e ofertas em educação e saúde por parte do Estado. Permitindo-se ao homem acréscimo de informações, assim como a possibilidade de melhoria de sua condição de longevidade e qualidade de vida, o desenvolvimento econômico e social, na visão do autor, pode ser mais consistente do que pela intervenção pontual do Estado, e, entenda-se, do Direito, na busca de um reequilíbrio contratual (SEN, 2007).

Voltando-se ao pensamento de Negreiros, o princípio do equilíbrio econômico reverbera no instituto da lesão. Ausente na disciplina do Código Civil de 1916, marcadamente individualista, encontra-se hoje a lesão consagrada tanto no Código de Defesa do Consumidor como no Código Civil, não sendo demais afirmar que sua base está na Constituição da República.

O terceiro e último novo princípio contratual é o da função social dos contratos, expressamente estabelecido pela primeira vez no direito brasileiro, na redação do art. 421 do Código Civil, determinando que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". É esta função social que, juntamente com a boa-fé e o equilíbrio econômico, redefine o alcance dos demais princípios contratuais clássicos. Não se trata de um limite externo ao contrato ou à situação jurídica, mas sim de algo inerente à sua configuração contemporânea. Aqui reside um ponto fundamental da obra de Teresa Negreiros, visto que tem como pretensão traçar diferenciação entre relações contratuais com base na utilidade do bem contratado. Tal diferenciação só pode ser traçada no âmbito da funcionalização das situações jurídicas à disciplina constitucional, uma vez que inexiste diferenciação sob o prisma estrutural da obrigação.

Abalada a autonomia privada como eixo principal dos contratos, também se questiona o absolutismo da relatividade de seus efeitos. Com a socialização do contrato, os conceitos de partes e de terceiros, antes pautados no voluntarismo, acabam sendo revistos. Neste contexto, o princípio da função social produz um grande abalo estrutural, visto que "torna o contrato um fenômeno transcendente dos interesses dos contratantes individualmente considerados" (NEGREIROS, 2006, p. 226).

A força obrigatória dos pactos, antes retirada da vontade, agora é encontrada na própria lei e nas finalidades não individualistas nela inscritas. E com tal se opera também a reformulação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Na sua concepção tradicional, um terceiro não seria atingido de forma alguma pela inexecução de obrigações contratuais, e a responsabilidade por tal jamais o alcançaria. Hoje, admite-se uma responsabilidade contratual alargada que alcance também terceiros não contratantes e, mais ainda, a partir do que se convencionou chamar de tutela externa do crédito, pode-se aventar hipótese em que terceiro seja chamado à responsabilidade por ter contribuído para descumprimento de uma obrigação originária.

Em qualquer uma das hipóteses, tem-se a releitura da relatividade à luz do conceito e da função social dos contratos. Com tal, a obrigação não é mais vista como um feixe fechado de obrigações de crédito e de débito, envolvendo unicamente o pólo passivo e ativo. Pelo contrário: a obrigação na ótica civil-constitucional interessa a toda a comunidade na medida em que é um fato social.

Complementando-se a teoria da autora, a consagração do reconhecimento da extensão dos efeitos de uma relação jurídica privada, especialmente ao se ter em vista direitos coletivos que podem ser afetados em decorrência de um contrato, representa uma tentativa de concretização do princípio da função social. Calixto Salomão Filho identifica na defesa do meio ambiente, da concorrência e do mercado de consumo, a possibilidade de invocação da função social de um instituto (SALOMÃO FILHO, 2003). O pensamento de Teresa Negreiros também aponta para o reconhecimento de situações em que a relatividade do contrato sucumbiria diante da importância de seus impactos externos.

Para a autora, ainda, o alargamento do pressuposto da responsabilidade civil de terceiro repousa na constatação de que a liberdade de contratar é dotada de função social e que seu abuso leva à responsabilidade do terceiro que, mesmo não sendo parte da obrigação originária, violou o crédito alheio com a celebração de outro contrato. Foi este, aliás, o fundamento da decisão no caso "Zeca Pagodinho", em que a Ambev, embora não fosse parte do contrato originário assinado pelo cantor e a cervejaria Schincariol, foi proibida de veicular sua campanha publicitária que feria o pacto de exclusividade firmado entre os últimos.

Diga-se, portanto, nas palavras de Teresa Negreiro, que "o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato,

como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*" (2006, p. 272). Não se trata de tornar as obrigações contratuais exigíveis de terceiros, mas, sim, impor a estes o respeito àquelas situações jurídicas.

Tecidas estas considerações acerca dos novos princípios contratuais, passa Teresa Negreiros a analisar como se dá sua interação com os princípios clássicos, conforme a proposta de seu trabalho. Tendo-se em vista que se trabalha o direito civil na perspectiva constitucional, há de ser reconhecido o novo papel do estudioso do direito contratual, ao exercer uma tarefa politicamente comprometida. Cabe a ele compreender e estudar as tensões e novas relações entre o direito civil e a Constituição, entre a sociedade e o Estado e, dentro de tal contexto, buscar novos critérios de diferenciação dos contratos.

É possível que se acrescente ao pensamento da autora, no que se refere ao comprometimento político do estudioso do direito, que não apenas o direito, mas também a sociedade organizada, aí compreendidos os Poderes do Estado e o mercado, não podem prescindir da responsabilidade de ordem política que permeia suas decisões. Irti aponta para o caráter político do que se entende por mercado, ao negar a espontaneidade de sua formação, e identifica na sua conformação de maior ou menor intervenção do Estado *sempre* uma opção política, mesmo se no sentido de não-intervenção. Para ele, mercado é uma noção totalmente dependente daquela de direito, pois sem os institutos da propriedade e do contrato e, mais, sem os meios jurídicos de defesa da primeira e de execução do segundo não há como manter a estrutura que, na visão de alguns, poderia ser considerada natural e desvinculada do direito. Para o autor, se há esta dependência em relação ao direito e, conseqüentemente, em relação ao Estado e seus Poderes, não há como negar a opção política de escolha da conformação do mercado e a responsabilidade daí decorrente (IRTI, 2003). Os contratos e sua condição de instrumentos de troca que se realizam no mercado estão, pois, e também na confirmação de Irti, atrelados a opções políticas.

A corroborar as conclusões de Negreiros, há a decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade movida contra a Lei 8.039/1990 que estabeleceu controle de preços das mensalidades escolares (2006, p. 292 e ss.). Nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, observa-se claro embate entre a liberdade de iniciativa e concorrência e os valores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ou, em outras palavras, entre valores individuais e sociais igualmente contidos na Lei Fundamental. Dos votos favoráveis à constitucionalidade da lei, há clara menção à natureza da atividade em questão, a educação, entendida como direito de todos e dever do Estado e por isso mesmo não podendo ser deixada livremente às leis do mercado. Como se vê, a composição dos princípios se deu por meio da análise de um critério de diferenciação dos contratos, a partir do bem a ser tutelado, ressaltando que, quando

se trata de princípios, não há espaço para pensamentos excludentes.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal, na análise de questões relacionadas à educação e cultura, muitas vezes transitam entre a definição da natureza jurídica das relações jurídicas estabelecidas como de natureza contratual, de consumo ou econômica, nem sempre mantendo coerência em seus enquadramentos (RIBEIRO, 2006).

A teoria contratual deve se voltar ao estabelecimento de critérios de diferenciação, "de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais" (NEGREIROS, 2006, p. 303). É possível, a partir do paradigma da diversidade, construir novas e diferentes categorias de contratos, seja a partir de seu objeto, seja por meio da situação concreta do contratante. E com tal se quer dizer que o direito contratual contemporâneo não deve ser neutro, e sim comprometido com a disciplina constitucional.

A qualidade do contratante considerado como pessoa encontra guarida no Código de Defesa do Consumidor, já na configuração do que venha a ser consumidor, pois leva em conta o propósito da relação obrigacional (no caso do direito brasileiro, adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final). Mais especificamente ainda, determina o Código de Defesa do Consumidor também a análise de práticas abusivas, tomando-se em conta a idade, conhecimentos e condição social do consumidor, ou mesmo seu papel social, o que Teresa Negreiros chama de normas *weak-person-related*. Cada vez mais são levados em consideração aspectos pessoais do contratante "como sejam a inexperiência, a leviandade, a pobreza, a doença, a velhice" (2006, p. 328), numa concepção não imune a críticas.

Podem-se, de maneira sucinta, resumir as críticas às normas *person-related* ao fato de que são construídas *a priori*, o que torna a legislação protecionista formal. Quer-se com isso dizer, e Teresa Negreiros não se mostra alheia a esta consideração, que a vulnerabilidade presumida na letra da lei nem sempre ocorre na vida real: o inquilino, por exemplo, nem sempre é a parte mais fraca da relação locatícia, embora sobre ele recaia a maior proteção legal.

De qualquer forma, evidencia-se a diferente concepção que as teorias clássica e contemporânea têm acerca do sujeito contratante. Se as atenções hoje se voltam à tutela da dignidade da pessoa humana concretamente posicionada, tal reverbera no direito dos contratos para dizer que as normas de proteção devem se voltar a indivíduos concretos, o consumidor contratante, o usuário do plano de saúde, idéia esta inconciliável com a noção abstrata de sujeito de direito. Outro aspecto de renovação observado por Teresa Negreiros, ainda em relação ao rompimento da visão atomizada do sujeito, está nas considerações "coletivizadoras" do contrato, em especial pela previsão de defesa coletiva de interesses transindividuais contida também no Código de Defesa do Consumidor.

O uso das cláusulas gerais em busca da proteção do contratante como pessoa

concreta encontra resistência em parte da doutrina em relação à incerteza que daí poderia advir, em especial quando se observa que os caracteres trazidos pela lei são apreendidos em termos subjetivos, como a pobreza, a doença, a velhice. Justamente aí reside a proposta de Teresa Negreiros que, considerando o importante papel da técnica de cláusulas gerais na tutela da dignidade da pessoa, pretende preenchê-las com um elemento objetivo, descortinando o paradigma da diversidade em paradigma da essencialidade. Explica-se: o regime do contrato seria diferenciado em relação ao bem contratado, tomando a divisão entre bens essenciais, úteis e supérfluos, o que daria "à prática judiciária um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes" por meio de "um parâmetro já reconhecido pelo ordenamento jurídico" (NEGREIROS, 2006, p. 344-345).

Embora a utilidade do bem seja tomada como fundamento de várias decisões judiciais, Negreiros assevera que não houve, até o momento, sistematização deste conceito em um real e novo paradigma dos contratos. Aí a importância e originalidade de sua obra, uma vez que a adoção deste novo paradigma tem por escopo aliar previsibilidade das decisões judiciais e segurança jurídica e a necessidade de tutela dos direitos essenciais do homem pela disciplina contratual.

A classificação tradicional dos contratos não leva em conta a natureza nem a essencialidade do bem contratado. São diversos os critérios de diferenciação, como a estrutura do contrato (bilaterais *x* unilaterais), a distribuição do ônus (onerosos *x* gratuitos), o grau de certeza ou incerteza em torno da extensão das obrigações (comutativos *x* aleatórios) ou a classificação de bens reciprocamente considerados (principal *x* acessório), entre outros. Tomando-se como ponto de partida tais classificações, em desconsideração ao objeto envolvido (com exceção daquela que em contrato principal e acessório), chegar-se-ia à conclusão de que são iguais os contratos de compra e venda de uma jóia ou de um medicamento, o que evidentemente não se sustenta em face do paradigma da essencialidade.

Os contratos de adesão são entendidos na esteira legal como aqueles em que as cláusulas contratuais são estabelecidas exclusivamente por um parceiro contratual e representam em certa medida o rompimento com tal classificação estrutural dos contratos, em desconsideração seja ao seu objeto, seja às partes contratantes. Neste sentido, a classificação dos contratos em contratos de adesão revela a instituição de medidas compensadoras orientadas à proteção da parte mais fraca, o aderente, por intermédio de princípios específicos. Mais ainda, e especialmente para a análise proposta por Teresa Negreiros, representam a denúncia da "insuficiência dos critérios tradicionais de descrição e interpretação dos contratos e de suas espécies" (2006, p. 383).

Sob o manto do paradigma da essencialidade, por sua vez, busca-se a interligação entre a classificação dos bens e a classificação dos contratos. Aquela, no entanto, em vez de ser pautada no grau da essencialidade patrimonial do bem, como

se tem quanto à qualificação das benfeitorias, por exemplo, deve ser tomada em relação à pessoa que deste bem carece.

Na aplicação de um índice de utilidade como parâmetro de classificação dos bens, pode-se recorrer à teoria econômica que os classifica justamente com recursos às noções de utilidade e necessidade, embora esta seja tomada sem sujeição a juízos morais. A esta classificação pode-se acrescentar também o critério da destinação do bem, de forma com que se possa avaliar sua importância para a pessoa que dele se utiliza.

No âmbito jurídico, o critério da essencialidade encontra substrato no direito tributário, tanto na Constituição da República (art. 153, § 3º, I) quanto no Código Tributário Nacional, sob o título de seletividade. Em suma, tais critérios levam ao estabelecimento de alíquotas inversamente à imprescindibilidade do bem. A essencialidade dos produtos no direito tributário está intimamente associada a um padrão mínimo de vida, em última instância, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial que pode ser retirado da Constituição da República. Tendo-se em vista que, como presente em toda a obra de Teresa Negreiros, quando se pensa em dignidade da pessoa ou em sujeito, tal deve ser entendido como concretamente posicionado, é possível também estabelecer a essencialidade de determinado bem pela necessidade criada por hábitos sociais, como o caso de cigarro ou de cerveja. Em relação a esta, assevera a autora que, "embora a cerveja não seja um produto essencial sob o enfoque das necessidades físico-biológicas do indivíduo, ela o é sob o enfoque das necessidades sócio-culturais vigentes" (NEGREIROS, 2006, p. 411). No mais, há de reconhecer que a essencialidade de um bem é critério mutável e subjetivo.

No pensamento da autora, o propósito de aliar classificação dos contratos com aquela dos bens pode ser feito a partir da releitura desta última, já existente na Parte Geral da codificação civil, porém agora "sob o enfoque da primazia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais" (2006, p. 420). Quer-se com isso dizer que a classificação dos bens deva ser feita a partir da perspectiva civil-constitucional, fundamentada na cláusula geral de dignidade da pessoa humana. À classificação já existente pode-se somar a análise da destinação de determinado bem, no sentido de buscar uma diferenciação pautada na função que eles desempenham para a pessoa que deles se serve.

O Código Civil classifica os bens utilizando-se de quatro critérios: a) considerados em si mesmos; b) considerados uns em relação aos outros; c) conforme a natureza do titular do domínio; e d) conforme sua negociabilidade. Não, há em tal classificação, desprezo pela destinação a que é dada aos bens, embora esta se dê exclusivamente do ponto de vista patrimonial. Neste sentido, cita Teresa Negreiros o caso das pertenças, conceituadas como bens que se destinam, de modo duradouro, ao uso, serviço ou aformoseamento de outro, ou mesmo a destinação de determinado bem em princípio fungível (como uma moeda) que se

torna infungível pela destinação que lhe é dada (como a moeda de colecionador).

Proceder à classificação do ponto de vista existencial, e não mais patrimonial, tem diversas conseqüências. Por exemplo, tome-se o caso de uma piscina construída em uma casa e em um hotel. No primeiro caso estar-se-ia diante de uma benfeitoria voluptuária e, no segundo, útil. No entanto, alerta Teresa Negreiros que a piscina construída em uma casa voltada à prática de exercícios essenciais a um deficiente físico que ali habite, em que pese a destinação não ser mais o deleite ou aformoseamento, continuaria a ser considerada como benfeitoria voluptuária porque bem reciprocamente considerado em relação à casa, e não a seu morador. Tomando-se um enfoque existencial, poder-se-ia sustentar pela qualificação de tal bem como útil, quiçá necessário (NEGREIROS, 2006, p. 434).

Exemplo maior de bem que, exceção à regra, é tutelado a partir do ponto de vista do sujeito é o bem de família. A especial proteção que recai sobre o bem destinado à residência familiar inova exatamente pelo fato de que toma como objeto desta proteção um bem considerado por sua destinação existencial, e não patrimonial.

Sem pretender desconsiderar a classificação das benfeitorias, Teresa Negreiros a toma como ponto de partida para a classificação a partir da utilidade existencial.

Ainda dentro da disciplina do bem de família, a abrangência do que deva ser assim considerado, como exemplo em relação a eletrodomésticos, pode ser definida a partir de um conflito concreto entre direito de crédito e o interesse existencial operacionalizado por determinado bem. Não se leva em conta unicamente a imprestabilidade do objeto, e sim sua importância para a existência digna.

Pelo paradigma da essencialidade, pautado por sua vez na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, chega-se à diferenciação dos contratos a partir da classificação de seu objeto como bem útil, supérfluo ou essencial e, por outro lado, também no enfoque de estarem presentes interesses mais patrimoniais ou mais existenciais. Não se quer com isso colocar em detrimento a esfera patrimonial do indivíduo, pelo contrário, tal é concebida como instrumento para sua realização existencial.

Encaminhando-se para a conclusão de sua teoria, Teresa Negreiros indaga acerca da possibilidade de hierarquizar as necessidades humanas ou mesmo de conceber um critério científico de distinção entre o supérfluo, o útil e o essencial. Em que pese ser possível encontrar alguns parâmetros para tal fixação na lei, como no caso do art. 7.º, VI, da Constituição da República que discrimina necessidades vitais básicas do ser humano a serem proporcionadas pelo salário mínimo, ou mesmo o elenco legal dos serviços essenciais (Lei 7.783/89), parece ser justificável a análise em concreto das relações contratuais, com um inevitável grau de discricionariedade do juiz, evidentemente.

A justificação para análise *in casu* encontra-se na própria essência da teoria propugnada, assim como na linha

axiológica do direito civil-constitucional. Reverberar a dignidade da pessoa humana no âmbito dos contratos, historicamente tão estático e fechado na absolutização da autonomia privada, pode significar colocar o direito contratual na linha mestra da Constituição brasileira, e dar ao direito civil mais uma ferramenta de transformação social.

A acuidade do pensamento da autora e a excelência de sua pesquisa, ao se utilizar da analogia das relações contratuais no âmbito da disponibilidade dos bens privados e das relações tributárias, sujeita ao princípio da legalidade, permite ao leitor questionar no que se refere à forma de enquadramento dos bens a partir de sua essencialidade. Vale dizer, no direito tributário a essencialidade dos bens e a eventual fixação de tarifas diferenciadas depende de previsão legal expressa, decorrendo, pois, do exercício do poder legiferante, por parte da autoridade constituída pelo voto. No pensamento da autora, a definição da essencialidade dos bens se daria a partir de uma análise casuística, já que não se poderia imaginar que a Lei viesse a definir a partir de incontáveis subjetividades, o que para um seria essencial, e não para o outro. Por outro lado, como a autora afirma, poder-se-ia considerar uma bebida alcoólica lícita como dotada de essencialidade para o bebedor contumaz. Ainda, se a análise da essencialidade deve se apresentar no caso concreto, caberia precipuamente ao Poder Judiciário a sua identificação, outorgando-se ao magistrado a competência que, analogicamente em relação às relações tributárias, seria do Legislativo.

As objeções identificadas acima permitem que se questione a condição do juiz perante a atribuição de julgamento de condições psicológicas dos sujeitos, diferentemente da definição legislativa prévia que se opera nas relações tributárias, assim como permitiria uma válvula de escape para análise de situações objetivamente idênticas, mas psicologicamente valoradas de forma diversa.

Por outro lado, a valoração da subjetividade como balizador da essencialidade do bem e, conseqüentemente, da interpretação que será atribuída ao contrato que instrumentaliza a sua mobilidade poderia trazer consigo uma completa impossibilidade de juízo de previsão dos agentes econômicos na definição dos custos, o que, por conseqüência, tenderia a uma elevação generalizada na fixação dos preços, de forma a respaldar o negociante na hipótese de corriqueiras e imprevisíveis alterações das condições de contratação, especialmente nos contratos associados a práticas econômicas repetitivas.

Uma concepção de essencialidade ligada ao conceito de bem-estar geral poderia reduzir a subjetividade das definições na análise do caso concreto, especialmente se a compreensão do que seja bem-estar ligue-se aos conceitos mensuráveis de longevidade e de qualidade de vida do ser.

A obra não apresenta uma proposta de classificação totalmente inovadora, ainda mais quando se reconhece que a

essencialidade dos bens em relação à pessoa já foi tomada pela jurisprudência como critério de decisão, ainda que nem sempre explicitamente. Trata-se, porém, e aqui reside o caráter inovador da obra de Teresa Negreiros, de agrupar tais concepções em um novo paradigma contratual, o que demonstra a habilidade da autora em apresentar instrumentos para a concretização da incidência de princípios constitucionais nas relações privadas, tarefa especialmente oportuna no momento em que se computam vinte anos de uma Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 9. ed. Roma: Laterza, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

————————. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato. *Revista DireitoGV*, São Paulo: Fundação Getulio Vargas, v. 2, p. 117-137, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, v. 132. p. 7-24, 2003.

SEN, Amarthya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2007.

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Mestre e Doutora pela UFPR

Professora Titular da PUCPR

Professora Adjunta da UFPR

Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR

Ex-professora visitante em Direito Contratual da DIREITO GV

Pesquisadora convidada da Université de Montreal em Direito Contratual

Rua Conselheiro Laurindo, n. 561 – 7º andar
Centro – 80060-100
Curitiba – PR – Brasil
revista.empresarial@terra.com.br

Renata Carlos Steiner

Mestranda em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

Rua Prof. Pedro Viriato Parigot de Souza, 1541
Mossunguê – 81200-100
Curitiba – PR – Brasil
renatasteiner@yahoo.com

ARTE E ATOS INSTITUCIONAIS [1]

Paula Vermeersch

ART AND INSTITUTIONAL ACTS

1 Introdução

Os últimos anos da década de 1950, no Brasil, foram marcados por intensos debates artísticos, advindos dos círculos, no eixo Rio-São Paulo, ligados às propostas concretas e neoconcretas. Seria demasiado remontar a essas discussões no detalhe, aqui. É preciso, porém, atentar para o fato de que, na virada para a década 1960, vários artistas brasileiros modificaram o rumo de suas trajetórias; direcionaram suas investigações para campos ou correlatos, mas não necessariamente afins ou opostos, a um ideário de arte abstrata, baseado em investigações sobre os elementos do plano (ponto, linha, cor) e de ligações com os desenvolvimentos da indústria, como algumas tendências da década de 1950.

Não se pretende articular um discurso definitivo nem tampouco unívoco sobre alguns dos processos artísticos da década de 1960 no Brasil. Apenas desejo demonstrar algumas respostas artísticas, no campo da pintura, aos Atos Institucionais, os instrumentos jurídicos pelos quais o regime militar, desde abril de 1964, criou um Estado de exceção, autoritário e baseado numa política econômica marcada por um certo tipo de desenvolvimentismo que pressupunha a exclusão de grande parte da população do País.

A temática social fez com que uma parte da pintura produzida no período retomasse as questões do figurativo, como vemos em um pequeno óleo sem título de Rubens Gerchman (1942–2008) *(imagem 1; vide anexo)*, artista falecido recentemente e que foi uma das figuras de proa das discussões plásticas às quais remeto o leitor neste texto. Lembrando os fantoches do expressionismo alemão, os desesperados totens semi-humanos e semibestiais,

os espectros da política aparecem num colorido de tons frios.

É possível observar tal recurso ao expressionismo em duas cabeças feitas por Ivan Serpa (1923–1973), artista carioca que foi um dos líderes dos eventos neoconcretos. De 1964, os dois óleos escuros que trazem cabeças desfiguradas *(imagens 2 e 3)* em ambientes sinistros e desesperançados, contrastantes com o mundo de cores vivas e buscas geométricas do mesmo artista nos anos anteriores.

Nesse campo de tensões, é inegável que os acontecimentos políticos da época fizeram grande parte dos artistas brasileiros (músicos, artistas plásticos, atores e diretores de teatro) repensarem suas abordagens. Os acontecimentos dramáticos do início de 1964 culminaram com um golpe, presidido pelas Forças Armadas, que pôs fim ao governo João Goulart sem nenhuma oposição.

Os militares, logo após a tomada do poder, preocuparam-se em implantar uma nova política econômica e legitimar a "Revolução", como foi denominado o golpe por seus defensores e pelos integrantes das Forças Armadas, através de um aparato jurídico específico. Já em 09.04.1964, o general Arthur da Costa e Silva, o tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello, e o vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, membros da Junta Militar, assinaram o primeiro Ato Institucional, redigido por Francisco Campos. Com onze artigos, esse Ato, sem número, previa expurgos na corporação das Forças Armadas e na burocracia estatal, a cassação dos direitos políticos de mais de cem pessoas (dentre elas, o ex-presidente João Goulart, o ex-ministro Darcy Ribeiro, o ex-governador do Rio Grande do Sul Leonel Brizola). O Ato tinha validade legal curta, até 15.03.1967, fim do mandato de [Camilo] Castello Branco.

Foram nomeados como ministros da Fazenda e do Planejamento, pelo general Castello Branco, respectivamente, os civis Roberto Campos e Octávio Bulhões, que preocuparam-se em derrubar o que consideravam "entraves" para o "fortalecimento da economia de mercado no País", segundo suas declarações. Uma reforma no sistema de ensino tanto básico quanto superior foi arquitetada por especialistas brasileiros e norte-americanos, para atendimento da exigência de mão-de-obra qualificada; estabeleceu-se uma rede de incentivos para entrada de capitais estrangeiros e para o empresariado brasileiro, como descontos fiscais; foram criadas leis para a caderneta de poupança, e medidas para o incremento das Bolsas de Valores.

Em 1966, foi criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, FGTS, resolvendo o impasse provocado pela legislação trabalhista anterior, que não permitia demissões em massa e determinava a liberação de divisas consideráveis para as indenizações dos trabalhadores, o que se confrontava com os interesses empresariais. O FGTS, ao contrário, não regulamentava estabilidade de emprego, e reduzia drasticamente os custos das demissões, porque o fundo é constituído de descontos retirados dos ordenados

todos os meses. Analistas da época já identificavam o Fundo de Garantia como uma legislação financeira, não trabalhista.

O FGTS, por outro lado, favorecia a política de arrocho salarial. O núcleo do desenvolvimento econômico no regime militar surgiu: FTGS, arrocho (o que resultava num mercado de trabalho barato) e grandes incentivos fiscais para as empresas. Roberto Campos e Bulhões também propuseram a necessidade de se "repensar" a industrialização brasileira: do período Juscelino Kubitschek em diante, a ênfase foi dada aos bens de consumo duráveis, como carros e geladeiras. Os dois ministros do primeiro governo militar limitaram as restrições às compras por crediário para esses bens, mas não incentivaram a produção e o consumo de outros bens que pudessem ser destinados às classes de baixa renda, que tinham seu poder aquisitivo despencando a cada dia, como roupas, bicicletas, fogões e televisores. Esse modelo elitista de consumo só conseguiu ser superado, de maneira restrita, no período do chamado "milagre econômico".

Tanto as reformas no sistema de ensino quanto as medidas econômicas criaram impasses entre o regime e vários setores da sociedade, como o movimento estudantil e toda a gama de associações de trabalhadores rurais e urbanos, e entre os diversos segmentos de oficiais da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Um jogo político perigoso – como mostram as imagens de Geraldo Barros (1923–1998) *(imagens 4 e 5)*, artista ligado ao grupo concretista Ruptura uma década antes –, insinuava-se no interior das Forças Armadas: setores ligados à chamada Doutrina da Segurança Nacional (os famosos "linha-dura"), e os que defendiam uma liberalização democrática tutelada passariam a se digladiar em vários momentos da história do regime militar. Alguns oficiais do segundo grupo insistiam, entre 1964 e 1965, que o regime não precisaria temer a opinião popular em embates eleitorais. Em 1965, porém, nas eleições para os governos estaduais, essa crença não se confirmou; a oposição venceu com ampla vantagem em estados estratégicos como a Guanabara e Minas Gerais. Vinte e quatro dias após as eleições, em 17.10.1965, Castello Branco decreta o Ato Institucional nº 2, uma resposta direta ao resultado das urnas, que previa mais controle do Congresso, fortalecimento do poder Executivo (na forma do direito de baixar decretos-lei e atos complementares no momento que desejasse, e fechar o Congresso, sendo que no período do fechamento deste o Executivo poderia legislar sobre qualquer matéria), cassação de direitos políticos de civis que haviam apoiado o golpe de 1964 (como Carlos Lacerda, ex-governador da Guanabara), e regulamentação mais precisa das cassações. O Ato Complementar nº 4, que o acompanhava, decretou o bipartidarismo obrigatório, e dois partidos foram criados, a Arena, base do governo, e o MDB, da oposição.

Começou, segundo Maria Helena Moreira Alves (1984), um movimento pendular, que duraria toda a ditadura: períodos de ares liberalizantes com

repressão e fim de prerrogativas democráticas (a Doutrina de Segurança Nacional considerava válido esse tipo de "repressão seletiva", já que a sociedade era vista como dividida em setores que deviam ser controlados). Ao fim e ao cabo, os setores linha-dura, porém, tornaram-se vitoriosos (ALVES, 1984).

Em 05.02.1966, três meses após a eleição para governadores, foi decretado o Ato Institucional nº 3, com a mesma validade dos anteriores, que rezava que os próximos pleitos estaduais seriam indiretos, e que os prefeitos das cidades maiores e capitais seriam escolhidos pelos governadores (os prefeitos de cidades menores seriam eleitos por meio de voto direto). Isso significava um controle total do governo sobre as unidades da federação; o ano de 1965 havia demonstrado a fragilidade do regime e a insatisfação popular Brasil afora.

A arbitrariedade na função legisladora por parte do Executivo atordoava a oposição. Castello Branco baixara nada mais do que 36 atos complementares, além dos três institucionais. Essa enxurrada legislativa fez a Arena se unir ao MDB para propor algumas emendas constitucionais, e em 12.10.1966, Castello Branco emite um decreto cassando seis deputados federais do MDB. Como o próprio presidente havia prometido à Arena que não decretaria mais cassações, o partido do governo rebela-se, sentindo-se traído. Seu líder e presidente da Câmara dos Deputados, Adauto Lúcio Cardoso, se recusou a realizar as cassações e deu direito de defesa aos acusados, o que gerou uma crise; ele interpretara seu gesto como a defesa do poder civil frente ao militar. Castello Branco não hesitou em fechar o Congresso no dia 20.10.1966, pelo período de um mês. O Executivo decidiu as eleições para a casa, em clima de ocupação por tanques nas cidades mais importantes do país. Ganhou a Arena, e em 07.12.1966, Castello Branco convocou o novo Congresso extraordinariamente, para a aprovação de uma nova Constituição, já escrita, e o Ato Institucional nº 4 *(imagem 6)*.

Roberto Schwarz (1970), em texto célebre sobre as manifestações culturais de esquerda da época, discute o aparente paradoxo de um regime autoritário, militar, num País onde o cenário cultural era basicamente formado por grupos de esquerda. Apesar da ditadura, uma produção contestatória continuou existindo, consumida por grupos de classe média, como os estudantes. Para Schwarz, tal situação coadunava-se com uma nova fase do desenvolvimento capitalista no País em que a produção ideológica não interessava de perto ao Estado. Os setores da esquerda brasileira, notava o autor, de forma polêmica, também apresentavam um discurso conciliador, patriótico, que muitas vezes utilizava o mesmo jargão que parte dos oficiais das Forças Armadas (basta lembrar que alguns militares eram do Partido Comunista, por exemplo, foram expurgados já nos AI-1 e AI-2).

Nesse tipo de marxismo à brasileira, a noção de "povo" era sentimental, abstrata, e muitos setores antagônicos, confraternizados. Tornaram-se de bom

tom manifestações nacionalistas, esvaziadas em seu conteúdo. Mais tarde, com o chamado Tropicalismo, a coisa mudou de figura: os tropicalistas não conciliavam opostos, os chocavam e criavam alegorias.

O desejo de luta e o compromisso social como necessidade estética primordial foram as égides até o surgimento do chamado Movimento Tropicalista, em 1967. O zelo cívico e religioso das "Marchas com Deus pela Família e a Liberdade", para os jovens, eram retrocessos, bem com o ufanismo e a paranóia contra o comunismo. Certas atitudes dos governantes militares eram tidas até como ridículas, nesse sentido.

Esses conflitos são bem demonstrados nas crônicas do irreverente humorista Stanislaw Ponte Preta, pseudônimo do jornalista e apresentador de TV Sérgio Porto (1923–1968). Em 1965, Stanislaw publica o *Febeapá (Festival de besteira que assola o país*), denunciando "as loucuras da sociedade pós-64". Para ele, o golpe militar se chamava "Redentora", porque havia salvo o país, mas não se sabia bem do quê... Stanislaw escrevia sobre padres que não deixavam as moças namorar, delegados que implicavam com palavrões em estádios de futebol, e criava situações como a do presidente Castello Branco discursando em um Instituto de Surdos-Mudos e sendo aplaudido. Para Stanislaw, o golpe liberara as forças obscurantistas e retrógradas da sociedade brasileira. Escrevia ele: "Pouco depois da 'Redentora', cocorocas de diversas classes sociais e algumas 'otoridades' apareceram, já que a 'Redentora', entre outras coisas, incentivou a política do "dedo-durismo" (a arte de apontar com o dedo um colega, um vizinho, o próximo enfim, como subversivo)" (PALILLO, 1981).

Em 1968, Sérgio Porto sofreu uma tentativa de envenenamento, demonstrando que os setores "cocorocas" não aceitavam piadas. Seu jornalzinho *Pif-Paf*, editado por Millôr Fernandes, também foi censurado quando propôs a candidatura de Castello Branco para *miss* Brasil. De qualquer modo, a herança do humor tornou-se uma das armas mais cortantes contra o regime militar, como demonstraria, depois de 1969, *O Pasquim*.

O humor presente no jornalismo também espraiava-se pelas artes plásticas. As conquistas de Lygia Clark e Hélio Oiticica não passavam desapercebidas de quem freqüentava os ambientes culturais da época; mas esse seria um outro discurso. O foco de atenção voltava-se, mais uma vez, a Rubens Gerchman e a Cláudio Tozzi, jovens artistas, o primeiro, carioca, o outro, paulista, que notabilizaram-se por criar telas que remetem à *pop art*, com materiais inusitados.

Tozzi notabilizou-se pela utilização de tintas industriais em pranchas de madeira, onde recriava clichês jornalísticos. No caso de *Usa e abusa (imagem 6)*, Tozzi faz referência às discussões do movimento estudantil da época, o qual era contrário ao acordo firmado pelo Ministério da Educação com técnicos norte-americanos, para o cumprimento de uma reforma parcial no sistema de educação universitário.

Já Gerchman apresentou, em 1966, uma de suas criações mais famosas, *A bela Lindonéia (imagem 7)*, criação híbrida em que faz referência às fotos de desaparecidos ou vítimas de crimes passionais nos jornais, que, na época, passaram a se misturar com os cartazes dos procurados pelo regime, os que supostamente praticavam crimes contra a Lei de Segurança Nacional.

A pintura de Tozzi e Gerchman passou a incomodar em 1967/1968. Uma das obras de Tozzi *(imagem 8)*,[8] no Salão de Arte Moderna de Brasília, foi parcialmente destruída. A técnica, de tinta industrial sobre madeira, usada para tratar de fotos jornalísticas, criou uma espécie de painel warholiano de uma celebridade da época, Che Guevara, mas em vez de uma estetização inofensiva ou de um conteudismo de esquerda mais raso, como certas canções de protesto do período, o significado da luta de Guevara e de sua perseguição não aparece como ponto de chegada de discussões políticas, mas de partida.

É significativo que em 1968, em meio às passeatas e às vésperas do mais terrível dos Atos Institucionais, o AI-5, que suprimiu definitivamente, por vinte anos, as liberdades civis mais básicas no Brasil, Tozzi tenha pintado uma "multidão" *(imagem 9)*;[9] em vez do "povo" do pensamento de esquerda analisado por Schwarz, uma multidão viva, pulsante, num vórtice que faz lembrar as multidões serpentinadas da pintura de história do século XIX.

Os Atos Institucionais foram instrumentos jurídicos rápidos na ação de liquidar a estrutura de um Estado democrático no Brasil, na articulação dos órgãos da repressão e na extinção de qualquer oposição minimamente organizada no País. Cláudio Tozzi, em entrevista recente, afirmou que "depois do Ato 5 e na década de 1970, meu trabalho passou a ser mais reflexivo" (MAGALHÃES, 2007, p. 37), um índice de como, na pintura, uma arte aparentemente reservada à círculos de elite, tornou-se impossível um discurso que unisse estética e política.

ANEXO - IMAGENS



1 - Sem título, de Rubens Gerchman, óleo sobre tela, 46 cm x 61 cm.



2 - *A grande cabeça*, de Ivan Serpa, óleo sobre tela, 200 cm x 180 cm.



3 - *Cabeça*, de Ivan Serpa, óleo sobre tela, 100 cm x 115 cm.



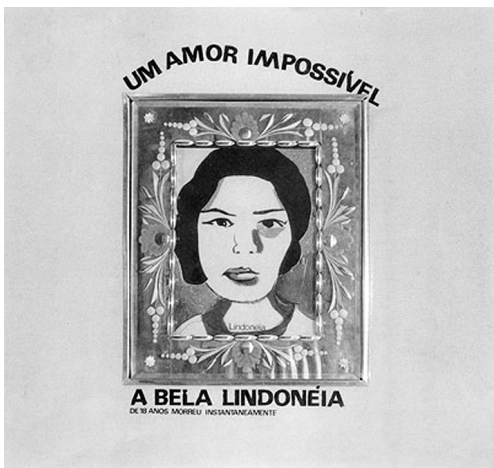
4 - They are playing (Pocker's face). Geraldo de Barros (1923-1998), 1964. Técnica mista sobre cartão,75 x 110cm. São Paulo: Pinacoteca do Estado.



5 - *They are playing (Pocker's face)*, de Geraldo de Barros, técnica mista sobre cartão duplex, 75 cm x110cm.



6 - *Usa e abusa*, de Cláudio Tozzi, tintas em massa e acrílica sobre madeira, 33 cm x 52 cm.



7 - *A bela Lindonéia*, de Rubens Gerchman, tinta acrílica, vidro bisotê e colagem sobre madeira, 90 cm x 90 cm.



8 - *Guevara vivo ou morto*, de Cláudio Tozzi, tintas em massa e acrílica sobre aglomerado, 175 cm x 300 cm.
Esta obra foi parcialmente destruída por motivos políticos no Salão de Brasília e, hoje, encontra-se em Buenos Aires, na Argentina.



9 - *Multidão*, de Cláudio Tozzi, tinta em massa e acrílica sobre aglomerado, 175 cm x 300 cm.

NOTAS

1 Este artigo é fruto de várias preocupações, surgidas ainda no curso de graduação em Ciências Sociais da Unicamp, na forma de projeto de Iniciação Científica e monografia (1998). Essas inquietações voltaram por diversas vezes nesses anos, e o texto pretende dar conta de algumas delas; alguns trechos remontam diretamente à monografia. Agradecimentos a José Rodrigo Rodriguez e Guilherme Gomez de Andrade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes primárias e documentos de época:
Atos Institucionais. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br>.
'Tropicália é uma piada', *O Estado de S.Paulo*, 07.06.1968
Folha de São Paulo. 14 de dezembro de 1968.
Revista Veja. 13 de novembro de 1968.
_____.20 de novembro de 1968.
Estudos e análises sobre a ditadura militar e manifestações culturais:
ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil* (1964–1984). Petrópolis: Editora Vozes, 1984.
Cronologia da década de 60. Folha de São Paulo.
MAGALHÃES, Fábio. *Rubens Gerchman*. São Paulo: Lazuli Editora; Companhia Editora Nacional, 2006.
_____.*Claudio Tozzi*. São Paulo: Lazuli Editora; Companhia Editora Nacional, 2007.
NAVES, Rodrigo. 'Hélio Oiticica: entre a violência e o afeto', 'Um azar histórico: sobre a recepção das obras de Hélio Oiticica e Lygia Clark'. In: *O vento e o moinho. Ensaios sobre arte moderna e contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007
PALILLO, Maria Célia Rua de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1981.
SCHARWZ, Roberto. 'Remarques sur la culture et la politique au Brésil'. In: *Les Temps Moderns*, nº 288, 1970.
STEPAN, Alfred. *Authoritharian Brazil - Origins, Policies And Future*. New Haven and London: Yale University Press, 1973.
_____. *Os militares na política - As mudanças de padrões da vida brasileira*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.
VERMEERSCH, Paula. *Pão e circo.* A imaginação como contra-poder. Monografia de final de curso de graduação em Ciências Sociais. IFCH-Unicamp, 1998.

Paula Vermeersch

Rua Padre Vieira, 673 - apto 53
Bosque – 13015-301
Campinas – SP – Brasil
paulavermeersch@gmail.com

Mestre em Sociologia, em História da Arte e da Cultura e doutora em Teoria e História Literária
Foi docente de História da Arte e Estética na PUC de Campinas e no Departamento de Artes Plásticas do Instituto de Artes (Unicamp)
Atualmente, dedica-se às pesquisas em seu pós-doutoramento, na mesma universidade

DISCURSO DO DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES, [1]
PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, EM 05 DE OUTUBRO DE 1988, POR OCASIÃO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ulysses Guimarães

CONGRESSMAN ULYSSES GUIMARÃES SPEECH (PRESIDENT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION COMISSION), OCTOBER 05TH, 1988, DATE OF THE PROMULGATION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insignes Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembléias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. e Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: *"Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar."* São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo.

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações.

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto

que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio.

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º., de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: "a Constituição cidadã".

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram.

No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente Juscelino Kubitschek, que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil.

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto.

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às

unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parlamentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: *"Vamos votar, vamos votar"*, que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao

patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos.

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Aliança Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional nº 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de "Muda Brasil", desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente "Muda Justiça", que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1o de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos

membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. As nossas saudações.

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina.

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Adelmar Sabino.

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor, que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado – da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer.

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também

no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores,

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: *"Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei"*.

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros.

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou.

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram.

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil!

NOTAS

1 Transcrição oficial do Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988 publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf . Acesso em: 04 dez. 2008.

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. 4 n. 2 jul-dez 2008

O futuro da Constituição de 1988: perspectivas para os próximos 20 anos

ARTIGOS

ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL E ACORDOS CONSTITUCIONAIS: OS PROCESSOS CONSTITUINTES DE BRASIL (1987-1988) E ESPANHA (1977-1978)
ANTONIO GOMES MOREIRA MAUÉS
ÉLIDA LAURIS DOS SANTOS : **349**

UM ESTUDO SOBRE AS CONDIÇÕES FACILITADORAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL
LOIANE PRADO VERBICARO : **389**

A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA"
MARCOS PAULO VERÍSSIMO : **407**

SUPREMOCRACIA
OSCAR VILHENA VIEIRA : **441**

A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
LUDMILA RIBEIRO : **465**

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENTRE DEONTOLOGIA E AXIOLOGIA: PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORIA HERMENÊUTICA DEMOCRÁTICA
FÁBIO PORTELA LOPES DE ALMEIDA : **493**

LEGITIMIDADE E GOVERNABILIDADE NA REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO
ADEMIR ANTONIO PEREIRA JÚNIOR : **517**

ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF
DANIEL WEI LIANG WANG : **539**

RESENHA, ENSAIO, DISCURSO

O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NOS CONTRATOS: RECENSÃO DA OBRA DE TERESA NEGREIROS
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
RENATA CARLOS STEINER : **569**

ARTE E ATOS INSTITUCIONAIS
PAULA VERMEERSCH : **583**

DISCURSO DO DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES, PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, EM 05 DE OUTUBRO DE 1988, POR OCASIÃO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
ULYSSES GUIMARÃES : **595**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005