

CRISTINA CARVALHO PACHECO

Poder Judiciário, Reformas liberalizantes e  
construção democrática nos anos 90

Alguns prismas desse confronto no ordenamento jurídico brasileiro.

**Dissertação de Mestrado** apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da **Universidade Estadual de Campinas**, sob a orientação do Prof. Dr. Reginaldo Carmello Correa de Moraes.

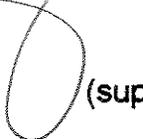
Este exemplar corresponde à redação final da dissertação defendida e aprovada pela Comissão Julgadora em 10/10/2000

BANCA

  
Prof. Dr. Reginaldo Carmello Correa de Moraes (Orientador)

  
Prof. Dr. Roberto Romano da Silva (membro)

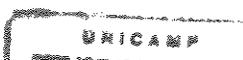
  
Prof. Dr. Sebastião C. Velasco e Cruz (membro)

Prof. Dr.  (suplente)

10/10/2000

UNICAMP  
BIBLIOTECA CENTRAL  
SEÇÃO CIRCULANTE

OUTUBRO/2000.



2000/10/2000

UNIVERSIDADE 30  
CHAMADA: IFCH/UNICAMP  
P 115 p  
Ex.  
CBO BC/ 43121  
OC. 16-278100  
C  D   
ECO R\$ 11,00  
TA 2912100  
CPD

CM-00147239-7

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA

BIBLIOTECA DO IFCH - UNICAMP

**Pacheco, Cristina Carvalho**  
**P 115 p Poder Judiciário, reformas liberalizantes e construção democrática nos anos 90: alguns primas desse confronto no ordenamento jurídico brasileiro / Cristina Carvalho Pacheco. - Campinas, SP : [s.n.], 2000.**

**Orientador: Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. Dissertação (mestrado ) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.**

**1. Kelsen, Hans, 1881-1973. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Direito e política. 4. Democracia. 5. Política. 6. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 7. Privatização - Brasil. I. Moraes, Reginaldo Carmello Corrêa de. II. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.**

## **DEDICATÓRIA**

Para Jeanine Nicolazzi Philippi,  
simplesmente demais.

## AGRADECIMENTOS

A construção dessa carreira vem sendo acompanhada com muita expectativa e empenho pelos meus pais, Regina e João e com tranquilidade pelo meu irmão, Ney. Iniciada com alguns tropeços, a certeza era uma só: carreira acadêmica; manter-me em contato com o meio universitário parece, em certa medida, vital.

As escolhas e interesses feitas ao longo da graduação em Direito conduziram a Política; a reflexão sobre a infância e adolescência revelou que eu estivera sempre envolvida com as preocupações acerca dos rumos tomados pelo país. Filha de funcionários públicos federais (ambos grevistas em plena década de 80), não sei o que é ter conflitos ideológicos com a minha família; absorvi os valores por eles ensinados, além do refinado gosto musical e literário de ambos.

Esse é o produto de uma das muitas etapas que tenho a cumprir até conseguir, enfim, ingressar numa boa universidade e desempenhar o papel a que me reservei. Num primeiro momento gostaria de agradecer a eles, figuras centrais na minha vida, e que têm me apoiado de forma tão incondicional.

Num segundo momento estendo meus agradecimentos a FAPESP, pela bolsa concedida (e pela maravilhosa reserva técnica), sem as quais não poderia ter realizado essa pesquisa, e muito menos o mestrado no período previsto.

Ao meu orientador, Prof. Reginaldo, que mostrou ser um orientador sempre apto a compartilhar as angústias teóricas que iam surgindo ao longo do trabalho. Embora eu tenha que admitir que o “outro” título da dissertação sempre me pareceu mais instigante!

## RESUMO

Em que medida as reformas liberalizantes do Estado fortalecem o processo de consolidação da democracia no Brasil? Genérica, além de pretenciosa, essa indagação é redimensionada para que possa ser estudada no âmbito dessa dissertação.

Dessa forma, o trabalho volta-se para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do qual o estudo se inicia, a partir de dois enfoques, institucional e teórico. Sob o ponto de vista institucional, o trabalho apresenta a proposta elaborada pelo Banco Mundial para reformar o Poder Judiciário da América Latina e do Caribe para, em seguida, estudar as análises proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (Corte Suprema de Justiça no Brasil nos 20 casos de Privatização de empresas estatais ao longo da década de 90, no.

Com isso, o trabalho procura verificar a existência ou não de pontos de convergência entre as críticas apontadas pelo Banco Mundial – que justificam a modificação da estrutura e funcionamento do setor – e o Poder Judiciário brasileiro durante o período de implementação de diversas reformas liberalizantes do Estado, Brasil, década de 90. Sob o ponto de vista teórico, o estudo se volta para Hans Kelsen, considerado um dos teóricos mais influentes do Direito brasileiro, ao longo do século XX. Apresenta-se a proposta de democracia elaborada pelo autor que, somada a uma rápida apresentação dos principais elementos da sua teoria pura, permitem verificar onde encontra-se o fundamento de validade da Constituição Federal de 1988, tida por muitos como marco de instauração do regime democrático no país.

## ABSTRACT

*In which sense the liberalization reforms of the State strengthen the democracy consolidation process in Brazil? Although it is a generic, as also pretentious, question it will be reformulated in this dissertation to become possible to verify. In the institutional approach this paper, in the first moment presents the World Bank's proposal to reform Judiciary in Latin America and Caribbean and next it focuses in the decisions made by Brazilian Federal Supreme Court (STF) under the privatization of public company during the 90's. The intention here is to find out if there is any converging points between the critics appointed by WB and Brazilian Judicial Branch, during the period which the liberalizing reform of Brazil State were implemented. In the theoretical approach this paper turns to the study of democracy wrote by Hans Kelsen. This author has great influence in Brazilian judicial studies during the twenty century. The intention here is, after the presentation of his theatrical category, find out where is the foundation of 1988 Brazilian Constitution, the mark of the new democratic regime.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
-------------------------	----

### **Capítulo 1**

#### **A Reforma do Judiciário no Brasil: as diretrizes do Banco Mundial para o setor**

1.1. Introdução.....	18
1.2. Da descrição do paradigma da modernidade às funções – declarada e real – do moderno saber jurídico.....	20
1.3. Aspectos gerais do processo de implementação das reformas liberalizantes no Brasil...	23
1.4. A Reforma do Judiciário proposta pelo Banco Mundial.....	26
1.4.1. Custos e benefícios econômicos do funcionamento do Judiciário.....	33
1.4.2. Unificação do Direito Processual no mundo.....	35
1.4.3. Formas alternativas de resolução de conflitos e acesso à justiça.....	36
1.4.4. Novas formas de seleção, incentivo e treinamento de juízes.....	42
1.4.5. Reforma do ensino jurídico.....	45
1.4.6. Descentralização da Administração Judiciária.....	50
1.4.7. Especificidades do Judiciário brasileiro no contexto da reforma proposta.....	54
1.5. Revisando os pontos principais.....	57

### **Capítulo 2**

#### **O Supremo Tribunal Federal diante dos casos de Privatização de empresas públicas**

2.1. Introdução.....	60
2.2. Os problemas da consolidação democrática brasileira: os pressupostos teóricos e hipóteses.....	61
2.3. O Poder Judiciário brasileiro visto pela Constituição de 1988.....	71
2.3.1. O Supremo Tribunal Federal na Carta de 1988.....	73
2.3.1.1. As atribuições do STF estabelecidas pela Carta de 1988.....	73
2.3.1.2. O processo de nomeação dos Ministros e a composição atual da Corte...	74
2.4. Análise dos Julgados proferidos pelo STF: os casos de privatização.....	76
2.4.1. Os instrumentos jurídicos utilizados nos casos em questão.....	78
2.4.1.1. Caracterização da Lei 8.031/90 – PND.....	78
2.4.1.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin.....	79
2.4.1.3. A Ação Popular.....	81
2.4.2. O estudo dos casos propriamente ditos.....	82
2.4.2.1. 1o. Problema: Qual o tratamento dispensado pelo STF aos legitimados ativos da Adin?.....	87
2.4.2.2. 2o. Problema: Qual o órgão competente para julgar Ação Popular contra o Presidente da República?.....	90
2.4.2.3. 3o. Problema: Quais as modificações trazidas pelas Medidas Provisórias à Lei 8.031/90 (PND) – atual Lei 9.491/97?.....	91
2.5. Revisando os pontos principais.....	97

## **Capítulo 3**

### **A teoria jurídica de Democracia elaborada por Hans Kelsen**

3.1. Introdução.....	101
3.2. As Teorias Democrática e Autocrática de Kelsen.....	102
3.2.1. Os elementos de caracterização.....	102
3.2.2. A segurança jurídica como uma categoria estratégica no texto de Kelsen.....	108
3.2.3. As instituições na democracia e na autocracia.....	110
3.2.4. As diversas formas de autocracia possíveis.....	110
3.2.5. O papel do líder na autocracia.....	112
3.2.6. A compatibilidade da democracia com o capitalismo e o socialismo.....	112
3.2.7. A sustentabilidade da 'regra do Direito' nos sistemas econômicos.....	115
3.3. As origens do pensamento kelseniano.....	118
3.4. A Teoria Pura kelseniana.....	120
3.4.1. A norma fundamental.....	121
3.4.2. A eficácia e a validade da norma fundamental.....	123
3.4.3. A definição de Direito em Kelsen.....	126
3.5. Revisando os pontos principais.....	128

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	132
-----------------------------------	-----

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	137
---	-----

#### **ANEXOS**

01. Gráficos sobre a relação entre Legislativo e Executivo entre 1988-1996.....	143
02. Resumo das decisões proferidas pelo STF nas privatizações.....	147
03. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.....	159

#### **ÍNDICE DE TABELAS**

01. Composição do Supremo Tribunal Federal em Maio de 2000.....	75
02. Requerentes e Decisões proferidas pelo STF nos processos de Privatização.....	82
03. Natureza das decisões proferidas nos processos de privatização julgados pelo STF	83
04. Natureza dos requerentes que solicitaram ao STF uma decisão nos casos de Privatização.....	86

## LISTA DE SIGLAS

Adin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
AI-5	Ato Institucional n° 5
ALMG	Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais
ADR	Alternative Dispute Resolution
AR	Agravo Regimental
BID	Banco Inter-americano de Desenvolvimento
CEBRAP	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento
CEAL	Constituição do Estado de Alagoas
CERJ	Constituição do Estado do Rio de Janeiro
CERO	Constituição do Estado de Rondônia
CF-88	Constituição Federal da República do Brasil – 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FMI	Fundo Monetário Internacional
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
MC	Medida Cautelar
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NTN	Notas do Tesouro Nacional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PT	Partido dos Trabalhadores
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PND	Programa Nacional de Desestatização
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
USAID	United States Agency for International Development

## INTRODUÇÃO

Na última década, a Ciência Política, no Brasil, tem-se voltado para a análise do Poder Judiciário. Na literatura é possível encontrar estudos iniciais<sup>1</sup> que têm evidenciado um movimento de trazer o jurídico – por um longo tempo destinado somente aos juristas – para ser discutido dentro do cenário da política.

Esse movimento, ainda recente no país, pode ser atribuído a diversos fatores. Talvez reflita a supremacia da lei, superando a discricionariedade característica dos governos militares, aliás, condizente com o processo de democratização no qual se encontra a América Latina. Ou talvez indique uma tendência mundial de 'judicialização da política' observada em diversas sociedades contemporâneas, como ressalta VALLINDER *apud* CASTRO (1997, p. 148).

A judicialização da política é tida como um fenômeno que se caracteriza pelos seguintes elementos:

- a) um 'ativismo judicial', caracterizado por uma nova disposição dos tribunais em expandir o objetivo das questões sobre as quais as cortes devem se pronunciar (até então, tais questões ficavam restritas ao tratamento dado pelo Executivo ou pelo Legislativo);
- b) um interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes ao processo judicial e parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros).

Vários fatores foram elencados em CASTRO (1997, p. 148) como determinantes para o desenvolvimento da judicialização da política em fins do século XX: reação da democracia contra o totalitarismo após a Segunda Guerra Mundial, preocupação das esquerdas com a defesa de direitos dos trabalhadores; resgate intelectual de teorias de Direito liberal, presentes em autores como Immanuel Kant, John Locke, John Rawls e Ronald Dworkin; influência da atuação da Suprema Corte Americana (especialmente a *Warren Court* dos anos 50-60); a tradição européia (kelseniana) de controle de constitucionalidade das leis; as organizações internacionais de proteção de direitos

---

<sup>1</sup> Encontram-se entre os que vêm publicando sobre o tema: ARANTES (1997), ARANTES E KERCHE (1999), BARROSO (1997), CASTRO (1997), KOERNER (1999) e TURA (1998).

humanos, impulsionada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 e, como último fator, o declínio da eficácia da política macroeconômica a partir do final dos anos 60. Independente de qual seja o fator determinante para o caso brasileiro, não há como desconsiderar o impacto que vem provocando as decisões proferidas pelo Poder Judiciário - principalmente, através do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), através de liminares - no processo político do país na última década. A consequência desse impacto na própria Corte tem sido expressiva. Até então acostumados a ficar em segundo plano no cenário político nacional, ofuscados pelos poderes Executivo e Legislativo, a constante exposição pública sofrida nos últimos anos contribuiu para o desgaste de sua imagem frente à população, além de ter posto a nu o despreparo do Judiciário ao lidar com essa sua nova imagem pública.

Mas esse despreparo reflete a encruzilhada na qual se encontram os juristas no presente momento. Por um lado constituem-se em herdeiros de uma cultura liberal que mantém a compreensão do Estado Moderno e do seu Direito como instituições positivas e legítimas e, como promessa principal, contida no 'paradigma da modernidade', garantir a segurança jurídica nas suas decisões judiciais, através da aplicação igualitária das normas positivas, e têm em Hans Kelsen um dos mais importantes expoentes teóricos dessa tradição. Por outro lado assistem, no plano das práticas judiciais, a uma reorientação daquelas que podem ser consideradas as instituições de produção e reprodução do Direito: o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O primeiro tem sido objeto de estudos exaustivos na área de Ciência Política, e não faz parte do estudo ora realizado, que pretende se centralizar apenas no segundo.

Essa reorientação do Judiciário faz parte de um processo político recente que o Brasil vem atravessando ao longo da década de 90: a reformulação do Estado e de suas instituições, transformados em elementos essenciais à consolidação da democracia no país. As modificações introduzidas no Estado brasileiro, em nome da estabilização econômica e do equilíbrio das contas públicas, têm feito o Estado agir de forma no mínimo 'paradoxal' (FARIA, 1996, p. 09): a implementação dessas reformas demandam por uma centralização no Executivo da tomada de decisões e da produção legislativa de normas, o que acarreta na produção de inúmeros micro-sistemas legais.

Do ponto de vista jurídico, a reorganização desse novo conjunto de normas, sob a forma de uma teia legislativa, provoca o enfraquecimento do sistema normativo hierarquizado típico do constitucionalismo e da teoria jurídico-normativa do séc. XIX forjada pelo Estado liberal, e tem como consequência negativa uma corrosiva inflação jurídica, cuja aplicação efetiva pelo Judiciário traduz-se impraticável, “ocasionando, por consequência, a desvalorização progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras.” (FARIA, 1996, p. 09).

Do ponto de vista político, a contradição se faz mais clara e evidente. Modificar as instituições é essencial para o fortalecimento da democracia nos países da América Latina. O Judiciário, dentro desse contexto, precisa tornar-se rápido, ágil e eficiente, para com isso fortalecer a *rule of law*<sup>2</sup>. Ao fazer isso contribui para que o Estado brasileiro se torne atraente para a instauração do capital internacional. Mas, como será visto, para que as reformas econômicas sejam efetivadas, não é de um Judiciário rápido, ágil e eficiente que se necessita, mas sim que haja submissão desse poder ao Executivo que, pela via da medida provisória, implementa de maneira rápida e eficaz as reformas econômicas, comprometendo diretamente o processo de consolidação da democracia no país.

A partir da problemática exposta até agora, é possível trazer à tona a principal indagação, ampla e ambiciosa, que deu origem a este trabalho. Em que medida as reformas liberalizantes do Estado fortalecem o processo de consolidação democrática do Brasil? Qual a possibilidade de sustentação da democracia frente à implementação de reformas liberalizantes do Estado brasileiro, que se caracterizam pela necessidade de instauração de um governo autoritário?

Certamente ambiciosa, como dissemos, essa pergunta será reformulada na tentativa de enquadrar-se no contexto deste trabalho para, com isso, tornar-se respondível, ao menos parcialmente. Repare-se que o objeto central dos estudos é

---

<sup>2</sup> Essa expressão é definida pelo *Oxford Dictionary of Law* como: 1. Supremacia da Lei; 2. Característica atribuída à Constituição do Reino Unido pelo Prof. Dicey (1885). Compreende três conceitos: a absoluta predominância de um direito regular, de forma que o governo não pode atuar de forma arbitrária contra os cidadãos; sujeição igualitária de todos (inclusive funcionários públicos) à legislação ordinária administrada pelas cortes de justiça; e o fato de que as liberdades individuais dos cidadãos são formuladas e protegidas por uma lei ordinária em preferência à legislação abstrata da Constituição. MARTIN (1997, p. 413.). Entretanto, para efeito desse trabalho, e conforme sugerido pelo Prof. Sebastião Velasco e Cruz, quando do Exame de Qualificação ocorrido em 03.04.2000, serão adotadas as expressões ‘princípio da lei’ e ‘Estado de Direito’. A única exceção será feita no terceiro capítulo, no qual será utilizada a expressão que o tradutor adotou para o texto de Kelsen: ‘regra do Direito’.

1. o ordenamento jurídico brasileiro, sob as seguintes perspectivas:
  - a. institucional, na qual o trabalho centralizar-se-á no Poder Judiciário, com a apresentação da proposta de reforma elaborada pelo Banco Mundial e, num segundo momento, com a análise de decisões proferidas pelo STF nos casos de privatização de empresas estatais no Brasil nos últimos dez anos;
  - b. teórica: na qual o estudo se voltará para aquele que pode ser um dos mais influentes pensadores no Direito brasileiro ao longo do século XX, Hans Kelsen;
2. a relação desse ordenamento com o Executivo no processo de reforma do Estado.

Desse modo, a interrogante principal poderia ser desmembrada nas seguintes indagações:

- Em que medida a proposta elaborada pelo Banco Mundial de reforma do Judiciário latino-americano, em nome de maior rapidez, economia e segurança nas decisões judiciais e de um Judiciário que atenda a comunidade carente e os excluídos, constitui-se de fato numa reforma?
- Em que medida não contém, nessa nova roupagem, a possibilidade de perpetuação de um modelo de instituição forjado nos séculos XVIII e XIX, fundamental para a continuidade do capitalismo?
- Se é verdade que num processo de consolidação democrática o Sistema da Justiça constitui a arena mais importante para que se consolide o princípio da lei, através da denúncia contínua dos que não cumprem as regras constitucionais, em que medida o papel desempenhado pelo STF, enquanto guardião da Constituição brasileira, vem contribuindo efetivamente para a consolidação da democracia no país?
- Se um regime democrático que respeite o princípio da lei submete o governo e o aparelho do Estado ao respeito para com a legislação constitucional, limita e define com precisão as áreas do poder discricionário e, por fim, garante aos cidadãos o livre acesso ao Judiciário para que possa defender a si mesmo contra os Estados e seus oficiais, em que medida a atuação do STF nos casos de privatização das empresas públicas, que se pretende analisar no Capítulo 2, tem fortalecido o Estado de Direito e a democracia?

- Tem ele agido de forma a preservar os direitos expressos na Constituição, ou tem perpetuado sua história de submissão aos interesses do Executivo?
- Se é verdade que Kelsen tem papel determinante no pensamento jurídico brasileiro, considerando os critérios estabelecidos pelo autor do que seja uma Democracia, enquadra-se o ordenamento jurídico brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, na concepção kelseniana de democracia?
- Considerando que os critérios elaborados pelo autor são meramente formais e restritos apenas à Carta Política, em que medida uma definição formalista não possibilitaria uma interpretação, no mínimo limitada, para não dizer equivocada, do regime jurídico-político brasileiro?

Na pretensão de contribuir para oferecer respostas, ainda que incompletas e provisórias, às questões acima expostas, a estrutura do trabalho está dividida em três capítulos. Num primeiro momento, o estudo volta-se para o projeto de Reforma do Poder Judiciário elaborado pelo Banco Mundial aos países da América Latina e Caribe, projeto esse pertencente ao conjunto de reformas institucionais do Estado, estabelecidos pelo chamado “Consenso de Washington”. Partindo da proposta do Banco Mundial, pretende-se expor as diretrizes por ele delineadas, com base em três documentos editados por aquela instituição<sup>3</sup>, bem como também as expectativas do Banco Mundial para com a implementação de tais reformas no contexto judiciário brasileiro. Justificam a reforma com o seguinte argumento: o setor privado teve um aumento significativo na sua demanda por um Judiciário mais seguro e eficiente, ao mesmo tempo em que a comunidade carente e os excluídos clamam por um maior acesso à Justiça. Além disso, alegam que a comunidade internacional também necessita de reformas que promovam Judiciários independentes e transparentes, para com isso garantir a proteção efetiva dos direitos humanos. Mas, como será visto, o que pretendem é construir um Judiciário que esteja apto a, em nome da rapidez, economia e eficiência na ‘produção’ das decisões judiciais, permitir uma forma bem específica de desenvolvimento econômico da região.

---

<sup>3</sup> São três *technical papers* editados pelo Banco Mundial, e que se denominam, respectivamente *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference (Paper n 280)*; *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform (Paper n 319)* e por fim *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador (Paper n 350)*. As referências corretas encontram-se no final do trabalho.

Saindo da proposta do Banco Mundial, o segundo capítulo volta-se para o Poder Judiciário brasileiro. Centraliza as análises no STF na medida em que esse órgão constitui-se em elemento central na dinâmica de implementação das reformas liberalizantes no país ao longo da década de 90. Na tentativa de compreender de que maneira o STF tem atuado na construção desse novo Estado, o estudo volta-se às decisões proferidas por esse órgão entre 1989 e 1998 no tocante às privatizações de empresas estatais. Na exposição do posicionamento desse órgão, frente à solicitação da sociedade de proteção dos princípios jurídicos previstos na Carta Constitucional de 1988, será possível identificar o tratamento dispensado pela Corte aos casos em questão. Foram selecionadas as privatizações por serem as que de forma mais concreta condensam o confronto entre três setores: o Executivo, a sociedade civil e o Judiciário. São as privatizações ocorridas no país que permitem verificar num extremo as pretensões específicas e declaradas pelo Poder Executivo, interessado em implementar as reformas liberalizantes; no outro, a demanda de uma parcela da sociedade em coibir tais medidas e, num último, o modo como o Judiciário, na figura do Supremo Tribunal, lidou com esse confronto. Entretanto, isso não significa que tais decisões sejam suficientes para lidar com o problema. Os resultados a serem apresentados constituir-se-ão em fortes indicativos de que o STF, na sua função declarada de guardião da Constituição, revela sua função real de proteção e, nesse caso de maneira eficaz, de interesses específicos do Poder Executivo brasileiro.

O último tópico do trabalho voltar-se-á para aquela que é considerada a tendência doutrinária de maior influência no pensamento jurídico brasileiro do século XX: o jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen. Mas não se pretende trabalhar aqui o Kelsen filósofo, nem tampouco se pretende constituir como objeto de estudo nesse trabalho a sua teoria pura. Esse não é um trabalho de Filosofia Política, nem tampouco Kelsen é alguém que possa ser reduzido apenas a um único capítulo. Por se procurar fazer a junção aqui entre as esferas jurídica e política, será objeto de análise a discussão que o autor realiza acerca da democracia. Pretende-se expor sua proposta do que seria um ordenamento jurídico democrático, para então identificar na Carta Política nacional a presença ou a ausência destes elementos. Parece cabível essa tentativa, não só pela importância de se trabalhar um teórico do porte de Kelsen, ainda que sob um ponto de vista em certa medida novo e diferente, mas também pela possibilidade concreta de, primeiramente, extrair da Carta de

88 elementos que caracterizariam o ordenamento jurídico brasileiro como democrático, ou o seu oposto, autocrático, para então levantar as fragilidades dessa proposta formalista elaborada por Kelsen. A utilização de Hans Kelsen parece pertinente, pelas seguintes razões, a seguir explicitadas: 1º) por ser considerado como um dos mais influentes teóricos da Filosofia Jurídica do século XX; 2º) por ter influenciado, ainda que indiretamente, o sistema de justiça brasileiro, através da hierarquização dos tribunais do país, e de forma mais visível o Supremo Tribunal Federal (STF), através da adoção do modelo austríaco de controle de constitucionalidade concentrado das leis; 3º) por ter influenciado o processo de aplicação do direito, através da busca incessante pela neutralidade do jurídico frente ao político, nos diversos pareceres proferidos pelos desembargadores, ao longo dos tribunais do país, revestindo o Judiciário com esse 'aparente' manto de neutralidade quando das decisões judiciais<sup>4</sup>; e 4o.) por sintetizar um entendimento acerca da ordenação jurídica já estabelecido e consolidado na tradição ocidental.

Questionar a sustentabilidade da democracia frente às políticas neoliberais consiste em perguntar pelas condições de continuidade do próprio Estado, do Direito e do Estado de Direito, na medida em que a instauração de um governo autoritário confronta diretamente valores como liberdade e igualdade, os dois pilares básicos sobre os quais se sustentam os direitos fundamentais admitidos pelo pensamento liberal clássico.

Parece-nos necessário e urgente o debate acerca do assunto, na medida em que atinge a sociedade brasileira como um todo, e que possibilita a ampliação dos limites em que o tema é hoje discutido, servindo, ao que tudo nos indica, como um caminho e um instrumento extremamente útil para que esta sociedade examine criticamente as bases de seu Direito.

---

<sup>4</sup> Quanto ao último, existe um grupo de juizes no Brasil que partem de um pressuposto diferente daquele sustentado pelo positivismo-kelseniano, posicionando de maneira contrária à tendência dominante nos tribunais ao entenderem a impossibilidade de se pronunciar decisões avaliativas nos casos concretos. Esse grupo autodenomina-se "Associação Juizes para a Democracia".

## **Capítulo 1**

A Reforma do Judiciário no Brasil:  
As diretrizes do Banco Mundial para o setor.

## 1.1. Introdução

A Reforma do Poder Judiciário nos países da América Latina e do Caribe constitui uma das etapas a serem cumpridas por um programa estratégico elaborado por diversas agências multilaterais, com principal destaque para o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento (BID). Pode-se dizer que esse programa teve seus principais traços definidos ainda em 1989, naquilo que veio a ser chamado de 'Consenso de Washington'. Tal consenso recentemente foi submetido pelo Banco Mundial a uma reavaliação, na qual se buscou realçar a importância que têm as instituições – dentre elas, a Justiça – para o cumprimento dos objetivos estabelecidos no pacto.

Este capítulo destina-se a um estudo preliminar do *Paper* no. 280 publicado pelo Banco Mundial e intitulado "*Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*". Esse *paper* aglutinou os diversos trabalhos apresentados numa Conferência organizada pelo Banco Mundial em Junho de 1994, em Washington, D.C., conferência esta que contou com a presença de diversos pesquisadores, juristas e ministros desses países. Do Brasil estavam presentes o juiz José Renato Nalini – cuja participação se deu através da apresentação dos aspectos a serem levantados para uma reforma do Judiciário no Brasil – e, como observadores, Antônio Carlos Alves Braga, Corregedor Geral da Justiça de São Paulo e o Ministro Carlos Mário Velloso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup>

A pretensão aqui é:

- 1) expor as diretrizes delineadas pelo Banco Mundial para a Reforma Judiciária na América Latina – com base num documento editado por aquela instituição – e evidenciar a dimensão contida na proposta elaborada,
- 2) discriminar os pontos principais que, segundo o Banco, necessitam de reestruturação, bem como os pontos excluídos de maneira deliberada dessa reforma, fazendo emergir o real objetivo da reforma, de modo a sugerir interpretações plausíveis sobre os objetivos de fundo da reforma;
- 3) levantar as especificidades do caso brasileiro, examinando então expectativas que o Banco tem para a efetiva implementação dessas reformas no país.

---

<sup>1</sup> Estavam presentes também representantes das seguintes organizações não-governamentais: a *Tinker Foundation*, o *Center for Court Excellence* e o *Center for Public Resources*, dos Estados Unidos, o *Centro Latino-americano de Desarrollo*, do Equador e a *Konrad-Adenauer-Stiftung Foundation*, da Alemanha.

O presente capítulo tem como hipótese central o seguinte: na **função declarada** das medidas – a) de ampliação do acesso da população a uma justiça mais rápida, veloz e ágil para a garantia de bens jurídicos universais, b) de maior previsibilidade e uniformização possível das decisões judiciais e c) de aplicação igualitária da lei (decisões iguais para casos iguais) que garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões nesse contexto – está contida uma **função real**<sup>2</sup>, inerente ao sistema da Justiça construído nos séculos XVIII e XIX, de proteção seletiva de bens jurídicos, de aplicação desigual da lei, de ilusão de que promove a segurança jurídica nas decisões judiciais elaboradas. Ou seja, na nova aparência que se alega necessária ao Judiciário latino-americano – que, como as instituições públicas dessa região, é fraco ao oferecer respostas satisfatórias tanto para o aumento da demanda do setor privado quanto para a comunidade carente que clama por maior acesso à Justiça – pretende-se garantir a continuidade de um modelo de funcionamento da instituição, que persiste por mais de dois séculos.

O texto será apresentado em três partes: uma, introdutória, na qual, ainda que brevemente, será feita a explicitação de alguns marcos teóricos que orientam e condicionam as formulações a serem trabalhadas ao longo do texto. Na segunda parte será feita a contextualização de alguns dos aspectos que envolvem o processo de reestruturação do Estado, que tem a reforma do Judiciário como uma de suas mudanças. A terceira parte – mais extensa – será destinada a expor as perspectivas da Reforma do Judiciário proposta pelo Banco Mundial para a América Latina e o Caribe: o objetivo principal dessa proposta, o novo papel a ser desempenhado pelo Judiciário na América Latina, os pontos principais da reforma, o destaque para as formas alternativas de resolução de conflitos, o questionamento sobre a maneira de se recrutar e preparar os que ingressam na Magistratura e, por fim, a reforma do ensino jurídico como elemento fundamental para a continuidade do projeto.

Ao final será feita uma revisão dos pontos principais apresentados ao longo do capítulo.

---

<sup>2</sup> As categorias ‘função declarada’ e ‘função real’, destacadas em negrito, articulam várias hipóteses ao longo do trabalho. Por essa razão o ponto seguinte consistirá na apresentação das bases a partir das quais o trabalho se inicia.

## 1.2. Da descrição do “paradigma da modernidade” às funções – declarada e real – do moderno saber jurídico

Partindo das categorias apresentadas na introdução deste capítulo, tem-se que as funções declaradas consistem nas promessas que a Dogmática Jurídica oficializa, declarando; e as funções reais, ou latentes, são as funções não declaradas contidas na Dogmática Jurídica – paradigma oficial do Direito brasileiro, como será visto adiante. A Dogmática Jurídica, por sua vez, consiste na ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito positivo num dado espaço e tempo, e por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação da norma segundo procedimentos lógico-formais de coerência interna, tem por função racionalizar a aplicação do Direito – essa função seria a oficialmente declarada e perseguida pelo ‘paradigma da modernidade’.<sup>3</sup>

A essa função ANDRADE (1997, p. 26) definiu como “função instrumental racionalizadora- garantidora”. Tal definição parte da matriz teórica à qual a função está ligada, o liberalismo, que, ao atribuir à Dogmática a função de servir como um *instrumento racionalizador* (vale dizer, preparador, pautador, programador e prescritivo) das decisões judiciais, busca *garantir* a aplicação igualitária da lei. Além das características, outro aspecto importante da função acima tratada diz respeito a suas duas dimensões: 1a) ‘técnica’, na medida em que orienta, programa ou prescreve as decisões judiciais e 2a) ‘humanista’, ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso de gerir decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas. A proposta do Banco Mundial recorre constantemente a essas duas dimensões, como será visto no item 1.4: a primeira, através da adoção de técnicas de resolução de conflitos que, vinculada à segunda, promete garantir uma justiça mais rápida e eficiente, incluindo nela os excluídos e a população carente.

O projeto da modernidade, projeto de perfil sócio-cultural elaborado entre o século XVI e o final do século XVIII, apenas teve condições de se materializar em fins do século XVIII. Complexo, rico e sujeito a desenvolvimentos contraditórios, traduz a dominação, a

<sup>3</sup> A expressão, tal como utilizada aqui, remete às reflexões de Boaventura de Souza Santos, na obra *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995. Os parágrafos que seguem devem muito às análises realizadas pelo autor. Além dele, complementam a exposição os estudos realizados por ANDRADE (1997) que

emancipação do capitalismo. Ambicioso pela quantidade de promessas que pretende cumprir, tem em sua matriz a busca pelo desenvolvimento equilibrado entre os pilares da regulação e da emancipação humana<sup>4</sup>.

Tendo em vista a presença do Estado, como componente fundamental do pilar da regulação de um lado, e o reconhecimento do homem como sujeito de direitos que culminam na expressão máxima dos Direitos Humanos enquanto exigência fundamental do pilar da emancipação do outro, o projeto da modernidade, desde o seu início, tem se visto confrontado com a necessidade de equilibrar o poder do Estado centralizado com a subjetividade atomizada dos indivíduos livres e iguais perante a Lei. O resultado disso é um poder (punitivo ou não) do Estado moderno expresso – e dissimulado, ao mesmo tempo – em limites e garantias atribuídas aos indivíduos nos princípios constitucionais do Estado de Direito e da Ciência do Direito de corte liberal. A Dogmática Jurídica consiste num dos “paradigmas científicos que integra o projeto e trajetória da modernidade no marco cultural onde esse se originou no séc. XIX”, (ANDRADE, 1997, p. 23), a Europa continental e naquele para o qual foi posteriormente adotado, a América Latina, e permanece em vigor até o momento presente.

Dentro do projeto da modernidade, a Dogmática Jurídica tem funções cumpridas e não cumpridas, na medida em que a “modernidade creditou à Ciência e ao Direito um lugar central na instrumentalização do progresso e do seu projeto emancipatório”. (ANDRADE, 1997, p. 25). A Dogmática Jurídica promete assegurar a solução dos conflitos, através da aplicação igualitária da lei e da promoção da segurança jurídica nas decisões judiciais (aplicar de forma igual a lei na verdade garante a segurança jurídica nas decisões judiciais, há uma relação intrínseca entre essas duas ações-promessas). É, portanto, a segurança jurídica a idéia que sintetiza as promessas da Dogmática, em nome das quais essa ciência tem pretendido justificar, historicamente, a importância de sua existência secular e de seu ideal de Ciência. Entretanto, o que se tem é uma eficácia instrumental inversa à prometida, acompanhada de uma eficácia simbólica das promessas: a “ilusão” de segurança jurídica.

---

introduziu no Brasil a análise de Souza Santos. ANDRADE voltou-se para o Direito Penal, mais especificamente, mas é possível adotar essa análise também para a Dogmática Jurídica.

<sup>4</sup> Baseia-se em dois pilares fundamentais: 1) pilar da regulamentação, composto por três princípios, o princípio do Estado, do mercado e da comunidade; 2) pilar da emancipação, composto por três lógicas de racionalidade (racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura, racionalidade moral prática da Ética e do Direito, racionalidade cognitivo instrumental da ciência e da técnica – essas três racionalidades buscam orientar a vida do cidadão) e traduzem as promessas de igualdade, fraternidade e liberdade da Revolução Francesa. (SOUZA SANTOS, 1995, p. 78-79).

Se a promessa da Dogmática Jurídica é a de se converter na Ciência instrumental da justiça, isso tem ocorrido com uma eficácia invertida. Ao invés da racionalização das decisões atingir a garantia de igualdade e segurança jurídica, a Dogmática tem concorrido para a racionalização da eficácia simbólica, da ilusão de segurança jurídica, o quê, na concepção de ANDRADE, explica “a conexão funcional da Dogmática [Penal] com a realidade social e sua marcada vigência histórica.” (1997, p. 304). Com isso tem-se que a Dogmática cumpre, e nesse caso excessivamente, a sua função instrumental latente (através da eficácia invertida) e oposta à declarada, da mesma forma que o faz quando declara a sua eficácia simbólica, não obstante seu *déficit* empírico. Em fazendo isso, desenvolve-se com êxito como Ciência da legitimação. O êxito – sua “verdade”, em suma – é verificado pela capacidade que tem de se manter vigente por mais de um século.

Quem garante sua vigência por um período tão longo é a comunidade científica. Ao ‘utilizar-se’ dessa comunidade, a Dogmática Jurídica, além da sua prometida função racionalizadora-garantidora das decisões judiciais, permite referenciar mais duas funções importantes: a primeira é a função racionalizadora das decisões legislativas, que a situa como base para a criação ou reforma das leis do Poder Legislativo; a segunda é a sua função pedagógica (ainda que não declarada) na formação dos aplicadores do Direito, sendo a fonte dominante da educação jurídica nos cursos de graduação em Direito. Juízes, desembargadores, promotores de justiça, advogados, professores e operadores jurídicos em geral operacionalizam a Dogmática na medida em que essa se constitui num instrumento conceitual adotado por eles. O Poder Judiciário, juntamente com as Faculdades de Direito, ao lado do Poder Legislativo, constituem-se nas instituições que sustentam a reprodução desse saber.<sup>5</sup>

Feita a exposição dessas notas introdutórias – parte de uma proposição teórica bem mais complexa<sup>6</sup> –, talvez seja possível afirmar, com uma certa dose de pretensão, que é nesse caminho que se posiciona a proposta do Banco Mundial.

Na reformulação do Estado, assentando suas bases em parâmetros de natureza neoliberal, a reformulação institucional proposta pelo Banco Mundial implica garantir a

---

<sup>5</sup> A proposta do Banco Mundial volta-se para a reestruturação do Judiciário nas seguintes dimensões: institucional e pedagógica. Preocupa-se com a diminuição dos custos e aumento da eficiência na produção de decisões, para tornar-se rápido, ágil e eficiente (resta indagar para o quê? E para quem?). Essa rapidez e eficiência implicam em arregimentar as novas formas de solução de conflito, e preparar juízes, desembargadores, advogados para que venham a adotá-las. Por outro lado, o futuro dessa geração precisa também estar preparado para esse novo Judiciário: a proposta volta-se também para o ensino jurídico.

<sup>6</sup> Repete-se aqui: essa proposição teórica está exposta em toda sua exaustão em ANDRADE (1997).

continuidade de um paradigma que se perpetua por mais de um século. Em nome do fortalecimento do regime democrático, direciona suas propostas para uma parcela específica de sujeitos de direito e, com isso, volta-se para um tipo específico de justiça que garanta o desenvolvimento de um determinado modelo econômico na região.

Por essa razão, pretende-se questionar aqui: em nome da construção de um Estado cuja base está assentada em parâmetros outros, de natureza neoliberal (e nesse sentido as arestas do Estado atual estão sendo aparadas) em que medida essa reformulação institucional proposta implica, na verdade, garantir a continuidade de um paradigma que se perpetua por mais de um século? Ao direcionar as propostas de Reforma do Judiciário para uma parcela específica dos sujeitos de direito (físicos ou jurídicos) qual é a efetiva contribuição do Banco Mundial para o fortalecimento da democracia brasileira?

O passo seguinte consiste na apresentação, ainda que breve, da conjuntura que envolve a formulação da proposta de reforma. Feito isso, ter-se-ão condições de apresentar a proposta de fato.

### **1.3. Aspectos gerais do processo de implementação das reformas liberalizantes no Brasil**

Num encontro organizado em novembro de 1989 pelo *Institute for International Economics*, em Washington, diversas autoridades do governo dos EUA, e de organismos multilaterais de fomento – FMI, Banco Mundial, BID –, além de economistas da América Latina, reuniram-se com o objetivo de avaliar as reformas econômicas empreendidas pelos países da América Latina. As conclusões dessa reunião foram denominadas informalmente de ‘Consenso de Washington’. Nelas constam um conjunto de reformas consideradas necessárias para a consolidação do ajuste das economias da região, que se encontravam submetidas a alguma crise durante quase toda a década de 80.

De maneira bem sucinta, as medidas de política econômica propostas nessa reunião, e que compõem o receituário de Washington para que os países devedores que demandam novos créditos restabeleçam seu equilíbrio econômico, podem ser agrupadas em três categorias:

1. Equilíbrio das contas públicas, obtido através da redução de despesas e não através de impostos, e sem afetar setores como saúde e educação, mas sim empresas públicas e setores privados;

2. Liberalização da economia, através da abertura comercial e desregulamentação; portanto, pela redução do controle do Estado no setor privado, eliminando a discriminação ao capital estrangeiro;
3. E por fim, a privatização de empresas públicas, transferindo para o setor privado as empresas do Estado e auxiliando, num curto prazo, o equilíbrio das contas públicas.

Contida nas etapas mencionadas, está a adoção de um projeto político-econômico de caráter neoliberal, que está sendo implementado através de estratégias pré-definidas e que têm, caso do Brasil, sua eficácia condicionada ao cumprimento de determinados requisitos, tais como a feitura no momento certo, pelo grupo econômico certo e, por último, com o devido apoio político.

FIORI (1995, p. 05) expõe três situações como as que se enquadram no que seria o 'momento mais adequado' à implementação de tais políticas: quando o país está mergulhado numa grande catástrofe, tanto uma guerra como uma hiperinflação, que consegue minar toda e qualquer resistência; quando os *technopools* conseguem defrontar-se com uma oposição desacreditada ou desorganizada; quando, além disso, os *technopools* disponham de uma liderança forte, capaz de insularizá-los com relação às demandas sociais.<sup>7</sup>

Com isso, quer se ressaltar: 1) que até 1990 os governos brasileiros não tinham adotado de forma tão deliberada as diretrizes propostas pelo Banco Mundial<sup>8</sup>, (tendo sido Fernando Collor de Mello o primeiro presidente<sup>9</sup> a institucionalizá-las, com a aprovação do Programa Nacional de Desestatização (PND – Lei n 8.041/90), que estabeleceu as diretrizes gerais de venda de empresas públicas e que será objeto de estudo no segundo capítulo) e, 2) que Fernando Henrique Cardoso, ao implementar o Plano Real quando ainda era Ministro da Economia do Governo Itamar Franco, constituiu-se na liderança forte capaz de minar as forças da oposição forte, fazendo referência ao momento certo. Por

---

<sup>7</sup> Algo familiar se se lembrar de um Brasil que já atingiu índices alarmantes de inflação: de 59% em 1986, pulou para 395% em 1987, 993% em 1988 e 1862% em 1989! E tem mais: 1585% em 1990, uma queda significativa em 1991, 475%; 1149% em 1992 e 2244% em 1993. Dados extraídos de MAINWARING (1994, p. 19-21).

<sup>8</sup> Muito embora a reunião tenha sido realizada em 1989, esse projeto já vinha sendo elaborado há algum tempo, tanto em países desenvolvidos como naqueles 'em desenvolvimento'. Na América Latina, o Chile de 1973 foi o primeiro país a adotar as diretrizes do programa neoliberal.

<sup>9</sup> Vale ressaltar que o Presidente João Baptista Figueiredo realizou algumas privatizações, durante o seu governo. Vendeu cerca de 20 empresas estatais, num total de 190 milhões de dólares. (MAMELUQUE, 1995, p. 17). Esse assunto será tratado com mais atenção no item 2.4 do Capítulo 2.

essa razão é que FIORI defende a tese de que FHC é quem foi “elaborado” para o Plano Real e não que o Plano Real tenha sido projetado para FHC vencer as eleições.

O programa de implementação do projeto neoliberal – e dentro do qual estão inseridas as etapas do ‘consenso de Washington’ – foi dividido em três fases: “a primeira, consagrada à estabilização macroeconômica, tendo como prioridade absoluta um *superávit* fiscal primário, envolvendo invariavelmente a revisão das relações fiscais intergovernamentais e a reestruturação dos sistemas de previdência pública; a segunda, dedicada ao que o Banco Mundial vem chamando de ‘reformas estruturais’: liberalização financeira e comercial, desregulação dos mercados e privatização das empresas estatais; e a terceira etapa, definida como a de retomada dos investimentos e do crescimento econômico.” (FIORI, 1995, p. 04).

Não se tem, neste capítulo, qualquer pretensão de analisar a implementação de tais políticas do ponto de vista econômico. A intenção é estudar as políticas desenvolvidas sob uma perspectiva político-institucional. Dessa forma não há intenção de se referir aos elementos que explicam as origens do neoliberalismo, por exemplo. Pretende-se, apenas, apresentar as propostas que esse projeto destina ao Judiciário brasileiro.

Alguns anos após a reunião ocorrida em Washington, mais precisamente em 1997, o Banco Mundial promoveu uma avaliação desse pacto, num evento ocorrido em Montevideu.<sup>10</sup> As conclusões dessa avaliação indicaram que, com exceção do direito de propriedade, o problema maior do Consenso foi ignorar que, para a efetivação de tais reformas, o papel das instituições é fundamental. A expectativa do consenso era alcançar estabilidade macroeconômica, dismantelar o modelo protecionista de desenvolvimento, com a implementação das denominadas ‘reformas de primeira geração’, na pretensão de que provocassem taxas de crescimento econômico, além de reduzir significativamente a pobreza e a desigualdade social. Também intencionavam, com as medidas adotadas, promover o desenvolvimento do mercado de trabalho na região. Entretanto, isso não ocorreu.

Muito embora tais medidas tenham provocado relativo declínio nas taxas de pobreza, os analistas atribuíram isso à queda de inflação e às taxas modestas de crescimento. Para que as expectativas fossem alcançadas, o Banco Mundial concluiu que os países precisam centralizar sua ação nas seguintes questões: melhorar a qualidade de

investimentos em desenvolvimento humano; promover o desenvolvimento de mercados financeiros sólidos e eficientes, realçando o meio legal e regulador (com principal ênfase na desregulação do mercado de trabalho e melhoria da regulação de investimento dos setores privados na infra-estrutura e nos serviços sociais); melhorar a qualidade do serviço público (inclusive o do Judiciário) e promover a estabilidade macroeconômica através do fortalecimento fiscal.

Pretendem fazer isso através da transformação de algumas instituições-chave que desempenham um papel importante dentro do Estado. Mas por que modificar instituições<sup>11</sup>? Porque, modificadas, elas podem contribuir de forma crucial para acelerar o desenvolvimento social e econômico da região. Sem a elaboração de instituições adequadas, os potenciais benefícios trazidos pela globalização, em termos de alto crescimento e taxas de investimento, podem não vir a se materializar ou podem ficar concentrados, acentuando-as, ao invés de provocar a diminuição nas taxas de desigualdade e nas tensões sociais. A reforma se daria em quatro setores chaves: o financeiro, o educacional, o da administração pública e o judiciário. Esse trabalho irá se deter apenas no último setor.

Feitas as considerações iniciais acerca do contexto de elaboração da reforma do Judiciário proposta pelo Banco Mundial, o ponto seguinte destina-se a expor de forma mais detalhada os motivos que sustentam a elaboração da reforma, bem como os principais elementos a serem modificados por ela.

#### **1.4. A Reforma do Judiciário proposta pelo Banco Mundial**

A reforma do Judiciário é tida como necessária pelos analistas, pela seguinte razão: o setor privado teve um aumento significativo na sua demanda por um Judiciário mais seguro e eficiente; ao mesmo tempo, a comunidade carente e os excluídos clamam por um maior acesso à Justiça. Além disso, a comunidade internacional necessita de reformas que promovam Judiciários independentes e transparentes, de forma a garantir a proteção efetiva dos direitos humanos. (BURKI, 1998, p. 06).

---

<sup>10</sup> As informações sobre a reunião podem ser encontradas no livro *The Long March* e também numa avaliação feita sobre o Consenso, denominado *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*. Ambos do Banco Mundial.

<sup>11</sup> Partem do Novo Institucionalismo Econômico, sobretudo da diferenciação entre instituições e organizações. “Instituições” são *regras* que moldam o comportamento de organizações e indivíduos numa sociedade. Podem ser

É com esse argumento que o Banco Mundial inicia a articulação das propostas de Reforma do Judiciário<sup>12</sup>, através da identificação dos fatores que dificultam a implementação de mudanças num campo como o da Justiça, para que, tão logo sejam elas identificadas e devidamente sanadas, sejam introduzidas as mudanças por eles tidas como necessárias. Seriam estas as seguintes dificuldades (BURKI, 1998, p. 109-119): a própria natureza do setor, de comportamento e linguagem herméticos, o que exige um certo grau de especialização para compreendê-lo; a falta de utilização de novas técnicas e tecnologias que promovam a automatização do setor, primando pela eficiência na produção de dados que permitam avaliar sua produção, por um lado, e a melhoria na qualidade administrativa das Cortes, por outro. Cada uma das dificuldades será vista com mais detalhes a seguir.

O primeiro fator que funciona como obstáculo para a realização da reforma é atribuído à natureza deste setor. (BURKI, 1998, p. 109). Em geral, são instituições isoladas das alterações a curto prazo que ocorrem nas preferências sociais e do poder relativo dos grupos sociais de base popular. Buscam fornecer decisões judiciais baseadas em princípios legais neutros, e não no favorecimento de uma das partes ou dos fatos que envolvem a disputa. Têm suas próprias regras – formais e informais – de operação.

Outro obstáculo é o grau de especialização do Direito e do processo judicial dos diversos sistemas. (BURKI, 1998, p. 109). Para se inserir nesse setor é necessário possuir formação na área: ser formado em Direito, praticar a advocacia ou pertencer à academia. São os membros envolvidos nessa comunidade que controlam o conhecimento acerca do Direito, funcionando quase como um monopólio. E em certa medida têm a pretensão de manter-se nessas condições, tornando difícil o acesso de ‘estranhos’ ao meio.<sup>13</sup>

Além do já exposto, dificuldades de outra natureza contribuem para a implementação da reforma: a falta de adoção de novas tecnologias ou novas técnicas de gerenciamento na administração das Cortes. (BURKI, 1998, p. 110). No campo tecnológico, os equipamentos são antiquados, e só recentemente têm se adotado métodos eficientes de compilação de dados. No campo administrativo, a questão será desenvolvida no item

---

formais (Constituição, Leis, regulamentos, contratos, procedimentos internos) ou informais (valores e normas). Já “Organizações” constituem um *conjunto de atores* que coletivamente possuem objetivos comuns. (BURKI, 1998, p. 02).

<sup>12</sup> Ainda que se estejam apresentando as avaliações do Banco Mundial para as reformas estruturais – com base no livro *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matters* – editado em 1998, a conferência sobre o Judiciário na América Latina e no Caribe ocorreu em 1994. Ou seja, o Banco Mundial já vinha avaliando a possibilidade de realizar reformas estruturais há algum tempo.

<sup>13</sup> O que talvez explique a relativa escassez, na Ciência Política, de pesquisas voltadas para o Poder Judiciário.

1.4.6. Junto a tudo isso, deve-se acrescentar problemas como o alto grau de corrupção, o excesso de formalismo nos procedimentos administrativos, além de decisões dotadas de um certo sectarismo.

Na última década os países já têm introduzido algumas modificações que vêm contribuindo para uma relativa melhora na estrutura desse setor. Diversos países criaram Conselhos de Magistratura – que funcionam como órgãos de controle e gerenciamento do sistema jurídico no âmbito nacional – e tantos outros estão considerando a possibilidade de criá-los.

A proposta do Banco Mundial é de que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) atue como órgão de controle administrativo sobre os demais tribunais. No Brasil a discussão sobre o assunto tem suscitado opiniões diferentes de diversos setores, que coadunam a dificuldade do setor em se abrir para as mudanças que ocorrem na sociedade; enfim, o caráter hermético do setor.

São contra a criação de um controle 'externo' do Judiciário os ministros presidentes do STF, Carlos Velloso e do STJ, Antônio de Pádua Ribeiro e os desembargadores do Colégio de Corregedores Gerais – órgão que agrega os 27 Tribunais de Justiça estaduais e o do Distrito Federal. Os desembargadores entendem que a inclusão de membros não oriundos da magistratura no CNJ (Ministério Público, Advocacia e membros da sociedade civil, esses últimos indicados pelo Congresso Nacional) é considerada uma grave ameaça à autonomia dos juízes. Também compartilham dessa posição os ministros do STF e STJ, para quem os membros do Ministério Público deveriam ser excluídos do Conselho, porque seu papel é fiscalizar a lei e a Constituição. A favor da implementação estão o Presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na figura do seu Presidente, Reginaldo de Castro.<sup>14</sup>

A Proposta de Emenda Constitucional no. 96-C/92, recentemente aprovada no Brasil<sup>15</sup>, define o Conselho Nacional de Justiça como um dos órgãos do Poder Judiciário

---

<sup>14</sup> Os posicionamentos foram retirados do informativo eletrônico enviado pela OAB/SP (denominado *Clipping Jur*), fornecido pelo site [www.oabsp.org.br](http://www.oabsp.org.br). Das seguintes matérias foram extraídas as informações: 1a) *Carlos Velloso rebate opinião dos que são contra a independência do Judiciário*. Fonte: STF. 30/07/99; 2a) *Presidente do STJ defende reforma, mas se opõe ao controle externo*. Fonte: STJ. 13/08/99; 3a) *Desembargadores defendem aprovação imediata da reforma do Judiciário*. Fonte: STJ. 26/08/99; 4a.) *Antônio Carlos Magalhães defende controle externo do Judiciário*. Fonte: Senado Federal. 14/09/99; 4a) *Avanço na reforma do Judiciário – Avaliação da OAB/SP*. Fonte: Assessoria de Imprensa da OAB/SP. 16/09/1999

<sup>15</sup> O substitutivo da deputada federal Zulaiê Cobra foi aprovado em segundo turno no Congresso Nacional, no dia 01 de junho de 2000. As informações foram extraídas do site [www.oabsp.org.br](http://www.oabsp.org.br) com base na seguinte matéria: *Reforma do Judiciário é aprovada em 2º turno*. Fonte: Câmara Federal. 01/06/00.

(art. 92, I-a), que será composto por 15 membros, com idade entre 35 e 65 anos, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Essa composição será feita da seguinte maneira (art. 103<sup>16</sup>): I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da

---

<sup>16</sup> Após elencar os membros que compõem o CNJ, define o artigo: “§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos e das votações naquele tribunal. § 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, a remoção, determinar a disponibilidade ou a 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 de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 6º Junto ao Conselho oficialiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder

Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Conforme o artigo determina, dos quinze membros que integrarão o CNJ, nove pertencem ao Judiciário, são 'órgãos' dele. Sim, porque juiz, conforme determina a legislação brasileira, não é funcionário público, é órgão do Judiciário; e no caso, das mais variadas instâncias e esferas desse poder. Os seis membros restantes são oriundos de três setores diferentes (dois para cada vaga): do Ministério Público, do setor dos Advogados e do Legislativo, ainda que por indicação deste. Diante das preocupações apresentadas anteriormente pelos presidentes das cúpulas do Judiciário, o resultado final, presume-se, atendeu a ambas as partes: por um lado, cumpriu-se um requisito considerado importante para o Banco Mundial e criou-se um órgão de controle do Judiciário no Brasil, por outro lado, agradou-se a cúpula desse Poder, através de uma composição não tão 'externa' assim.

Outro ponto que vem sofrendo alteração nos países latino-americanos diz respeito à aquisição de autonomia administrativa. Diversas Constituições têm sofrido emendas de modo a atribuir uma percentagem fixa do orçamento nacional destinada ao Judiciário. No caso do Brasil, por exemplo, o Judiciário adquiriu autonomia administrativa e financeira recentemente, com a promulgação da Constituição de 1988<sup>17</sup>, que estabelece que os tribunais devem elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Nas outras cartas, a solicitação de verbas ficava submetida à aprovação do Executivo. Se, por um lado, essa modificação atribuiu autonomia – ao menos formalmente – ao Judiciário, por outro lado, aumentou a responsabilidade desse setor, na medida em que impede que o Executivo seja 'responsável' pelos eventuais fracassos e emperramentos do Judiciário.

No conjunto dos elementos expostos até agora, existem outros fatores que devem ser adicionados, na medida em que são decisivos para a melhoria da qualidade dos serviços prestados por esse setor, na opinião do Banco Mundial: o aumento de salários

---

Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça." Extraído do site [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br) em 12.06.200.

<sup>17</sup> "Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1o. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2o. O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados compete: I – no âmbito da União, aos Presidente do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais."

dos juizes, o aumento do número de Cortes e a introdução de novas tecnologias e computadores nas Cortes.<sup>18</sup> São fatores que devem ser sempre levados em consideração ao longo do processo de reforma do setor.

O documento sustenta que (BURKI, 1998, p. 111-112), graças à ampliação das forças de mercado e dos sistemas políticos democráticos, a reforma do Judiciário transformou-se numa prioridade na região. Isso porque mercados precisam de um Judiciário que possa resolver contratos e disputas de direito de propriedade de forma rápida e econômica. Confirmando essa necessidade, uma pesquisa feita pelo Banco Mundial entre mais de 3.600 empresários em 69 países revelou que mais de 70% deles, na América Latina e no Caribe, identificaram o Judiciário como um impeditivo para realizar negócios.

Os Judiciários, como todas as instituições públicas da região, têm problemas sérios que precisam ser sanados para que contribuam de maneira satisfatória para o crescimento econômico da região. O desafio desses países é confrontar a nova estratégia de desenvolvimento econômico voltada para a orientação do mercado, com grande destaque para o setor privado. É nesse sentido que o *paper* sobre a conferência, intitulado *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*, (ROWAT, 1995) apresentará suas propostas.

O interesse em realizar a reforma tem sua origem no fato de que o Banco Mundial se encontra preocupado com os esforços despendidos por essa instituição no desenvolvimento dos países devedores. Muitos dos programas que o Banco – e outras instituições – desenvolve estão sob risco devido à falta de fortalecimento do Estado de Direito, um princípio básico para a sustentabilidade social e o desenvolvimento econômico. (ROWAT, 1995, p. viii). Ao posicionar-se dessa maneira, o Banco Mundial está expondo aquele que é o objetivo principal de toda a reforma: modificar a instituição 'Judiciário' para, com isso, permitir a implementação e o crescimento de um determinado modelo de desenvolvimento econômico e político da região.

Ao que tudo indica, as empresas que estão entrando no país precisam de um Judiciário barato, rápido, ágil, eficiente e que garanta segurança jurídica. Para que se construa um Judiciário dessa dimensão, o Banco Mundial tem propostas de mudanças

---

<sup>18</sup> Dois países latino-americanos já implementaram as reformas propostas no programa: a Argentina e o Equador. Uma avaliação dessas reformas pode ser encontrada no *Paper* n 350 *Judicial Reform in Latin American Courts: The*

que afetam praticamente todo o sistema jurídico: da mudança de valores e condutas propostas no ensino jurídico – como será visto com mais detalhes – à descentralização e terceirização da administração judiciária, não há praticamente uma área sequer que tenha ficado sem receber proposta (algumas exceções existem e serão referidas ao final do capítulo).

Para desafogar o Judiciário, a saída oferecida pelo Banco Mundial é não buscar esse setor, através do fortalecimento das formas alternativas de resolução de conflitos. Similar ao que ocorre na Justiça dos Estados Unidos – base das análises comparativas realizadas ao longo da Conferência – os acordos extrajudiciais são sempre mais visados do que ir à Justiça – de altos custos processuais e lenta resposta.

Para a Justiça propriamente dita, propõem: a revisão dos mecanismos de seleção de juízes, visando eleger aquele que seja ‘mais adequado ao sistema’; a descentralização das Cortes; a terceirização da administração da justiça, pois esta não deveria ser gerenciada pelos próprios juízes – desconhecedores dos princípios de eficiência administrativa - mas sim por administradores com alto grau de conhecimento na área de administração pública; a simplificação e unificação mundial do processo civil, tornando-o mais ágil e barato; a criação de mecanismos de incentivo para que juízes e funcionários aumentem sua produtividade e, por fim, o treinamento de juízes e funcionários da área para que se preparem para novas tecnologias a serem instauradas nesse sistema. Propõem também uma maior transparência nos atos promovidos pelo Judiciário – tornando esse poder mais *accountable* -, através da implementação de bancos de dados<sup>19</sup> que permitam acessar as mais diversas informações sobre o sistema jurídico.

---

*Experience in Argentina and Ecuador*, editado pelo Banco Mundial, em 1996. O *paper* foi elaborado por Edgardo Buscaglia e Maria Dakolias..

<sup>19</sup> O Poder Judiciário instaurou recentemente – em agosto de 1999 – um Banco de Dados que permite a quem acessar a página do Supremo Tribunal Federal na Internet obter informações sobre o número de processos em andamento em qualquer instância da Justiça brasileira. Contém informações sobre o volume de processos recebidos e julgados pelo STF e demais tribunais superiores, tribunais de justiça estaduais, regionais federais do trabalho e eleitorais. Extraído do site [www.oabsp.com.br](http://www.oabsp.com.br). Banco de Dados do Poder Judiciário começa a funcionar na segunda feira. Fonte: Supremo Tribunal Federal, 06/08/99.

O STJ está instaurando a ‘Política de Qualidade’, com auxílio do Grupo de Qualidade do Banco do Brasil, consolidando a filosofia de gerenciamento pela qualidade no Tribunal. Querem implementar a norma ISO 9002 nas atividades de autuação, classificação e distribuição de processos originários executados pela Secretaria Judiciária. Buscam com isso melhorar a prestação de serviços em busca de uma justiça rápida, acessível, eficiente e democrática. Até agora o Núcleo de Qualidade do STJ já instaurou o Diário da Justiça eletrônico e estabeleceu um acordo denominado ‘Rede de Alta Velocidade’, com os Tribunais Regionais Federais e vários órgãos do Poder Executivo, como o Ministério da Fazenda, a Advocacia Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Caixa Econômica Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Extraído do site [www.oabsp.com.br](http://www.oabsp.com.br) : Presidente do STJ dá início à ‘Política de Qualidade’ no Tribunal. Fonte: STJ. 03.09.99.; STJ firma acordo com o Banco do Brasil para projeto de Qualidade. Fonte: STJ. 29.09.99

São estas propostas que serão vistas, com mais detalhes. Foram sistematizadas em seis categorias distintas: a) custos e benefícios econômicos do funcionamento do Judiciário; b) unificação do direito processual; c) formas alternativas de resolução de conflitos e acesso à justiça; d) novas formas de recrutamento e treinamento da Magistratura; e) reforma do ensino jurídico; f) descentralização e terceirização da Administração judiciária.

#### **1.4.1. Custos e benefícios econômicos do funcionamento do Judiciário**

A segunda parte da Conferência destinou-se a avaliar os custos e benefícios econômicos de uma reforma no Judiciário de países da América Latina e do Caribe.

A proposta apresentada por Beatrice Weder<sup>20</sup>, ainda que frágil na sustentação empírica, defende que um sistema legal fraco constitui-se num dos principais obstáculos ao desenvolvimento e crescimento econômico. Tal tese é sustentada pelos direitos de propriedade, pelos direitos contratuais e pelas regras gerais que formam a base de um mercado econômico em bom funcionamento.

O objetivo da pesquisa realizada por Weder é mostrar que há uma relação direta entre credibilidade política, atuação do Judiciário e performance econômica. Isso porque se entende que um Judiciário arbitrário afete toda a credibilidade política de um país, e com isso provoca um aumento de custo na performance econômica.

Através da aplicação de um questionário a representantes do setor privado, do governo, de organizações não-governamentais e jornalistas, na América Latina e Sudeste da Ásia, buscou-se identificar os elementos que afetam a credibilidade política de um país. Respondendo à pergunta “Quais são os obstáculos que você enfrenta nas suas atividades econômicas que derivam do sistema político de seu país?”, os entrevistados indicaram como obstáculo mais comum a ‘incerteza que envolve os resultados provocados pelas decisões feitas de forma discricionária pelo Estado’. Alguns exemplos de intervenções discricionárias feitas pelos agentes do Estado seriam a execução arbitrária de leis e normas feitas por burocratas, a adoção de mudanças nas regras e políticas estabelecidas, feita com grande frequência e de maneira imprevisível, e por fim, a incerteza como elemento que permeia as decisões judiciais proferidas nas mais diversas instancias.

---

<sup>20</sup> Essa tese é resultado de uma pesquisa conduzida pela autora na Universidade de Basel, Suíça. (ROWAT, 1995, p. 21).

Em virtude dos resultados encontrados, pode-se afirmar que para que ocorra um aumento no nível de credibilidade, de certeza das decisões judiciais proferidas no Brasil, por exemplo, é fundamental que os sistemas políticos produzam políticas e regulamentos que garantam a previsibilidade das decisões (através da adoção de regras formais rígidas) e, com isso, garantam a credibilidade do setor.

Muito embora alguns países cumpram um requisito formal da democracia, realizando eleições livres e competitivas, periodicamente, isso não se traduz numa democracia efetiva. Ainda que os governos tenham sido eleitos, exercitam considerável poder discricionário, na medida em que governam por decreto.<sup>21</sup>

Um parêntese deve ser feito aqui. O impacto do Judiciário na esfera econômica, no Brasil, tem provocado diversas turbulências no mercado nos últimos dois anos. O STF, em fins de setembro de 1999, considerou inconstitucional a cobrança de contribuições previdenciárias de servidores inativos e o aumento da alíquota para os ativos. As manchetes de dois dos principais jornais do Brasil no dia seguinte mostravam o impacto da decisão do STF nas bolsas e na cotação do dólar. No Estado de São Paulo<sup>22</sup>, a manchete do Caderno de Economia era “Derrota do governo no STF abala mercados”, com um gráfico ilustrando a reação imediata do mercado à decisão da Suprema Corte. Na Folha de São Paulo da mesma data<sup>23</sup>, a capa do 2o.caderno dizia “STF derruba Bolsa e faz dólar subir”, e avaliava a perda do governo em cerca de R\$ 2,35 bilhões, provocada pela decisão.

Um segundo caso que também provocou impacto nos mercados foi o julgamento da questão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pelo STF, questão somada às perdas sofridas pelas Bolsas dos EUA<sup>24</sup>. Como essa questão envolve a exigência de correção dos saldos das contas do FGTS dos impetrantes pela inflação expurgada nos planos econômicos de 1987 a 1991 (Planos: Bresser, Verão e Collor 1 e 2), isso tende a produzir conseqüências de grande impacto no setor econômico. Isso porque o julgamento – ainda que só atinja diretamente os autores das ações – servirá de precedente para

---

<sup>21</sup> O segundo capítulo trata da questão da consolidação democrática, ao apresentar as teses de autores como LINZ & STEPAN (1996a, 1996b, 1999), MAINWARING (1994, 1995, 1997) e O'DONNELL (1991, 1992, 1993, 1996) e faz referência ao problema da interferência do Executivo nos outros poderes.

<sup>22</sup> O Estado de São Paulo, de 01.10.99, p. B-1.

<sup>23</sup> Folha de São Paulo, de 01.10.99, p. 2-1.

<sup>24</sup> Conforme matéria na Folha de São Paulo de 14.04.2000, “STF e EUA deixam mercado nervoso”, p. 2-10. O julgamento foi suspenso para vistas do Ministro Mauricio Corrêa, informou o jornal O Estado de São Paulo, na matéria intitulada: “Supremo deve manter decisão de corrigir FGTS”, de 15.04.2000, p. B-7.

aproximadamente 600 mil ações. Caso o Governo Federal perca a ação e tenha que corrigir os saldos das 65 milhões de contas do FGTS, o rombo estimado no Tesouro aproxima-se dos R\$ 70 bilhões.

Essas informações referentes ao impacto provocado na economia pelas decisões judiciais, no Brasil recente não presumem a anuência dessa pesquisadora com a proposta apontada por Weder. As informações pretendem apenas ilustrar e evidenciar que a mídia impressa vem registrando, nos últimos dois anos pelo menos, um impacto forte no mercado provocadas por – ou ‘atribuídas a’, ressalva importante – algumas decisões tomadas pelo STF.

#### **1.4.2. Unificação do Direito Processual no mundo**

A segunda proposta apresentada pelo Banco Mundial consiste na unificação do direito processual no mundo. Duas seriam as justificativas básicas para essa unificação: 1) um sistema processual universal possibilitaria que a Justiça fosse administrada de forma rápida, adequada e econômica; e 2) esse sistema universal permitiria que se construíssem as fundações de uma certeza legal e confiança institucional dentro de ambos os mercados - interno e internacional (atingindo a segurança jurídica que tanto se busca).

Um dos argumentos que assinalam a necessidade de um sistema processual unificado é o fato de que as Cortes podem aplicar o direito substantivo, material, mas não podem aplicar o direito processual de outros países. Caso o sistema processual fosse universalizado, permitiria que diversas regras de direito processual – tais como jurisdição, evidência, execução, etc. – pudessem ser aplicadas através das fronteiras nacionais, sendo necessário apenas um sistema internacional<sup>25</sup> ou uniforme para sua aplicação. (ROWAT, 1995, p. 42).

Além disso, um sistema uniforme é essencial para que se estabeleça um acordo de disputas num mercado comum ou internacional, no qual direitos processuais diferentes governam áreas díspares, como a produção de evidência, a condução de procedimentos arbitrários, a determinação de jurisdição legal ou a credencial de juízes, advogados e outros profissionais da área.

---

<sup>25</sup> A exposição feita sobre o Judiciário brasileiro, na Conferência, caminha no sentido contrário ao proposto aqui, conforme será visto no item 1.4.7.

Mas quais seriam os reais motivos por trás dessa necessidade de unificação do sistema processual? O mundo dos negócios internacionais requer um sistema de direito processual eficiente e transparente, principalmente após a proliferação de contratos transnacionais. Soma-se a isso o fato de que as firmas estrangeiras preferem negociar ou investir em países cujos sistemas processuais ofereçam as maiores vantagens em termos de custos, tempo e eficiência.<sup>26</sup>

Muito embora ainda existam distorções sérias, diversos países já vêm provocando mudanças que objetivam melhorar o funcionamento do Judiciário, através da elaboração de leis que qualifiquem as regras processuais e da instauração das novas formas alternativas de resolução de conflitos. O *technical paper* aponta alguns países que já fizeram essas mudanças tanto na Europa (Bélgica, Espanha, Itália, França), quanto na América do Sul (Argentina, Equador, Uruguai).

Os limites para a unificação seriam os seguintes: a unificação deve tomar o cuidado de não versar sobre leis específicas de competência e organização judiciária, pois essas são de responsabilidade dos Estados Nacionais; deve limitar-se à harmonização geral de leis que governem o curso normal dos processos. Além disso, não é possível que existam preocupações com procedimentos que estejam intimamente ligados a direitos objetivos, como o casamento e o divórcio. Mas para que essa unificação ocorra, é fundamental o apoio de associações como a Ordem dos Advogados e a Associação dos Magistrados.

#### **1.4.3. Formas alternativas de resolução de conflitos e acesso à justiça**

Partindo da experiência feita nos Estados Unidos – e posteriormente adaptada e implementada na Argentina – o Banco Mundial dá início à análise da implementação dos denominados ADR (Alternative Dispute Resolution) na América Latina e no Caribe. O resultado nos EUA foi positivo, afirma o Banco Mundial (ROWAT, 1995, p. 65): a aplicação de tais mecanismos permitiu maior privacidade para as partes, agilizou os procedimentos, expandiu o acesso à Justiça e reduziu contestações e atrasos no julgamento. Como essas diversas formas de negociação terminam em um acordo, um contrato, não se descartou a

---

<sup>26</sup> Na análise da Medida Cautelar em Adin 605/DF, a ser apresentada na p. 83, será visto que a Corte Máxima brasileira também se preocupa em garantir um sistema mais ‘seguro’ para o mundo dos negócios, esquecendo em parte a ‘neutralidade jurídica’ que tanto proclama, como mostram as palavras do Ministro Sydney Sanches: “Mesmo suspensa a norma legal em questão, outras normas poderiam atuar a permitir a realização do leilão. E, ainda que assim fosse, teria que optar entre dois males. Qual seria o mal maior? O de permitir o leilão ou de não admiti-lo? Vejo como mal menor a

possibilidade de futuramente acionar o Judiciário, para que se resolva qualquer pendência ou desentendimento acerca do acordo estabelecido extra-judicialmente.

Os mecanismos instaurados nos EUA são de duas naturezas:

- a) procedimentos judiciais: que consistem em procedimentos que ocorrem durante o curso do litígio tradicional, dentro do Judiciário. São eles: a arbitragem judicial, a mediação judicial, o esclarecimento judicial prévio e o Tribunal de Júri sumário;
- b) procedimentos extrajudiciais: ocorrem antes ou, no mínimo, sem que haja nenhuma relação de litígio em juízo. São eles a negociação, o mini-julgamento (*minitrial*) e a mediação. (ROWAT, 1995, p. 67). Será feita uma breve explicação sobre o que consiste cada um dos mecanismos acima citados.

Os procedimentos judiciais seriam os seguintes:

- a) **Arbitragem judicial**: um árbitro é designado de uma lista, geralmente constituída de advogados dotados de certas qualificações e que tenham concordado em participar como árbitros por uma taxa modesta. Em grande parte dos sistemas, as partes devem submeter-se a este procedimento antes de ter o direito de ir a julgamento na maioria dos casos de pagamento de dívidas pecuniárias envolvendo um determinado montante limite. Decisão tomada, se nenhuma das partes recorre, transforma-se em coisa julgada, sem possibilidade de recurso em juízo. Caso alguém recorra, segue-se a via normal dos processos judiciais.
- b) **Mediação judicial**: ainda que na prática a mediação funcione como uma decisão arbitral proferida pelo mediador, ela difere da arbitragem da seguinte forma: aqui, o mediador deve apenas assistir às partes nas suas negociações em busca de uma solução acordada. Em geral, a mediação é sugerida por juízes, para que as partes tentem decidir uma pendência civil. O acordo resultante é acolhido pela corte como uma decisão judicial, sendo posto no formato de contrato e assinado por ambas as partes, que acordam em recusar a solicitação pendente. Em algumas jurisdições os mediadores são voluntários, não pagos, em outras a compensação é proveniente dos cofres públicos, mas na maior parte dos casos é paga pelas partes envolvidas.

- c) **Esclarecimento judicial prévio:** nessa técnica, a avaliação é feita por um terceiro neutro. Ocorre nos casos em que as partes e seus advogados participam de uma reunião com um terceiro advogado especializado naquele tipo de caso. Proposto pela Ordem dos Advogados dos EUA, funciona como uma avaliação prévia que ajudará as partes na execução de seus casos. O terceiro neutro atua como se juiz da causa fosse, mas com poderes limitados, e sua única contribuição consiste em auxiliar as partes a verem como o caso será encarado por um juiz, se for a julgamento.
- d) **Tribunal do Júri sumário:** aqui é 'simulado' um Tribunal do Júri, que irá decidir sobre o caso. Essa simulação procura fornecer às partes informações rápidas do que realmente ocorreria se fossem a julgamento.

Os procedimentos extrajudiciais são: a negociação, o mini julgamento e a mediação.

- a) **negociação:** é a técnica mais popularizada, já tendo sido adotada pelos Cursos de Direito nos Estados Unidos, visando o aumento da aplicabilidade desse instrumento. Consiste num processo já previsto nos contratos nos quais, diante de cláusulas conflituosas, é estabelecido um caminho que conduza as partes a um conjunto de procedimentos que, se espera, produza um acordo razoável para ambas as partes
- b) **mini-julgamento:** é uma técnica nova, uma forma mais elaborada da negociação. Casos extremamente conflituosos são reproduzidos previamente por dois secretários ou funcionários (*chief officer*) que escutam as razões dos advogados de cada uma das partes. Muito embora não haja nenhum julgamento ou júri é feita uma apresentação direta do caso pelas partes aos secretários.
- c) **mediação:** a última forma adotada nos EUA é a mediação, a mais utilizada para ajudar as partes a resolver suas disputas. Em alguns casos o mediador é fornecido por uma organização, em outras é selecionado pelas partes, sem interferência de ninguém. O procedimento mais comum é que esse mediador se encontre com as duas partes, e com elas estabeleça uma agenda de comportamentos e regras entre eles, e depois se reúna novamente com cada parte em separado. Mas ele nunca impõe nenhuma solução para as partes. O desejável seria que houvesse sempre uma mediação prévia em todo os processos extrajudiciais que envolvessem alguma forma de disputa, porque na prática ele tem mostrado que as pessoas mudam de idéia sobre entrar em juízo,

resolvendo o conflito nessa esfera. O resultado esperado é o estabelecimento de um acordo final, que fica reduzido a um termo.

Na Argentina, a implementação das ADR ocorreu pela primeira vez em 1991 com a aprovação do “Plano Nacional de Mediação” pelo governo federal, através do Decreto Executivo 1480/92. (ROWAT, 1995, p. 84). Esse plano previa a instauração de uma Escola Preparatória de Mediadores, a criação de Juntas de Mediação e também estabeleceu a conexão entre o Ministro da Justiça e a Corte Suprema de Justiça, para que a Corte auxiliasse o Ministério na implementação da mediação.<sup>27</sup>

Reformulada, ao ser introduzida na Argentina, a mediação tem as seguintes características: consiste num procedimento não-antagônico, no qual um terceiro sem poderes sobre as partes envolvidas ajuda a estabelecer uma aproximação nos interesses para tentar determinar um ponto de harmonia no centro do conflito. Procura induzir ambas as partes a identificar as questões na disputa, a reconhecer seus interesses além e acima da posição adotada, explorar formas de atingir acordos que estejam acima do nível da disputa e transformar o conflito em algo benéfico para ambos. Confidencialidade é a chave desta técnica dessa técnica.

À medida que a mediação foi sendo implementada na Argentina e aceita, permitiu a inserção de outras formas alternativas, que a medida que eram introduzidas no contexto jurídico argentino, sofriam pequenas adaptações, se comparadas ao modelo estadunidense. São elas (ROWAT, 1995, p. 78):

1. **Negociação:** é um processo informal e voluntário, usado pelas partes para alcançar um acordo aceitável. Existem várias formas de negociação, como a negociação cooperativa, na qual ambas as partes procuram alcançar um alto nível de satisfação na resolução do conflito.
2. **Conciliação:** é um poder que o juiz possui, antes ou durante o processo para convocar as partes a estabelecer um acordo<sup>28</sup>. Além do juiz, outros oficiais de justiça ou uma terceira parte independente também podem atuar como um conciliador – denominado facilitador, nesse caso.

---

<sup>27</sup> No mesmo período foi criada a Fundação Libra, uma instituição sem fins lucrativos, cuja finalidade era auxiliar na modernização e melhora da administração da justiça na Argentina. Reuniu juizes, advogados, executivos, psicólogos, pesquisadores, professores universitários, mediadores e experts em negociação. A Fundação Libra teve papel fundamental na publicização dos ADR criados na Argentina. (ROWAT, 1995, p. 86).

<sup>28</sup> Amplamente adotado no Brasil, tanto no Direito de Família quanto no Direito do Trabalho. Mas alerta-se para o perigo de, nesse processo, a parte menos preparada ser prejudicada no resultado final.

A análise dos mecanismos adotados na Argentina permitiu concluir que, do ponto de vista do poder de decisão da parte, a negociação é a técnica mais restritiva. Na mediação, por exemplo, as partes possuem poderes totais para decidir a questão e o mediador não está autorizado a determinar algo ou aconselhar, a propor soluções, a determinar o julgamento, ou valorar propostas. Nesse caso, as partes sozinhas presidem o conflito e determinam a solução. (ROWAT, 1995, p. 79)

A negociação é adotada na Argentina para resolver conflitos principalmente entre o Governo e os Sindicatos do Comércio. A negociação cooperada é uma prática incomum. A falta de pessoal qualificado para adotar os procedimentos serviu para pressionar a Universidade de Buenos Aires a implementar o Mestrado em 'Negociação e Resolução de Conflito'.

Avaliando cada um dos mecanismos na Argentina, nota-se o seguinte:

- a) Arbitragem: o Código de Processos inclui essa tradicional forma como um procedimento extrajudicial. A Bolsa de Valores de Buenos Aires, por exemplo, possui um Tribunal Geral de Arbitragem, mas que hoje tem sido pouquíssimo acionado. Com o reconhecimento da crise do judiciário, novos tribunais de arbitragem têm sido criados. Mas até agora a arbitragem como forma extrajudicial de resolução de conflitos não decolou. <sup>29</sup> necessita de novas formas de abordagem.
- b) Conciliação: muito embora o Código Civil e Comercial de Processo a trate como instrumento poderoso a ser utilizado pelo juiz em qualquer estágio do processo, na tentativa de fazer as partes alcançar em um acordo, o número de casos em que ela é usada é baixíssimo. Parte da culpa pela falha na adoção desse mecanismo pode ser atribuída à falta de treinamento nas técnicas de negociação e mediação. As partes relutam em expor seus reais interesses na frente de pessoas que irão decidir quem vence a disputa.
- c) Mediação: é adotada em disputas públicas nacionais nas quais o mediador tenha sido apontado para lidar com conflitos políticos, ou disputas envolvendo sindicatos ou outras associações profissionais. Na prática, nem sempre a atuação do terceiro mediador é condizente com o instituto adotado. Qualquer que seja o fórum da disputa, a função do mediador é ajudar as partes a resolver seus conflitos através de um acordo mútuo. É um processo confidencial, vale dizer, no qual nem o mediador nem os

presentes durante a mediação podem revelar a terceiros o que foi dito durante a sessão. O propósito da mediação não é descobrir um culpado, mas estabelecer um acordo.

Em março de 1994, o Instituto Gallup (com apoio do USAID – United States Agency for International Development) fez uma pesquisa buscando levantar a opinião pública acerca da administração do Judiciário na Argentina. Os resultados apontaram para a necessidade de se implementar os mecanismos alternativos – ou no mínimo, serviram como justificadores da ‘necessidade’ de implementá-los. Os resultados da pesquisa foram os seguintes (ROWAT, 1995, p. 81):

1. a opinião pública é, em geral, negativa: 49% consideram a administração da Justiça ruim ou muito ruim, e 40% a consideram apenas justa;
2. ampla maioria da população, 80%, não encontra nada de positivo a dizer sobre a administração da justiça na Argentina;
3. 35% dos entrevistados listam como principais defeitos do sistema a lentidão e a burocracia; 65% o consideram injusto, parcial e defensor dos direitos dos ricos, corrupto, acima da lei, politizado, prestando favores pessoais. De 04 a 09% acham que as leis não são restritas o suficiente e que são atrasadas;
4. 65% consideram que o problema principal é a corrupção e os atrasos excessivos na decisão dos processos;
5. 40% desconhecem as novas formas de solução de conflito, além do processo judicial tradicional; 35% afirmaram não existir outra forma de resolver um conflito que a via judicial; 25% acreditam que existem outras formas.

O Instituto Gallup tirou diversas conclusões a partir dos resultados obtidos na pesquisa: a principal é a de que o Judiciário argentino sofre uma enorme crise de credibilidade, que afeta também outras instituições e grupos sociais importantes do país (como os partidos políticos, os sindicatos e o Congresso Nacional). O público, de maneira geral, critica a Justiça, que para eles não cumpre seu requisito principal, de ser justa e igualitária, e os fatores que contribuem para isso são o atraso no pronunciamento das decisões e na dependência desse poder em relação aos outros. A consequência direta é

---

<sup>29</sup> De 07 a 10 de Novembro de 1994, aconteceu em Buenos Aires a *First Inter-American Meeting on Alternative Dispute Resolution*, bancada pelo BID, que buscou levantar propostas que viessem a corrigir essas deficiências.

um sentimento de “insegurança”: a ampla maioria da população não sente que o Judiciário irá protegê-los e acredita que essa instituição faz pouco ou nada para proteger seus direitos.

Não é tão diferente assim a imagem do Judiciário no Brasil. O Ibope realizou uma pesquisa, a pedido do Ministério da Justiça<sup>30</sup>, que se revelou similar à feita na Argentina. Para 92% dos entrevistados a Justiça brasileira é lenta; 52% consideram as sentenças judiciais justas e metade deles entende que cumprir as leis não traz nenhuma vantagem pessoal. Mas ao mesmo tempo que diz não acreditar no cumprimento das leis, o brasileiro garante que as cumpre: 85% dos entrevistados disseram que elas devem ser obedecidas, não importando se eles concordam com elas ou não. 62% dos brasileiros consideram que existem mais leis do que o necessário no país. No tocante às instituições e profissões ligadas ao Judiciário, os entrevistados posicionaram-se da seguinte maneira: 56% acham que os advogados são desonestos; 37% acham que são honestos e 7% não responderam. Os policiais são os profissionais mais desacreditados nessa pesquisa: apenas 31% acreditam que os policiais sejam honestos e 63% não os consideram honestos. Os juízes ficaram com o maior percentual de aprovação: 65% dos entrevistados disseram confiar nos juízes e 29% disseram não confiar, 6% não opinaram. A instituição mais confiável para o brasileiro é o Exército, com 75% de aprovação; o Ministério da Justiça obteve 58% de aprovação. O levantamento também informa que 81% dos brasileiros discordam que haja tratamento igual a pobres e ricos pela Justiça. Apenas 17% entendem que esse tratamento é igual. Um total de 58% disse que no Brasil as pessoas que desobedecem as leis são punidas. Para 86% muitas pessoas desonestas no Brasil nunca serão punidas e 74% acham que a lei existe só para os pobres.

#### **1.4.4. Novas formas de seleção, incentivo e treinamento de juízes**

Experiências anteriores em outras partes do setor público mostram que, para que a reforma tenha resultados positivos, é fundamental o apoio dos agentes que compõem o sistema. O apoio é adquirido através da promoção de incentivos. Como os juízes constituem o coração do sistema jurídico, seria interessante despender particular atenção nos três aspectos básicos: a) no processo de seleção do juiz; b) nas formas de incentivos

---

<sup>30</sup> A pesquisa ouviu 2 mil pessoas, entre os dias 24 e 28 de fevereiro de 1999, em todas as regiões do país. Os dados foram extraídos da matéria “92% dos brasileiros consideram a Justiça lenta”, publicada pelo jornal ‘O Estado de São Paulo’ no dia 24 de março de 1999. Foi extraída do *site* do Estado: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br).

aos que estão na carreira e c) na contínua atualização dos magistrados que já estão na carreira.

A sugestão feita pelo Banco Mundial quanto ao processo de seleção do juiz é da seguinte ordem: identificar as razões pelas quais as pessoas se tornam juizes, o que os motiva a trabalhar arduamente, uma vez ocupados os cargos e, de que maneira esse trabalho árduo promove o aumento de produtividade do Judiciário, garantindo a ele uma performance melhor. Algumas razões são tidas como evidentes, dentre elas: a segurança que o emprego oferece, o bom salário, um senso de serviço público, além do prestígio que acompanha o cargo. Mas podem existir outras, ainda não identificadas. Por essa razão, é importante a realização de pesquisas para descobrir quais os motivos que levam os graduandos em Direito a buscar um cargo na Magistratura. Tão logo os reais motivos sejam descobertos, fica mais fácil identificar se o processo de seleção de juizes dos países que adotam a *civil law*<sup>31</sup> está atraindo – e selecionando – os candidatos ‘corretos ou os errados’, e com isso alterar o processo de escolha.

Para os juizes que estão na carreira, o Banco Mundial propõe que, no caso do Brasil, sejam identificados quais os critérios que o estimulam a aumentar sua produtividade no trabalho. O Brasil, ao contrario dos EUA, que já tem conhecimento dos critérios que estimulam seus magistrados a prosseguir na carreira, ainda precisa defini-los. Tão logo tais fatores tenham sido identificados, a segunda etapa consistirá no estabelecimento desses critérios de forma a inseri-los nas reformas feitas. Alguns países – El Salvador, Honduras, Colômbia e Chile – têm introduzido novos mecanismos de promoção para Cortes mais altas. Além da possibilidade de promoção, uma outra forma de incentiva-los seria aumentar a transparência na condução do sistema Judiciário, tendo em vista que essa conduta contribui diretamente para o aumento da reputação e do prestígio das Cortes – e indiretamente, aumenta o comprometimento do juiz com a sua jurisdição.

Uma terceira sugestão, aplicada recentemente nos julgamentos do Estado de Nova Iorque, seria a publicização dos julgamentos, através do televisionamento deles em rede aberta. Descobriu-se que quando câmeras estão presentes na corte, os juizes realizam um trabalho melhor na condução dos processos e outros procedimentos, além de

---

<sup>31</sup> Isso porque na *common law* o processo de escolha é feito através de eleição. Enquanto que na *civil law* é comum que os juizes de carreira acatem as ações do Legislativo e do Executivo. (BURKI, 1998, p. 115).

contribuir para aumentar o respeito no sistema de Justiça<sup>32</sup>. Um outro ponto diz respeito à remuneração dos magistrados. O sistema atual entende que, se os juízes são bem pagos, a possibilidade de ocorrer suborno é menor. Como isso não é necessariamente verdadeiro, os sistemas legais dos países devem prever a possibilidade de detenção. Muito embora o que ocorra hoje seja a impunidade, isso precisa ser revisto. Os critérios atuais de 'avaliação da produtividade' dos magistrados precisam ser reformulados: as promoções não devem centrar-se apenas no número de decisões dadas num determinado período, pois isso poderia incentivá-los a resolver os casos rapidamente, sem nenhum critério de qualidade. Devem conter, também, a avaliação da qualidade da decisão proferida pelo juiz.

Um último ponto que precisa ser considerado diz respeito à formação e atualização dos juízes que já estão na carreira. Tradicionalmente, juízes não se submetiam a tais programas por duas razões: 1) seus trabalhos eram considerados mecânicos, mera aplicação da norma; 2) os processos tinham tão pouca importância social que os juízes podiam se aperfeiçoar a partir de conversas e conselhos de juízes mais velhos, etc. Mas isso já não condiz mais com a realidade. Hoje a função do juiz é tão complexa e importante que não é possível esperar que ele adquira seus conhecimentos da forma antiga. Nos tempos atuais, a formação deve primar pelo ensinamento de estratégias de produção, de forma ampla, bem como também deve buscar fazê-los conscientes do papel que desempenham e da expectativa que a sociedade neles deposita.

O problema dessa sugestão está nos custos de realização dos programas, tanto para os organizadores como para a sociedade. Para que não haja desperdício dos recursos destinados à formação do magistrado, um planejamento minucioso deve ser feito, buscando prover as necessidades essenciais dos que a ele se submetem, e evitando que percam tempo com isso. Por essas razões, tais programas devem ser aplicados por instrutores altamente qualificados, com bom material técnico e muito bem estruturado.

Como isso pode ser alcançado? O Banco Mundial sugere duas possibilidades: a) os programas de formação não devem visar o suprimento de lacunas na formação do juiz. Caso o magistrado apresente problemas, o sistema de escolha é que deve ser revisto – o que custa bem mais barato. *(mas não oferece resposta aos mal qualificados que já*

---

<sup>32</sup> Recentemente, o ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo, sugeriu a utilização de veículos de comunicação para aumentar a eficiência dos magistrados. Não na mesma dimensão da proposta acima, mas indo de encontro a ela, o

*tenham sido incorporados ao sistema*); b) os programas devem ser baseados em estudos que indiquem as principais necessidades dos juizes. Como identificar tais necessidades? Um pequeno grupo de profissionais altamente qualificados pode ser contratado para identificar o que está acontecendo no Judiciário, para detectar as fraquezas e as necessidades de seus magistrados, e até mesmo para antecipar futuras necessidades deles.

Como o Sistema de Justiça é algo que tende a mudar lentamente, a educação jurídica tende a ser conservadora. A formação jurídica pode não ser a alavanca para transformar um sistema jurídico, na opinião do Banco Mundial, ainda que eles reconheçam que desempenhe papel importante – tão importante que eles, a seguir, apresentam uma serie de sugestões de modificações e melhoramentos do ensino jurídico dos países aos quais propõem a reforma.

Juízes devem combinar seus ensinamentos com os produzidos por estudiosos do Direito – aumentando a troca de informações entre esses e a Academia. As críticas vindas do setor acadêmico, mesmo quando consideradas desagradáveis e injustas, devem ser analisadas e discutidas, para que seja possível construir uma justiça melhor.

#### **1.4.5. Reforma do ensino jurídico**

Por que é necessário reformar também o ensino jurídico? Porque, para que tais reformas ocorram, é fundamental que os **valores** desse novo Judiciário que está para vir sejam incorporados dentro do processo educacional. Os projetos educacionais devem ser estratégicos, sistemáticos, universais e preocupados com a qualidade do ensino. Os programas devem ter condições de determinar – e aperfeiçoar – a fórmula adequada a esse modelo, para que a mudança de conhecimentos, habilidades e atitudes possa produzir profissionais altamente qualificados na área de Direito. ‘Qualificados’ para, principalmente, utilizar os mecanismos que permitam que o Judiciário promova o desenvolvimento político e econômico do país, garantindo uma justiça rápida, eficiente e barata, que ofereça segurança jurídica. Que mecanismos? As formas alternativas de resolução de conflitos principalmente – conciliação, mediação e arbitragem, que já se encontram em vigor no Brasil, e forma analisadas a pouco – e que constituem a grande

resposta à rapidez e eficiência necessária à demanda do mercado (e que em última instância, constituem, no mínimo, uma privatização indireta desse 'serviço' prestado pelo Estado).

Duas passagens expressam de forma clara os anseios do Banco Mundial para o Judiciário latino-americano:

“A razão principal de se fortalecer Judiciários é facilitar o desenvolvimento político e econômico das nações, para que as Cortes atuem de forma mais destacada nos comércios avançados.” (ROWAT, 1995, p. 113).

“Devido ao fato de que o comércio internacional não pode prosperar nos locais em que as condições jurídico-legais não consigam promover segurança econômica, é mais do que apropriado que essa conferência tenha como tema central abranger de forma completa questões que afetem o desempenho de Judiciários na sua atuação como instrumento de estabilização de nações e facilitador de relações domésticas e internacionais: independência do Judiciário, custos econômicos de um sistema de Justiça, reforma legal, administração da Justiça, formas alternativas de resolução de conflitos, acesso à Justiça, a profissão jurídica, educação e especialização no Direito.” (ROWAT, 1995, p. 114).

Tendo em vista que a educação constitui um instrumento importante de “transformação de conhecimento, habilidades e valores” que habilitam uma pessoa a viver de uma determinada maneira, no documento do Banco Mundial existe uma lista de diretrizes – objetivos – a partir das quais deve ser traçado o novo sistema educacional que auxilie, de fato, a implementação das reformas no Judiciário.

Tal sistema educacional (ROWAT, 1995, p. 115):

- ◆ deve refletir os valores do sistema jurídico reformado;
- ◆ deve estar baseado numa concepção clara do tipo de advogado, juiz ou oficial de justiça necessário ao sistema reformado;
- ◆ deve apontar para mudanças, não só do conhecimento a ser passado aos estudantes, mas também de suas habilidades intelectuais e operacionais, atitudes, valores e crenças;
- ◆ deve ser organizado de forma a atingir objetivos estratégicos claramente especificados, através de formas variadas, efetivas e eficientes;

- ◆ deve estar adequado a uma proposta específica e governado por padrões claramente descritos;
- ◆ deve ser endereçado a todos os usuários e operadores do sistema legal;
- ◆ deve ser verdadeiramente um sistema, com todas as partes conectadas, como um todo;
- ◆ deve entrelaçar seus elementos com outros do processo de reforma;
- ◆ deve ser construído a partir da estrutura existente no sistema educacional e garantir a sua manutenção;
- ◆ deve ter o apoio de todos os profissionais bem como das autoridades governamentais.

Mas isso não é tudo. Tendo em vista que o elemento central para um ambiente estável política e economicamente é o Estado de Direito, o Judiciário desempenha um papel fundamental nesse processo. Deve ser um Judiciário confiável, que provê ambos processos justos e Justiça substantiva aos cidadãos. Outros atributos importantes para um sistema estável são: um Judiciário independente e estável, consistência de tratamento para todos, resultados previsíveis e operações judiciais efetivas e oportunas. Para incorporar esses valores e características, um sistema educacional deve ser aberto, acessível, justo no tratamento que dispensa aos que o estudam e desenhado para promover aprendizado. (ROWAT, 1995, p. 115).

Num sistema educacional credível, as admissões devem ser baseadas em critérios igualitários atribuídos a todos os inscritos. Acesso à educação é um aspecto do acesso à Justiça. Membros de grupos excluídos não devidamente representados dentro do sistema legal, por essa razão, devem ser encorajados a tentar ingressar na carreira. O currículo deve promover ideais tais como independência do Judiciário, acesso à Justiça, processo justo, justiça substantiva, representação efetiva e comportamento ético. (ROWAT, 1995, p. 115).

Em suma, o sistema educacional deve refletir os objetivos e valores do próprio sistema jurídico. O planejamento educacional deve incluir mecanismos que possibilitem lidar com as necessidades das pessoas leigas, dos oficiais de justiça, dos advogados e juízes, porque um sistema legal estável e confiável deve ser compreendido por todos os que o utilizam, não apenas pelos profissionais da área. Atenção considerável deve ser dispensada para garantir que o sistema educacional reflita os valores do sistema legal

reformado, se a intenção real é integrar ambos os sistemas - jurídico e educacional - à realidade social.

Deve se ter claro como o sistema jurídico de um país vê o seu juiz, já que isso afeta o tipo de educação e especialização que serão fornecidos a ele. Esse é um ponto interessante: como a população e os próprios juizes do país vêem a si mesmos? Como órgãos de poder, instrumentos de aplicabilidade, neutros e distantes da realidade social, ou como agentes produtores dessa realidade?<sup>33</sup>

Sobre os advogados também deve-se elaborar questões, tais como (ROWAT, 1995, p. 116): que tipo de advogados a sociedade brasileira deseja? Devem ser vigilantes, conscientes, ativistas com interesses específicos? De que forma devem ver o Direito? Devem ser essencialmente especialistas técnicos, que aplicam o Direito e seus procedimentos ao caso concreto? De maneira similar, são os oficiais de justiça, os servidores públicos da justiça dotados de consciência de seu dever em dar assistência ao público? Ou são mantenedores de recursos cuidadosamente regulados em prol do benefício dos que estão no poder?

Para que a educação constitua de fato um sucesso no auxílio da implementação da reforma judicial, é necessário que ensine 'conhecimento legal, habilidades e atitudes', tornando o conhecimento algo poderoso. O currículo deve contemplar essas três categorias da seguinte forma: (ROWAT, 1995, p. 117)

- ◆ Conhecimento: teoria jurídica; direito substantivo; direito processual, convenções e práticas; disciplinas auxiliares (finanças, negócios, sociologia, psicologia); disciplinas de apoio (literatura e linguagem, história, filosofia); contextos e assuntos que interajam com o Direito (*accounting* – fiscalização, comércio, criminologia, vida familiar); conhecimento sobre tecnologias e gerenciamentos.
- ◆ Habilidades: habilidades intelectuais (análise; síntese; avaliação); habilidades de resolver problemas (diagnose; planejamento; gerenciamento); habilidades operacionais (entrevistar; investigação; aconselhamento; negociação; mediação, advocacia; escrita; desenho; apresentação; uso de tecnologia; gerenciamento).
- ◆ Atitudes, valores e crenças: integridade, honestidade, espírito público; liberdade, igualdade, justiça, equidade; direitos, obrigações, interesses.

---

<sup>33</sup> É interessante ver que, nos últimos anos, pesquisas sérias e de grande porte têm sido desenvolvidas no país no sentido de formar o perfil desse setor. O IUPERJ, sob responsabilidade do Prof. Luis Werneck Vianna, encomendadas pela

Por fim, a educação deve ser 'estratégica, sistemática, de qualidade e universal'. Estratégica aqui significa 'direcionada para o alcance de objetivos específicos'. Uma abordagem sistemática significa 'compreensiva, adequada a um contexto, de maneira ordenada'. De qualidade acarreta 'um certo grau de adequação à proposta e à manutenção de padrões claramente definidos para ambos, processos e produtos'. Universal sugere que 'o programa educacional vá de encontro às necessidades de todo mundo num sistema jurídico – dos leigos aos juízes e políticos'. Um sistema de Justiça com qualidade requer uma educação de qualidade e treinamento para garantir isso e promover sua efetividade. Essa qualidade impõe a promoção de ambas: produtividade e *accountability*. (ROWAT, 1995, p. 117).

No que diz respeito ao processo de seleção dos candidatos ao curso de Direito, a proposta do Banco Mundial prega o seguinte (ROWAT, 1995, p. 122): decidir uma admissibilidade é algo feito com a análise de diversos critérios, tais como o estudo do Direito, a prática do Direito, a prática jurídica, etc. Um sistema de admissão para a educação deve ser limitado àqueles que, dados os recursos para os estudos (tais como estrutura básica, livros e corpo docente qualificado) possam se transformar em pessoas adequadamente preparadas para as carreiras desejadas. Mas as faculdades de Direito não podem ser restritas aos que intencionam apenas praticá-la. Os que não possuem a linguagem e outras habilidades necessárias à admissão podem ter uma ajuda especial para facilitar o estudo do Direito.

Aos que já se formaram e estão no ramo, é necessária uma atualização contínua porque o Direito continua a crescer rapidamente e com isso o conhecimento dos praticantes do Direito freqüentemente se tornam atrasados antes mesmo que eles tenham completado o curso de Direito; 2) além disso, o movimento dos consumidores tem forçado os profissionais a se tornar mais responsáveis pela qualidade dos serviços que oferecem; 3) como a necessidade por serviços jurídicos cresceu, provocado pelas mudanças legais e pelo desenvolvimento econômico, os advogados começaram a se especializar mais; 4) implementação da Educação Jurídica Continuada – sistema adotado nos EUA sob a designação de CLE (Continuing Legal Education) – que pode ser utilizada para suprir deficiências da educação anterior. Algumas jurisdições têm recorrido ao CLE para

remediar deficiências identificadas nos advogados que têm produzido abaixo do mínimo esperado. (ROWAT, 1995, p. 123).

Nenhum ensino jurídico pode prosperar sem uma produção jurídica local. Para um desenvolvimento social, econômico e jurídico apropriado, mudanças devem ser documentadas e disseminadas de forma ampla, geral. Não deve haver fossos nos materiais básicos (legislações, decretos, códigos, etc.). Caso haja, deve-se trabalhar de forma intensa para suprir essa deficiência, através da produção e atualização de textos, códigos comentados e manuais. (ROWAT, 1995, p. 124).

Concluem afirmando que a educação é apenas um elemento, ainda que fundamental, para o programa de desenvolvimento na profissão jurídica. Profissionais do Direito têm um dever institucional de promover e preservar o Estado de Direito, proteger os cidadãos de indivíduos e governos que buscam vantagens contrárias à lei e de resistir a atos ilegais e injustos.

#### **1.4.6. Descentralização da Administração Judiciária**

Um último aspecto da reforma do Judiciário diz respeito à estrutura organizacional, de gerenciamento e administração das Cortes. *CASAUS apud ROWAT (1995, p. 59)* identifica algumas deficiências e fraquezas nestas três áreas que impedem a efetiva administração de uma justiça rápida, justa e igualitária. Essas deficiências e fraquezas incluem:

- a) problemas de ordem organizacional: representação legal inadequada; falta de habilidade dos litigantes em representar a si mesmos em juízo; recursos financeiros inadequados; deficiências no processo orçamentário; falta de recursos bibliográficos; falta de confiança pública no sistema judicial; corrupção excessiva; taxas judiciais excessivas ou inadequadas; registros civis, comerciais e de propriedade ineficientes; inadequação ao lidar com os depósitos judiciais; controle excessivo do processo judicial por advogados de defesa; falta de descentralização apropriada; falta de condições físicas básicas que contribuam para o bom funcionamento da corte; ausência ou pouco uso de mecanismos alternativos de resolução de conflito;
- b) problemas de gerenciamento: uso excessivo e inapropriado do recursos de pessoal; falta de programas de treinamento apropriados; compensação inadequada; falta de uniformidade nos procedimentos, objetivos e registros; estatísticas judiciais imprecisas,

inseguras; planejamento inadequado; uso inadequado de estatística como instrumento para planejar, avaliar e construir o orçamento; falha em elaborar códigos legais e processuais facilmente avaliáveis; falta de funcionários que garantam a segurança das Cortes; falta de critérios no trabalho de distribuição dos casos, causando excesso de processos;

- c) problemas administrativos: crescente atraso na distribuição e conseqüente julgamento dos processos; falta de controle e acompanhamento dos casos distribuídos; uso ineficiente do tempo dos juízes em questões não-jurídicas; excessivo número de prisioneiros que esperam seu julgamento, por um período demasiado longo; uso inadequado das tecnologias modernas; processos condicionados em condições e locações péssimas; conservação inapropriada e ineficiente de provas colhidas nos processos.

Isso ocorre, entende o Banco Mundial, porque os que executam as tarefas de ordem administrativa, gerencial e organizacional são os próprios juízes. Mas a complexidade do sistema aumentou, e os juízes não têm se mostrado capazes de responder a ambas as funções de maneira eficiente. Perdem tempo resolvendo atividades administrativas, enquanto oficiais de justiça, estagiários de direito e outros do *staff* – não só não qualificados como também não autorizados – lidam com a maioria dos julgamentos, investigações, depoimentos e preparação de sentenças.

Na América Latina há uma tendência em considerar 'reformadas' administrativamente, as Cortes por terem introduzido computadores para aliviar o atraso nos casos e os problemas de falta de pessoal. (ROWAT, 1995, p. 60). Ou por terem sido implementados novos códigos, reduzindo as possibilidades de mudança a bases meramente legalistas. Fazem isso sem que se tenha introduzido os reajustes administrativos necessários, que venham solucionar os problemas detectados nas três áreas: organizacional, administrativa e de gerenciamento. Algumas propostas de reforma nessas áreas serão vistas agora.

Sobre os problemas organizacionais levantados, as seguintes propostas foram feitas: tendo em vista que os juízes administram seus casos de maneira independente, através da assistência de um grupo de funcionários e com isso não associam seus recursos para executar responsabilidades comuns, produzindo economia de gastos, uma saída seria a descentralização do sistema judicial, o que permitiria o efetivo funcionamento da

administração. O caminho a seguir é a utilização, pelos juízes, mesmo nas capitais, de seus próprios fundos (do Judiciário em questão) para obter os recursos básicos que necessitam para operar. O problema da descentralização é que ela geralmente está associada à perda de poder. Entretanto, é mais eficaz e garante melhor utilização dos recursos. (ROWAT, 1995, p. 60).

Para garantir a devida transparência dos gastos realizados pelo setor, o que provoca maior transparência e menos possibilidade de corrupção, conceitos como delegação e *accountability*, ainda que recentes em todos os setores do governo, devem ser adotados no Judiciário. Os profissionais necessitam delegar autoridade para executar suas responsabilidades, mas ao mesmo tempo devem garantir a menor probabilidade possível de que venham a ocorrer erros nas execuções.

Como as Cortes latino-americanas não possuem instituições responsáveis pelo fornecimento de informações acerca de suas atividades a outros sistemas de justiça, isso deveria ser implementado imediatamente. O benefício é evidente, na medida em que provocariam uma troca entre as Cortes dos problemas internos que vivenciam, tais como: alcançar maior independência; garantir maior transparência nos procedimentos; reduzir atrasos, delongas processuais; melhorar a administração das Cortes. É necessário utilizar as informações que trocarem entre si para tomar decisões administrativas mais fundamentadas.

As Cortes não possuem administradores especializados em administração pública, profissionais treinados e com experiência em setores não jurídicos; os próprios juízes é que ocupam cargos administrativos, a partir de critérios como a idade, por exemplo. Uma administração profissional precisa ser implementada no setor, pois permite introduzir um planejamento estratégico efetivo e a longo prazo. Os que ocupam atualmente os cargos administrativos conseguem, quando muito responder a crises internas de organização, mas não tem condições de planejar um longo período de crescimento e desenvolvimento para o seu setor. Não realizam procedimentos que busquem estabelecer prioridades para reforma e, com isso, alocar os recursos em função de tais prioridades. A opção oferecida pelo Banco Mundial é revisar a estrutura organizacional e procedimental existente, de forma a liberar os juízes das atividades administrativas – substituindo-os por gerentes e administradores profissionais. Entretanto essa medida encontra resistência, porque os juízes acreditam – erroneamente – que perderão sua autoridade se delegarem esta função

a outros profissionais. O engano deles está em pensar que tais profissionais estão lá para avaliá-los e supervisioná-los, e não para apoiá-los. (ROWAT, 1995, p. 60).

Tradicionalmente, o sistema judicial brasileira está estruturado em três níveis: a suprema corte, as Cortes intermediárias de apelação (tribunais regionais, na justiça federal e estaduais na justiça comum) e os juizados de primeira instância, que possuem jurisdição geral e limitada. É uma administração centralizada que provê serviços de apoio para todo o sistema judicial de um país, o que inclui apoio administrativo, serviços centralizados para o pessoal, planejamento, estatística, finanças, orçamento, dentre outros. Uma sugestão feita pelo Banco Mundial no sentido de melhorar o funcionamento das Cortes é tratar cada corte como uma ilha, autônoma e eficiente. Com essa reestruturação administrativa deveria haver um remanejamento de pessoal que visasse o maior aproveitamento dos funcionários e nessa nova situação o juiz não exerceria funções de ordem administrativa.

O Banco Mundial, nesse ponto, oferece três modelos de corte, a serem estruturados com as características a seguir expostas:

1. Modelo Individual de Corte: nesse modelo deveria haver um juiz, um oficial de justiça, e um *staff* administrativo autorizado. A responsabilidade geral pela corte permanece com o juiz, mas o oficial de justiça assume controle sobre todas as operações e funções administrativas, exceto as que sejam específicas do juiz. Antes que qualquer função seja computadorizada, todos os processos administrativos e operacionais são identificados e um controle apropriado é estabelecido para a distribuição dos processos, registros e informações públicas. Uma vez eficiente, a informatização pode ser introduzida para diminuir os custos e aumentar a eficiência organizacional da corte;
2. Modelo Corporativo de Corte: nesse modelo as responsabilidades administrativas comuns às Cortes de uma mesma jurisdição, localizadas no mesmo prédio são feitas por um *staff* supervisionado por um administrador da corte que coordena as responsabilidades em conjunto com um juiz que seja o presidente dessa corte. O escritório fornece o serviço administrativo e organizacional a todos os juízes. A ênfase aqui ocorre na transferência de serviços administrativos dos juízes para os funcionários competentes. Como no caso acima, a automação só ocorre depois dos procedimentos manuais se tornarem eficientes;

3. Modelo Unificado de Corte: similar ao segundo, mas inclui Cortes de todas as categorias – federais, estaduais, de primeira e segunda instância, trabalhistas, de família, etc. - alocadas num mesmo prédio.

Não é a simples transformação dos códigos processuais ou um novo desenho institucional que irá efetivar as mudanças no Poder Judiciário. É necessária uma nova cultura de governabilidade e administração nestas Cortes. Tais Cortes não possuem nem a capacidade organizacional nem a programática para executar programas de grande escala como o que a reforma processual sugere. A reforma requer muitos anos de treinamento e análise para que possa ocorrer de maneira eficaz.

#### **1.4.7. Especificidades do Judiciário brasileiro no contexto da reforma proposta<sup>34</sup>**

Há uma crise que permeia o Judiciário brasileiro ao longo das últimas décadas. Alguns esforços foram feitos visando melhorar esse setor durante o regime militar: foi implementada a Reforma Judiciária de 1977. Como essa reforma não conseguiu identificar corretamente as reais necessidades do setor, o resultado foi uma mudança superficial.

Mais recentemente, entretanto, o Judiciário viu-se no centro da discussão acerca da necessidade de reformá-lo. Só que dessa vez setores externos a ele exigem essas mudanças: o setor político, a comunidade econômica, juntamente com a mídia que se encarregou de divulgar essa crise entre os cidadãos. A exigência é a mesma – *repetindo*: é necessário transformar o Judiciário numa instituição ágil, rápida e eficiente.

Só que antes de implementar a reforma no Brasil, primeiramente deve-se olhar para a estrutura existente no país e, a partir dela, levantar os pontos a serem alterados. O que esse item pretende é oferecer um perfil dessa instituição no Brasil.

A estrutura judiciária no país é composta pela justiça comum, tanto estadual como federal, e as justiças especializadas – eleitoral, militar e trabalhista. Os tribunais superiores equivalentes aos mais altos tribunais na estrutura judiciária são: o Supremo Tribunal Federal, cuja função principal é proteger a Constituição, e o Superior Tribunal de Justiça. Também são tribunais superiores, ainda que hierarquicamente inferiores ao STF e ao STJ, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Militar e o Tribunal Superior Eleitoral.

---

<sup>34</sup> José Renato Nalini foi o responsável por apresentar os aspectos da realidade judiciária brasileira na Conferência. (ROWAT, 1995, p. 172-174).

No nível federal existem também as Cortes de apelação – denominados Tribunais Regionais Federais, que são divididos em cinco regiões do país.

Os juízes são selecionados através de um concurso público, composto por testes objetivos sobre matérias diversas e organizado em diversas etapas: a) exame introdutório; b) testes escritos e orais e por fim c) uma entrevista pessoal. Ao longo dos exames é feita uma investigação da vida pregressa do candidato. Para fazer parte de algumas Cortes deve-se respeitar o limite de idade: em alguns casos a Corte requer que o selecionado tenha no mínimo 23 anos e no máximo 45 anos. Após a Carta de 88, diversos Estados do país exigem que o candidato à magistratura faça, tão logo complete a graduação em Direito, faça um curso preparatório para a carreira – oferecido pelas Escolas de Magistratura, cujos professores, em muitos casos, são os Desembargadores dos Tribunais, que estarão entrevistando os candidatos na etapa “c” do concurso.

No que diz respeito aos problemas enfrentados pelo Judiciário tem-se o seguinte: para a população brasileira uma das maiores queixas feitas é que o judiciário é muito lento. Além disso, as Cortes são vistas como altamente secretas, complicadas, inacessíveis e de altos custos.

As sugestões para remover essas deficiências são as seguintes:

- a) Implementação de novas tecnologias que o tornem mais produtivo, melhore a qualidade de seus serviços e diminua os seus custos. Os esforços devem ser no sentido de elaborar novas tecnologias de computadores que contribuam especificamente para esse serviço. Ao fazer isso estarão também contribuindo para a melhoria no controle de qualidade dos serviços prestados.
- b) No ensino jurídico é essencial realçar essas prioridades, por um produto que obtenha qualidade total.
- c) Por fim os custos devem ser controlados. Os recursos alocados pelo governo brasileiro precisam ser bem administrados pelas Cortes. Nesse sentido o maior desafio das Cortes brasileiras é ampliar o acesso à justiça aos pobres, que são amplamente excluídos desse serviço público essencial.

Um outro ponto diz respeito ao Direito Processual brasileiro. A dimensão geográfica somada à grande heterogeneidade do país são fatores que atrapalham o sistema processual único, instituído no país pelo Código de Processo Civil Brasileiro. Isso porque as diferenças entre regiões como a Amazônia e São Paulo são gritantes. Com isso, os

Estados da Federação deveriam ser estimulados a promover reformas que atendam às peculiaridades locais e regionais, pondo a cabo um único sistema de procedimentos para a justiça brasileira. Essa colocação é oposta à sugestão feita pelo Banco Mundial no item 1.4.2.

O acúmulo de processos nas Cortes deve ser solucionado através da expansão de justiças especializadas, tais como as que já foram instituídas: Juizados Especiais de Pequenas Causas e Cortes de Conciliação. Essas Cortes podem permitir uma administração da Justiça mais rápida e barata do que as Cortes formais já existentes. O Direito Penal também poderia criar juizados especiais para solucionar mais rapidamente pequenas infrações penais. O país não oferece restrições em termos legais para a implementação desses juizados especializados.

O passo mais importante para melhorar o Judiciário brasileiro está na alteração da preparação dos juízes. Esses devem ser profissionais altamente qualificados, cujas qualidades e formação anterior os tornem aptos a transformar o Judiciário num serviço público eficiente e moderno.

Nesse sentido, o ensino no país tem sido fraco em todos os níveis, desde o primário até o universitário. O resultado é uma legião de jovens graduados inaptos a exercer sua profissão com qualidade. Por essa razão foram criadas as Escolas de Magistratura, que têm oferecido um progresso substancial na qualificação dos juízes. Mas isso não é suficiente. Faz-se necessário unir esforços com Universidades para que seja possível padronizar o nível dos bacharéis em Direito. Uma proposta mais ousada seria a criação de um Curso 'ideal' de Estudos Jurídicos, mantido pelo próprio Judiciário, para a qualificação dos juízes.

Não pode ser excluída dessa discussão a questão ética. O Judiciário brasileiro vivencia uma crise moral, de moralidade ambígua e incerteza, crise essa que envolve o Executivo, o Legislativo e a sociedade. Consenso nas questões éticas é essencial para a melhor administração da justiça.

Investimentos visando melhorar a metodologia de recrutamento e educação de juízes é o método mais eficiente para contribuir com a reforma do Judiciário. Isso garantirá uma performance moralmente impecável dos profissionais, fundamentais na construção de um Estado de Direito e na garantia da democracia.

## 1.5. Revisando os pontos principais

Não há como negar que o Judiciário brasileiro se encontra desgastado perante a população. A pesquisa feita pelo Ibope é a confirmação disso. Os dados não diferem dos encontrados na Argentina. Tais países compartilham o sentimento de 'insegurança' da população pela sua Justiça. Os problemas levantados são bem semelhantes: a lentidão, o tratamento desigual de todos perante a lei, a falta de confiança na instituição. Indicam, portanto, a presença de problemas comuns entre as duas instituições. A solução desses problemas não pressupõe, necessariamente, adotar o mesmo caminho. A Argentina optou pelas propostas feitas pelo Banco, cuja avaliação foi publicada recentemente. O Brasil aprovou recentemente – 01.06.2000 – a Emenda Constitucional que institui reformas na estrutura judiciária. Se existem semelhanças entre a proposta aprovada e a 'cartilha' do Banco Mundial? Isso não é possível afirmar. Requer um estudo mais cuidadoso<sup>35</sup>.

As argumentações apresentadas pela agência multilateral de investimentos são peremptórias. Mercados requerem segurança jurídica nas decisões judiciais, a preocupação da reforma está centrada num determinado tipo de estrutura judiciária que garanta a eficiência, rapidez e economia para um sujeito específico, mesmo que para isso recorra aos Direitos Humanos. Condicionam a consolidação democrática às modificações na estrutura institucional, não só judiciária. Mas para que a reforma dê certo, para que seja implementado o 'novo' modelo de Judiciário com êxito, é necessário: o envolvimento de juízes, desembargadores, advogados e, na extensão dessa continuidade, do ensino jurídico. Não por acaso, como expôs ANDRADE no item 1.2, instituições que sustentam a reprodução de um modelo de Dogmática que tem se mantido ao longo do século XX.

Um Judiciário que atinja todos os requisitos apresentados se encontra, no entendimento do Banco Mundial, capacitado a promover o crescimento comercial e financeiro da região, garantindo, com isso, a continuidade dos investimentos – feitos inclusive pelo próprio Banco. Mas como o que se tem são instituições públicas fracas e problemáticas, incapazes de responder satisfatoriamente a esses desafios de desenvolvimento, é essencial que sejam reformadas.

Em nome da consolidação democrática, o Banco Mundial exige um Judiciário que forneça segurança jurídica nas suas decisões; que forneça respostas eficazes, num prazo

---

<sup>35</sup> Nesse sentido foi iniciado, em janeiro de 2000, no CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, um projeto que visa realizar um estudo comparativo entre a proposta de Reforma do Poder Judiciário elaborada pelo Banco Mundial e as propostas feitas 1) pela Ordem dos Advogados do Brasil. 2) pela Associação dos Magistrados Brasileiros e, 3) a proposta de reforma do Judiciário recém aprovada pelo Parlamento brasileiro, contida na PEC nº 96/92. O objetivo desse estudo é verificar a existência de algum grau de comprometimento entre essas três propostas brasileiras e a do Banco Mundial.

curto, de forma ágil e econômica; que garanta acesso à Justiça, à comunidade carente e aos excluídos; que se transformem em instituições autônomas, independentes e transparentes; que protejam de forma efetiva os Direitos Humanos; que contribuam de maneira satisfatória para o crescimento econômico da região; e que, por fim, fortaleçam o Estado de Direito.

Tendo em vista o exposto até agora, é possível retomar a hipótese inicialmente proposta e confirmar que na função declarada de: a) ampliação do acesso da população a uma justiça mais rápida, veloz e ágil para a garantia, por fim, de bens jurídicos universais; b) de maior previsibilidade e uniformização possível das decisões judiciais e c) de aplicação igualitária da lei – decisões iguais para casos iguais – que garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão a justiça das decisões, está contida a função real de manutenção de um paradigma científico que, ao integrar o projeto da modernidade, garante, na verdade, a continuidade do modo de produção capitalista.

O contraponto da proposta feita pelo Banco Mundial reside na relativa – e em certa medida, estarrecedora – ausência de referências à problemática que envolve o Sistema de Justiça Criminal, fragilmente estruturada nas delegacias, efetivo policial, preparação desse efetivo e, no extremo dessa estrutura, o sistema carcerário<sup>36</sup>. São apenas dois os momentos em que é feita uma referência ao assunto: 1) quando são expostos os problemas e deficiências das Cortes latino-americanas, um dos problemas administrativos apresentados é o número excessivo de prisioneiros esperando pelo julgamento, por um longo período de tempo (ROWAT, 1995, p. 59), mas nenhuma proposta prática é apresentada para solucionar esse problema; 2) quando é feita a referência ao problema do acúmulo de processos nas Cortes, a solução oferecida é a expansão de justiças especializadas que, no caso penal, ofereceriam respostas mais rápidas para pequenas infrações, por exemplo. (ROWAT, 1995, p. 174).

Feita a análise da proposta do Banco Mundial para o Judiciário brasileiro, levantados seus problemas e indicadas suas considerações, o capítulo seguinte pretende expor sob qual ordem democrática se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O estudo pretende levantar elementos que possibilitem verificar se esse órgão vem contribuindo para a consolidação da democracia no país, e como o vem fazendo.

---

<sup>36</sup> Agradeço ao Prof. Dr. Sebastião Velasco e Cruz, do Departamento de Ciência Política, IFCH, Unicamp, por fazer notar esse ponto, durante o exame de qualificação, ocorrido em 03.04.2000.

## **Capítulo 2**

O Supremo Tribunal Federal  
diante dos casos de Privatização  
de empresas públicas

## 2.1. Introdução

Em declaração feita à Folha de São Paulo de 03.10.99, o ministro Carlos Velloso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), se pronunciou da seguinte maneira a respeito da sua relação com o Executivo: “O Supremo Tribunal Federal, instituição mais do que centenária, guarda da Constituição, não tem compromissos com projetos governamentais. Seu compromisso é com a Carta. (...) Projetos governamentais devem ajustar-se à Constituição, não esta àqueles.”<sup>1</sup>

O posicionamento do ministro é claro: não há comprometimento entre o Judiciário e os projetos do Executivo. O Supremo Tribunal Federal é um órgão autônomo e independente no processo de implementação das reformas liberalizantes que o Executivo vem implementando no Brasil. É a partir da fala do ministro do Supremo – o mesmo que estava presente na Conferência organizada em Washington sobre a Reforma do Judiciário, como foi visto no primeiro capítulo – que este capítulo se inicia. Retomando uma das hipóteses apresentadas na introdução, é possível identificar que a fala do ministro contém a sua ‘função declarada’, de atuar como guardião dos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988 (CF-88), de proteger os preceitos por ela estabelecidos, mas os estudos a ser desenvolvidos permitirão indicar que nessa função declarada está contida uma ‘função real’ de proteção eficaz dos interesses determinados pelos projetos governamentais.<sup>2</sup>

Esse capítulo objetiva identificar de que forma o STF tem contribuído para a construção da democracia no Brasil pós-Constituição de 1988<sup>3</sup>. Conforme exposto anteriormente, a análise será feita tomando como base as decisões proferidas pelo STF entre os anos de 1989 e 1998 envolvendo os casos de privatização de empresas estatais. E será estruturado em três partes: a primeira, destinada a apresentar a perspectiva teórica a ser trabalhada, a partir da qual serão extraídas as questões que se pretende problematizar na análise das decisões proferidas pelo STF; na segunda parte, o trabalho voltar-se-á para o próprio Supremo. Como introdução ao leitor, serão apresentadas as mudanças provocadas pela Carta de 88 no Poder Judiciário, e mais especificamente no STF, no que diz respeito a sua composição, atribuição e obstáculos que lhe são

---

<sup>1</sup> Folha de São Paulo, 03.10.99, p. 1-6.

<sup>2</sup> As categorias ‘função declarada’ e ‘função real’ fazem parte de uma determinada concepção do que seja o Sistema da Justiça. Sua explicitação foi feita no item 1.2. do primeiro capítulo.

antepostos. A última parte consiste na análise das decisões propriamente ditas. Também nessa parte é feita uma explicação introdutória da legislação e instrumentos jurídicos que foram objeto de pesquisa, para que se possa compreender no que consistem as ações que serão estudadas. Feito isso, o passo seguinte será o estudo dos julgados proferidos pela Corte Suprema do país, nos casos de privatização de empresas públicas.

## **2.2. Os problemas da consolidação democrática brasileira: os pressupostos teóricos e hipóteses**

É difícil encontrar na literatura corrente aqueles que classifiquem o Brasil como uma democracia consolidada. Isso se deve, em certa medida, aos problemas apresentados durante o processo de transição da ditadura militar instaurada em 1964 para o regime civil de 1985. A denominada 'transição pactuada' foi extremamente longa e controlada pelos militares. Ainda que não se pretenda levantar as dificuldades na construção do regime democrático no Brasil, é pertinente trazer algumas informações acerca da transição recente.

Mesmo com a massiva campanha pelas Eleições Diretas realizada em 1984, que levou multidões às ruas, e forçou a efetivação de alguma solução democrática, o STF não se mostrou eficiente em prevenir a transição através do Colégio Eleitoral – instituído pelo regime militar. VIEIRA (1994, p. 81) relata o episódio das Diretas como significativo para compreender a afinidade estabelecida durante o regime militar entre o Executivo e o Judiciário. Visando impedir qualquer manifestação popular de apoio à emenda Dante de Oliveira (que restabeleceria as eleições diretas para Presidente da República), foi decretada medida de emergência no Distrito Federal. O advogado Celso Bastos impetrou Mandado de Segurança junto ao Supremo, visando impugnar alguns dos efeitos produzidos pela medida – o Presidente da República impediu a transmissão, por TV, da votação da emenda a todo o território nacional com base na medida. O advogado alegou que a restrição era inconstitucional, pois a medida de emergência, geograficamente, só era válida para o Distrito Federal, com base no art. 155, da Constituição de 1967/69, vigente na época. O artigo era claro: para que a proibição do Presidente tivesse validade em todo o território nacional, deveria ter sido adotado o estado de sítio ou o estado de

---

<sup>3</sup> A Carta de 1988 simboliza o fim da ditadura militar e a implementação do regime democrático no Brasil. Além disso,

emergência, nunca as medidas de emergência – cuja competência era privativa do Presidente da República. O STF, contudo, entendeu que houve erro do advogado ao indicar o Presidente da República como autoridade coatora, pois o responsável pela execução das medidas era o General Nilton Cruz. Ao decidir dessa forma, o STF deu garantias legais e formais para que a transmissão do processo de sucessão do Presidente Figueiredo fosse limitada ao Congresso Nacional, conforme queriam os militares.

Os líderes do movimento pelas eleições diretas solicitaram ao Congresso Nacional a realização de um plebiscito para que o povo escolhesse a composição da Assembléia Nacional Constituinte – que redigiria a Carta Política do novo regime, dito democrático. A idéia do plebiscito foi rejeitada e a Constituinte teve como membros os senadores eleitos em 1982, dentre os quais, os biônicos. Esses elementos produziram um paradoxo, que não poderia ser mais representativo dos vícios eivados já no início da construção de um regime que se dizia democrático: a maioria da população estava representada por uma minoria congressual, enquanto que a elite oligárquica brasileira obteve uma maioria parlamentar conservadora. Nasceria daí a Carta Política de 1988, que estabelece as diretrizes do novo governo civil instituído no Brasil.<sup>4</sup> Diferentemente da ordem jurídica anterior, estabelecida pelo regime militar, a qual centralizava no Executivo todos os poderes legislativos, inclusive os de emendar a Constituição, sempre que decretado o recesso do Congresso Nacional - Ato Institucional n. 5, de 1968 -, a Carta de 1988 contemplava diversos princípios democráticos. É com essa Carta que se pretende trabalhar ao longo deste capítulo.

Instituir um governo civil, todavia, não é o único requisito para um país transformar-se numa democracia. São dois os grandes desafios que os regimes políticos latino-americanos precisam enfrentar a caminho da consolidação democrática, nos dizeres de O'DONNELL (1991, p. 26): o primeiro, que consiste na transformação de um regime autoritário em um **governo** democraticamente eleito para, então, constituir-se num **regime** democrático, ou seja, uma democracia institucionalizada consolidada. A realização de eleições periódicas, democráticas, não é garantia de que essa transição se complete. Mesmo tendo realizado eleições, em alguns países persiste o perigo de que haja regressão para regimes autoritários. Essa regressão pode se dar de duas formas: através

---

trouxe importantes mudanças para o Poder Judiciário Brasileiro, mudanças essas que serão vistas mais adiante.

de um golpe militar ou pela progressiva diminuição dos espaços nos quais é possível exercer o poder civil e a efetividade das garantias clássicas do constitucionalismo liberal. Nesse último caso se tem uma 'democradura', ou seja um governo civil com soberania militar. (O'DONNELL, 1992, p. 19).

Ainda que no Brasil de hoje sejam baixos os riscos de reversão do regime através de um golpe militar e nos últimos dez anos venham ocorrendo eleições periódicas e competitivas em todos os níveis para os Poderes Executivo e Legislativo, há na literatura dificuldades em tratá-lo como uma democracia consolidada.

MAINWARING (1994, p. 03), por exemplo, qualifica o país como 'mais ou menos' uma democracia. Para o autor, uma democracia consolidada cumpre os seguintes critérios procedimentais básicos: 1) realização de eleições livres, regulares e competitivas, em todos os níveis. A transparência no processo eleitoral deve ser verificada de maneira a evitar que fraude e corrupção venham a determinar o resultado das eleições; 2) ampla cidadania 'adulta'; 3) proteção dos direitos das minorias sociais e de direitos civis, tais como liberdade de imprensa, de expressão, direito a *habeas corpus*, etc. Na análise do autor, o país cumpre as duas primeiras condições. As eleições competitivas determinam quem governa, e vêm sendo realizadas de forma justa e limpa; virtualmente, toda a população adulta pode participar da tomada de decisões. Mas já na terceira dimensão o país apresenta problemas sérios. Possui um alto índice de violência contra líderes camponeses e indígenas, o quê, somado ao uso de tortura pela polícia, evidencia o quão longe o país está de garantir a proteção de liberdades civis básicas.

O'DONNELL, por sua vez, qualifica o Brasil como uma 'democracia delegativa' (1991, p. 30), colocando-o ao lado de países como Peru e Argentina. Tais tipos de democracia têm como característica essencial a forma de relacionamento estabelecida entre o Presidente da República e a sociedade civil: ao primeiro é delegada, por via eleitoral, a permissão de governar o país como lhe bem convier, e na extensão que seu poder permitir. "O presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – ele foi autorizado a governar como achar conveniente". (1991, p. 30).

---

<sup>4</sup> A Carta Política de 1988 vem sofrendo, a partir de 1993, constantes alterações, totalizando, até maio de 2000, 28 emendas. O processo de elaboração dessa Carta, a Constituinte estabelecida em 1987, tem um relato extenso e cuidadoso feito por BARROSO (1997).

Em virtude da conduta centralizadora e autoritária adotada pelo chefe do Poder Executivo, o problema dessas democracias reside nos conflitos gerados com os outros poderes. Para o Presidente da República, o Congresso Nacional, o Judiciário e outras agências estatais de controle 'incomodam' sua agenda governamental, constituindo-se em um estorvo diante dos objetivos que o Executivo prometeu ao seu eleitorado cumprir e também os que não prometeu na campanha; na 'delegação' está embutida a permissão ao Presidente para definir novas metas e procedimentos durante o cumprimento do mandato. Os esforços do Executivo para enfraquecer essas instituições, invadindo sua autoridade legal e baixando seu prestígio, são um resultado lógico dessa visão. (O'DONNELL, 1996, p. 44).

Nas democracias consolidadas, os atores esperam que as regras democráticas prevaleçam num futuro bem distante, que as eleições sejam a única maneira possível de determinar os governantes e que as instituições democráticas se transformem em instituições sólidas e confiáveis<sup>5</sup>. (MAINWARING, 1994, p. 10).

Para O'DONNELL, o elemento decisivo para determinar o resultado da transição do governo democraticamente eleito para a democracia institucionalizada consolidada "é o sucesso ou o fracasso na construção de um conjunto de instituições democráticas que se tornem importantes pontos decisórios no fluxo do poder político". (1991, p. 26). O problema na avaliação das instituições democráticas, entretanto, reside na definição que se pretende dar a essa categoria. Nos regimes políticos da América Latina, por exemplo, é possível verificar a presença de duas instituições extremamente importantes: uma, altamente formalizada, mas intermitente, as eleições; e outra, informal, permanente e difundida: o clientelismo. (1996, p. 35). A presença do clientelismo dominando o cenário político brasileiro, combinada com as eleições institucionalizadas, resulta em um grande abismo entre as regras formais e a maneira como grande parte das instituições políticas 'de fato' trabalham.

Um outro elemento deve ser acrescido na dinâmica de funcionamento das instituições: o controle que as agências devem exercer umas sobre as outras. Todos os

---

<sup>5</sup> Recente pesquisa realizada pelo Ibope, a pedido do Ministério da Justiça, visando trazer elementos para a discussão da reforma do Judiciário, revelou que o cidadão brasileiro considera a justiça lenta e que privilegia os ricos (81% dos brasileiros discordaram de que a Justiça brasileira trata ricos e pobres da mesma forma, contra 17% que concordaram e 2% que não opinaram. Essa mesma pesquisa mostrou que a instituição mais confiável para o brasileiro é o Exército, com 75% de aprovação, 20% de desaprovação e 5% que não opinaram). Dados obtidos em matéria publicada pelo jornal 'O Estado de São Paulo', do dia 24 de março de 1999, intitulada: *92% dos brasileiros consideram a Justiça lenta*. Extraído do site do jornal: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br).

regimes políticos democráticos formalmente institucionalizados incluem várias agências dotadas de autoridade legalmente definida para sancionar ações ilegais ou inapropriadas de outros agentes estatais. A idéia básica é que as instituições formais têm fronteiras bem definidas, legalmente estabelecidas, que delimitam um adequado exercício de sua autoridade e que existem agências estatais com poder para controlar e remediar casos de desrespeito dessas fronteiras por qualquer funcionário ou agência. (O'DONNELL, 1996, p. 44).

Se se considerar plausível a delegação que caracteriza o regime democrático brasileiro, proposta por O'DONNELL, é possível afirmar que as instituições brasileiras caracterizam-se por uma baixa *accountability* horizontal. Isso acontece porque a idéia de o Presidente prestar contas (*accountability*) de seu governo a essas instituições constitui-se em algo desnecessário à plena autoridade que ele, enquanto presidente, recebeu ao ser delegado para governar. Mas, em alguns momentos, tais democracias contam com manifestações críticas por parte dos partidos políticos e do Congresso Nacional a respeito das políticas que estão sendo implementadas pelo governante. E os tribunais decidem, vez ou outra, obstruir a implementação de questões flagrantemente inconstitucionais vindas do Executivo, mas suas decisões são baseadas em questões reduzidas à esfera legal.<sup>6</sup>

No Brasil, ainda que ocorram eleições periódicas, justas e competitivas, em todos os níveis, o poder político é personalizado na figura do presidente, que acaba governando na base do decreto – mecanismo só permitido se não há presença de controles efetivos por parte dos outros poderes. (MAINWARING, 1995, p 392). É uma democracia desmobilizada, na qual a apatia e a resignação prevalecem. O Congresso tem uma imagem patrimonialista e clientelista, mostrando-se incapaz de transformar-se num elemento-chave na discussão e tomada de decisão de questões centrais para o país. A maneira como o Congresso se comporta, não vetando os atos do presidente, com conivência e aquiescência, revela que a ele também interessa que determinadas decisões sejam tomadas via Medida Provisória, mais rápida e ágil que a via legislativa. Do ponto de vista jurídico, o Legislativo apresenta desajustes expressivos no desempenho de suas funções, ao se verificar o cumprimento de suas três atribuições fundamentais: “não participa na fixação das prioridades do governo, não exerce controle sobre o Executivo e

---

<sup>6</sup> O'DONNELL (1991, p. 32). As decisões do STF, a serem apresentadas nesse capítulo, apontam no mesmo sentido.

quase só aprova projetos de lei originários de iniciativas do Chefe do Executivo.”<sup>7</sup> (DALLARI, 1996, p. 04).

De outra perspectiva LINZ & STEPAN (1996, p. 03-15) contribuem de forma determinante na discussão acerca do papel que o Supremo Tribunal vem desempenhando na consolidação da democracia no Brasil. Para os autores, três são as condições básicas quando se fala de consolidação democrática: a primeira – e mais importante – é a existência do Estado. Nos regimes políticos modernos, as eleições não podem ser apoiadas, nem os vencedores podem exercer o monopólio da força legítima, nem os cidadãos podem efetivamente ter seus direitos protegidos por um princípio da lei, a menos que exista um Estado. A segunda condição básica é que a democracia não pode ser tida como consolidada até que a transição democrática tenha se completado – e um requisito básico para que se complete é a realização de eleições livres e competitivas, com base na discussão ampla entre eleitores elegíveis. A terceira condição básica é que nenhum regime deve ser denominado democracia, a menos que os governantes exerçam sua função de maneira democrática. Isso quer dizer que, os países em que os Chefes do Executivo, ainda que eleitos livremente, infringem a Constituição, violam os direitos dos indivíduos e das minorias sociais, absorvem para si funções legítimas do Legislativo e governam precariamente dentro das fronteiras de um Estado de Direito não são democracias.

A exposição dessas condições básicas tem como objetivo estabelecer um patamar mínimo do que possa ser considerado ‘democracia’, para LINZ & STEPAN. Ao definir esse patamar, os autores estão restringindo a possibilidade de lidar com regimes não democráticos liberalizados ou com pseudo-democracias, ou com democracias híbridas, nas quais algumas instituições democráticas coexistem com instituições não democráticas que estejam fora do controle do Estado democrático. Apenas democracias podem se tornar democracias consolidadas. Resumindo, por democracia consolidada designa-se aquele regime político no qual a democracia, enquanto um complexo sistema de instituições, regras e incentivos, se tornou numa só frase “the only game in town”<sup>8</sup> (LINZ & STEPAN, 1996a, p. 05).

---

<sup>7</sup> No Anexo 01 seguem alguns dados sobre a relação entre Executivo e Legislativo no tocante à natureza da produção legislativa do Congresso Nacional, que mostram não serem de todo especulativas as afirmações do jurista brasileiro. Esses dados foram extraídos de TURA (1998).

<sup>8</sup> A tradução da obra para o português transformou a expressão em: “o único jogo disponível na sociedade”. (LINZ & STEPAN, 1999, p. 23).

LINZ & STEPAN defendem uma versão limitada de consolidação democrática que, além de aludir às três condições básicas acima apresentadas, combina as seguintes dimensões: comportamentais, atitudinais e constitucionais. A democracia se torna o único jogo disponível quando, do ponto de vista do comportamento da sociedade, nenhum grupo político significativo cogita reverter o regime democrático ou tenta promover um golpe de Estado. No que diz respeito à atitude, a democracia se torna o único jogo disponível quando, mesmo diante de crises econômicas e políticas severas, a esmagadora maioria da população acredita que qualquer possibilidade de mudança política deve surgir dentro dos parâmetros dos procedimentos democráticos<sup>9</sup>. E por fim, constitucionalmente, a democracia se torna o único jogo disponível quando todos os atores políticos habitam-se ao fato de que os conflitos políticos dentro do Estado serão resolvidos de acordo com as normas estabelecidas e que a violação de tais normas provavelmente sejam ineficazes e custem caro. É nessa última dimensão que o presente trabalho pretende se centrar. Ao trazer alguns problemas encontrados nas decisões oferecidas pelo STF, pretende indicar que nem sempre a solução de um conflito político ocorre dentro dos limites normativos, ainda que a aparência formal e legalista permeie essa decisão.

Dentro do exposto até agora por esse conjunto de analistas, importa ressaltar que não há impedimento de que ocorra, ao longo da consolidação, a possibilidade de uma quebra de regime, nem que essa forma de consolidação apresentada seja a única possível.

Recapitulando, somente um Estado no qual o governante é eleito por eleições livres, abertas e competitivas e toma suas decisões respeitando o Estado de Direito, as regras estabelecidas, pode ser candidato à democracia. Pretende-se com isso excluir regimes não democráticos. Além disso, o comportamento do grupo político não deve trazer consigo o risco de reversão do regime; a sociedade não deve ter motivos para crer que haja nos governantes a intenção de adotar procedimentos não democráticos para administrar seus governos, e os conflitos devem ser resolvidos respeitando os limites da lei.

Os elementos apresentados até agora possibilitam introduzir as arenas nas quais a democracia estará se desenvolvendo para tornar-se consolidada (ou não). Essas cinco arenas a serem apresentadas precisam estar presentes ou estar sendo lapidadas para

---

<sup>9</sup> No Brasil permite-se a quebra da lei em favor do Executivo em casos extremos.

que uma democracia seja consolidada. Além disso, encontram-se interconectadas e se reforçam mutuamente. Isso ficará mais claro ao longo da exposição.

É necessária a presença de condições que propiciem o desenvolvimento de uma sociedade civil livre e atuante, sociedade civil entendida aqui como uma arena da política onde grupos organizados e relativamente autônomos, movimentos e indivíduos tentam articular valores, criar associações e formas de solidariedade e com isso avançar seus interesses. (LINZ & STEPAN, 1996b, p. 07).

Deve haver uma sociedade política relativamente autônoma, sociedade política como uma arena na qual atores políticos competem pelo direito legítimo de exercer controle sobre o poder público e o aparato estatal. A sociedade civil por si mesma pode destruir um regime não-democrático, mas uma democracia consolidada deve envolver a sociedade política. A consolidação democrática requer que os cidadãos desenvolvam uma apreciação pelas instituições centrais de uma sociedade política democratizada, como os partidos políticos, os legislativos de diversas instâncias, as eleições e regras eleitorais, as lideranças políticas e alianças interpartidárias. (LINZ & STEPAN, 1996b, p. 08).

Através do território do Estado todos os grandes atores políticos, principalmente o governo e o aparelho do Estado, devem estar efetivamente sujeitos ao 'princípio da lei'. Deve haver uma burocracia estatal que seja utilizada pelo novo governo democrático. E, por fim, deve haver uma sociedade econômica institucionalizada. Ao tratar a arena econômica como 'institucionalizada'; os autores parecem indicar que não há possibilidade de haver uma democracia consolidada em tempos de paz numa economia planejada, nem é possível considerar a possibilidade de haver uma democracia moderna consolidada com uma economia pura de mercado. Se isso estiver correto, é possível confirmar a premissa de que os autores partem, a de que as democracias consolidadas modernas requerem um conjunto de normas, instituições e regulações – a sociedade econômica – que exerçam a mediação entre o Estado e o mercado. (LINZ & STEPAN, 1996a, p. 11).

Para sustentar essa premissa – da institucionalização da economia - os autores perguntam: por que os mercados completamente livre se encontram incapazes de coexistir com modernas democracias consolidadas? (LINZ & STEPAN, 1996a, p. 12). Do ponto de vista teórico, três são as razões para que isso ocorra. Não obstante certas reivindicações neoliberais, não só de natureza ideológica, mas certamente predominantes hoje acerca da auto-suficiência do mercado, as economias puras de mercado não conseguem sobreviver, nem tampouco serem mantidas sem um certo grau de regulação

do Estado. Mercados requerem legislações de teor comercial que os garantam legalmente, requerem a regulamentação da bolsa de valores, a normatização de padrões de pesos e medidas de mercadorias, e a proteção da propriedade, seja ela pública ou privada. Todas essas necessidades do mercado exigem a intervenção do Estado. A segunda razão é que até mesmo o melhor dos mercados está sujeito a falhas que devem ser corrigidas para garantir o seu bom funcionamento. A terceira, e mais importante, é que a democracia implica livre contestação pública acerca das prioridades e políticas governamentais.

Se uma democracia nunca produziu políticas que gerassem benefícios públicos provenientes do Estado nas áreas de educação, saúde e transporte, e nunca garantiu alguma rede de segurança econômica para seus cidadãos bem como algum tipo de amenização acerca do crescimento das desigualdades econômicas, a democracia não deve ser mantida. (LINZ & STEPAN, 1996b, p. 22). Da perspectiva teórica, seria anti-democrático tirar tais tipos de políticas públicas da agenda de contestação pública legítima. Assim, mesmo na hipótese extrema de uma democracia que se inicia dentro de uma economia pura de mercado, o grande trabalho de uma democracia moderna seria transformar essa economia pura em economia mista, ou em um conjunto de normas, regulações, políticas e instituições denominadas sociedade economicamente institucionalizada. De qualquer ângulo analisado, a consolidação democrática requer a institucionalização de um mercado politicamente regulado. Isso requer uma sociedade econômica, que por sua vez requer um Estado efetivo; portanto, parece devidamente sustentado considerá-la 'institucionalizada'.

Mesmo nas sociedades em que se intenciona modificar o tamanho das propriedades públicas, ou seja, nas quais se pretende fazer ou já tenham sido feitas privatizações, de forma legal e ordenada, ou não, isso será realizado com maior eficiência por um Estado forte (no sentido de capacidade) do que por um fraco. Deterioração econômica causada pela falta de habilidade do Estado em realizar as funções reguladoras necessárias agrava enormemente os problemas da reforma econômica e da democratização. (1996b, p. 22).

Se entendida corretamente, a democracia proposta por LINZ & STEPAN é mais que um regime: é um sistema interativo. Nenhuma arena individual num sistema pode funcionar de maneira apropriada sem algum suporte ou apoio de outra arena, ou de todas as outras arenas e, no caso dos autores, das cinco arenas por eles apresentadas, quais sejam, uma sociedade civil livre e atuante, uma sociedade política autônoma, que haja

submissão dos grandes autores políticos ao princípio da lei, que exista uma burocracia estatal racional e legal e que, por último, que haja uma sociedade econômica institucionalizada. Por ex., a sociedade civil, numa democracia, necessita de apoio do Estado de Direito que garanta às pessoas o seu direito de associação, e necessita do apoio do aparelho estatal que efetivamente imponha sanções legais àqueles que, de forma ilegal, tentam negar a outros aquele direito. Além do mais, cada arena de um sistema democrático produz impactos nas outras arenas. Por ex., a sociedade política administra a burocracia governamental e produz o sistema regulatório global que não só guia, como ainda contém a sociedade econômica. Numa democracia consolidada, portanto, ocorrem mediações constantes entre as cinco principais arenas, cada qual influenciada pelas outras.

Tendo em vista o exposto, cabe indagar o seguinte:

Se é verdade que, num processo de consolidação democrática, o Poder Judiciário constitui a arena mais importante para que se consolide o princípio da lei, através da denúncia contínua dos que não cumprem as regras constitucionais<sup>10</sup>, de que forma o papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição brasileira, vem contribuindo efetivamente para a consolidação democrática?

Se um regime democrático que respeite o princípio da lei, através da submissão do governo e do aparelho do Estado ao respeito à legislação constitucional, limita e define com precisão as áreas do poder discricionárias e, por fim, garante aos cidadãos o livre acesso ao Judiciário para que possam defender a si mesmos do Estado e seus oficiais (LINZ & STEPAN, 1996b, p. 19), em que medida a atuação do Supremo Tribunal Federal diante dos diversos casos de privatização de empresas públicas que se pretende analisar nesse trabalho, tem fortalecido o Estado de Direito e a democracia?

Se é verdade que o Brasil é uma democracia delegativa, e se de fato nesse tipo de democracia o Poder Judiciário, juntamente com outras agências estatais de controle, constitui-se num entrave para que o Executivo cumpra seus objetivos, na medida em que a ele foi delegado o papel de governar como achar conveniente, as decisões proferidas pelo STF nas privatizações de empresas públicas têm contribuído ou atrapalhado a condução dos projetos encampados pelo Executivo?

Se é verdade que, nessas mesmas democracias, os tribunais decidem, vez ou outra, obstruir a implementação de questões flagrantemente inconstitucionais vindas do Executivo, produzindo decisões cujo teor é meramente formal e legalista, em que medida as decisões apresentadas pelo STF nos casos estudados confirmam essa tendência apresentada? Em que medida elas contestam essa afirmação?

É a essas perguntas, dentro de um recorte mais específico, que se pretende tentar responder, no contexto deste capítulo. São perguntas pretensiosas, na medida em que o objeto de análise a partir do qual se pretende oferecer algumas respostas às indagações feita, ficará restrito às decisões proferidas pelo STF que envolveram a privatização de empresas públicas. Cabe ressaltar aqui que o volume de páginas dos 18 casos estudados (aproximadamente 500 páginas, com numerosas remissões a outros textos legais) impossibilitou a inclusão de um outro tipo de decisão. Por essa razão a preferência foi dada às privatizações, pois trazem consigo a possibilidade de ilustrar de maneira clara o tipo de relação e a presença de conflitos existentes entre o Poder Judiciário e o Executivo.

Para que o leitor possa verificar a validade das perguntas feitas, primeiro serão apresentadas as mudanças feitas no STF pela Carta de 1988, para então analisar as decisões proferidas por essa Corte nos casos de privatização de empresas estatais na década de 90.

### **2. 3. O Poder Judiciário brasileiro visto pela Constituição de 1988**

O Poder Judiciário é o árbitro que julga os conflitos de interesse existentes na sociedade, uma vez que cabe ao Estado decidir quem tem razão nos casos em que tais conflitos não sejam superados por negociações e acordos diretos envolvidos entre as partes. Os cargos do Judiciário, de maneira geral, em primeira instância – juizados comuns, de primeiro grau – são ocupados por concurso público<sup>11</sup>, o que já não ocorre com a Suprema Corte, por exemplo, de cujo processo participam apenas o Executivo e o Senado Federal. Uma modificação importante trazida pela Carta de 88 foi a autonomia

---

<sup>10</sup> E no Direito Constitucional brasileiro, a figura que permite a denúncia de tais infrações é a Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin, cujos aspectos jurídicos serão vistos mais adiante.

<sup>11</sup> Nos tribunais de segundo grau da justiça comum, federais ou estaduais, um quinto dos lugares é preenchido com membros do Ministério Público ou advogados com mais de dez anos de atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos seus órgãos de representação – o instituto é denominado ‘quinto constitucional’. A nomeação é feita pelo respectivo chefe do Poder Executivo, ao qual o tribunal encarregado de preencher a vaga enviará lista tripla tirada da mencionada lista sêxtupla.

administrativa e financeira do Poder Judiciário frente aos outros poderes (art. 99), até então inexistentes. A partir de 1988, os tribunais devem elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Nas outras cartas a solicitação de verbas ficava submetida à aprovação do Executivo. Com essa alteração, fica caracterizada, ao menos formalmente, a autonomia do Poder Judiciário. Por outro lado, tal modificação trouxe maior responsabilidade, na medida em que impede que se atribua ao Executivo seus eventuais fracassos e emperramentos.

A Carta de 88 criou o Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de desafogar o Supremo<sup>12</sup>, que na década de 70 já se mostrava desgastado, com acúmulo de causas e morosidade. Fez isso através da transferência de muitas das competências estabelecidas para o STJ. Ao mesmo tempo, transformou em matéria constitucional aquilo a que, até então, só cabia ser tratado em legislação ordinária, o que acabou produzindo uma avalanche de recursos alegados sempre com base na inconstitucionalidade, que acabam sendo levados ao STF. De uma carga anual de 6.637 causas em 1989 passou, em 1997, para 40.283<sup>13</sup>. Mas ao se olhar com mais cuidado para a natureza dos recursos impetrados no STF, encontrar-se-á um volume imenso de causas vindas do Poder Executivo, da União, através, principalmente, do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), cujo objetivo consiste meramente na protelação da satisfação dos direitos de beneficiários ou contribuintes: os denominados processos de 'causa perdida'. Alguns números ilustram isso: os dois tipos de processos mais freqüentes (recursos extraordinários e agravos regimentais) ajuizados pelo Executivo aumentaram de 344 em 1991, para 8.454 em 1993 e para 11.781 em 1995<sup>14</sup>. Como se vê, a ampliação positiva de acesso ao Supremo tem encontrado uma barreira: o acúmulo de atribuições pelo tribunal, impedindo que venha a desempenhar suas funções propriamente constitucionais. A criação do STJ não ajudou muito, pois o STF continua sobrecarregado.

---

<sup>12</sup> Logo, o Poder Judiciário brasileiro tem dois tribunais nacionais: o STF, que funciona como órgão de cúpula da justiça brasileira como um todo, e tem como função principal proteger a Constituição e, mais abaixo, o STJ, órgão máximo da Justiça Federal e Comum.

<sup>13</sup> Números obtidos no jornal 'O Estado de São Paulo', de 22 de abril de 1998, em matéria intitulada *A Justiça no limite do impossível*. Extraído do site do jornal: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br).

<sup>14</sup> Folha de São Paulo. *União 'emperra' STF com causas perdidas*. Matéria de 24 de Dezembro de 1996, p. 1-8.

### 2. 3.1. O Supremo Tribunal Federal na Carta de 1988

Criado alguns meses depois da proclamação da República, pelo Dec. 510 de 22.Junho.1890, elaborado inicialmente sob os moldes da Suprema Corte americana, funciona hoje como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Com mais de cem anos de existência, teve algumas de suas características alteradas (tais como finalidade, composição, garantias) nas 'quase' seis<sup>15</sup> constituições elaboradas durante o período republicano.

Embora tenha tido sua estrutura modificada diversas vezes, tem atuado de forma semelhante, desde seu surgimento, como bem o expõe VIEIRA (1994, p. 73): caracteriza-se por uma conduta silenciosa, omissa e dócil, numa história de submissão ao Executivo, o que por muitas vezes o relegou a segundo plano dentro do cenário político nacional. Frente às modificações que o Estado vem sofrendo nos últimos anos – modificações que parecem visar tão somente à adaptação do País a um modelo econômico internacional específico, como afirma DALLARI – sua conduta tem revelado um baixíssimo respeito à legalidade, ao princípio da lei, pois a maneira com que atua, ao lado dos tribunais superiores, tem demonstrado “excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo”. (1996, p. 03).

O texto de 88 manteve sua estrutura e composição estabelecida pela reforma do judiciário ocorrida em 1977<sup>16</sup>, mas modificou diversas matérias jurisdicionais, o que, conforme veio a se verificar posteriormente, provocou um enorme impacto no papel que o Supremo exercia no sistema político constitucional brasileiro. Na opinião de VIEIRA (1994, p. 18)., expandiu o espaço a ser ocupado por este órgão enquanto arena política de resolução de conflitos constitucionais.

#### 2. 3.1.1. As atribuições do STF estabelecidas pela Carta de 1988

As atribuições feitas pela Carta de 88 estabeleceram um duplo papel para a Suprema Corte: a) de órgão de cúpula do Poder Judiciário, na medida em que detém a

<sup>15</sup> O período republicano é composto, até o presente momento, teórica e tecnicamente por seis e não cinco constituições: 1891, 1934, 1946, 1967, Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967 e 1988. A EC n.º 1, de 1969 feita à CF-67, é tratada pelos teóricos do Direito Constitucional como uma nova constituição. (SILVA, 1999, p. 89; BASTOS, 1999, p.139).

<sup>16</sup> Diversas foram as alterações sofridas pelo STF ao longo do regime militar. Mas a reforma de 1977 estabeleceu parâmetros que ficaram inalterados até 1988. Reduziu o número de ministros de 16 para 11, deu-lhe competência para julgar causas que envolvessem perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, e que contribuíssem de qualquer forma para o descontrole na condução do processo de transição. (VIEIRA, 1994, p. 81).

competência de julgar em última instância os recursos provenientes de tribunais inferiores cujas decisões venham a ser incompatíveis com a Constituição; b) e de tribunal constitucional, na medida em que lhe cabe apreciar, de forma concentrada, as ações diretas de inconstitucionalidade.

Com as novas atribuições, agora cabe ao STF julgar originariamente (art. 102, *caput* e incisos, CF-88) as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por ação ou omissão, bem como deve declarar a constitucionalidade das leis ou de atos normativos federais, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>17</sup>. Cabe a ele também apreciar originariamente, ou como recurso ordinário, remédios constitucionais tais como o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança, o *Habeas Data* e o Mandado de Injunção cuja matéria envolva a garantia de direitos. Além disso, são responsáveis também pelo julgamento de grandes autoridades, dentre eles o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República.

### 2.3.1.2. O processo de nomeação dos Ministros e a composição atual da Corte

Conforme o mantido na Carta de 1988, o STF é composto por 11 ministros, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, depois de ter o Senado aprovado a escolha por maioria absoluta (art. 102, CF-88). Ainda que existam garantias constitucionais que submetam tal nomeação à apreciação do Legislativo, impedindo o livre arbítrio do Chefe do Executivo, o Senado Federal assume efetivamente seu papel de controlador dos atos do Executivo?<sup>18</sup> A pessoa nomeada pelo Presidente comparece ao Senado para passar por uma sabatina de sua vida política, cargos ocupados, posições jurídicas que defende. Entretanto, nos dizeres de DALLARI (1996, p. 112), “o Senado Federal tem sido, sistematicamente, mero homologador formal das indicações, aprovando passivamente os indicados, sem qualquer questionamento.” Tal nomeação, sem que o Senado cumpra o seu efetivo papel, permite que os candidatos, juízes ou não, sejam indicados para o STF pelo critério da relação político-partidária ou pessoal com o Presidente da República, ou que tenham significativa influência no governo federal. A

<sup>17</sup> Por algumas destas ações serem objeto de estudo nos casos analisados no item 2.4, será feita uma exposição um pouco mais detalhada dessas ações, no referido item.

<sup>18</sup> Foram contactados os seguintes senadores via *email*, solicitando quaisquer informações que auxiliassem no esclarecimento do processo de sabatina que o Senado Federal faz com os nomeados: Heloísa Helena (PT-AL), Roberto Saturnino (PSB-RJ), Geraldo Cândido (PT-RJ), José Eduardo Dutra (PT-SE) e Eduardo Suplicy (PT-SP). Nenhum senador respondeu ao *email*.

conseqüência, para o autor, é a indicação de pessoas ausentes de independência política ou moral.<sup>19</sup> Os dados da tabela 01 (exposta a seguir) indicam que Otávio Gallotti se aposenta esse ano – ainda que não indique o mês. Na mídia, até Maio de 2000 não houve qualquer apresentação de um possível candidato à vaga do Ministro.

Compõem os quadros atuais da Suprema Corte os seguintes ministros<sup>20</sup>:

TABELA 01

<b>Composição do Supremo Tribunal Federal em Maio de 2000</b>					
Classificados conforme a natureza da presidência que os nomeou (Militar ou Civil)					
<b>Nomeados por Presidentes Militares (1964-1985)</b>					
<i>Nome do Ministro</i>	<i>Presidente que o nomeou</i>	<i>Ministro iniciou carreira como</i>	<i>Último cargo ocupado</i>	<i>Ano da nomeação</i>	<i>Aposenta-se em</i>
Moreira Alves	Ernesto Geisel			1975	2003
Néri da Silveira	João Figueiredo	Juiz Federal no RS	Ministro do TFR*	1981	2002
Octávio Gallotti	João Figueiredo	Procurador do Min. Público	Decano do TCU	1984	2000
Sydney Sanches	João Figueiredo				2003
<b>Nomeados por Presidentes Cívís (1985-1999)</b>					
<i>Nome do Ministro</i>	<i>Presidente que o nomeou</i>	<i>Ministro iniciou carreira como</i>	<i>Último cargo ocupado</i>	<i>Ano da nomeação</i>	<i>Aposenta-se em</i>
Celso de Mello	José Sarney	Promotor de Justiça em SP	Secretário Geral da Consultoria Geral da República	1989	2015
Sepúlveda Pertence	José Sarney				2007
Carlos Velloso	Fernando Collor	Juiz Federal em MG	Ministro do STJ	1990	2006
Ilmar Galvão	Fernando Collor	Juiz Federal no Acre	Ministro do STJ	1991	2003
Marco Aurélio	Fernando Collor	Ministério Público do Trabalho	Ministro do TST	1990	2016
Maurício Corrêa	Itamar Franco	Advogado – Senador	Ministro da	1994	2004

<sup>19</sup> DALLARI (1996, p. 113) entende que o modo de escolha impede que os ministros se posicionem confortavelmente para decidir contra os interesses do Presidente, pois afinal foram nomeados por ele. Isso, no entanto, parece um comentário inadequado, se se olhar toda a composição atual do STF (vide tabela 01): de acordo com o argumento de DALLARI, dos onze ministros, apenas Nelson Jobim tem o direito de se sentir 'desconfortável' por suas decisões, frente ao Presidente da República.

<sup>20</sup> Sobre o processo de levantamento de dados dos ministros do STF, algumas considerações devem ser feitas. Diversas foram as dificuldades encontradas na busca de dados que complementassem os perfis dos ministros da Suprema Corte. Algumas já foram apontadas na própria tabela. Mas importa salientar aqui o baixo número de trabalhos publicados acerca dessa Corte que possui mais de cem anos. Dos que foram publicados, e foi possível o acesso, destaque para dois mais recentes: 1) Oscar Vilhena Vieira, que fez um bom trabalho de condensação da história dessa corte, e a análise de alguns julgados, com vistas a verificar a contribuição dessa corte para a consolidação democrática e 2) Luiz Werneck Vianna, com uma extensa pesquisa realizada pelo Instituto Universitário de Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (IUPERJ), encomendada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), com certeza o maior perfil já desenhado acerca dos quadros atuais da magistratura brasileira. No entanto, essa investigação não realizou um estudo específico sobre o perfil dos ministros do STF, muito embora quatro deles tenham participado da amostra.

		Constituinte pelo PDT**	Justiça de Itamar Franco		
Nélson Jobim	Fernando Henrique Cardoso (FHC)	Advogado – Deputado Federal Constituinte pelo PMDB**	Ministro da Justiça de FHC	1997	
<p>* Tribunal Federal de Recursos. Com a CF-88 transformou-se no atual STJ.  ** ambos partidos políticos. PDT: Partido Democrático Trabalhista; PMDB: Partido do Movimento Democrático Brasileiro  Alguns espaços estão em branco por que: a) alguns dos <i>Curricula Vitae</i> disponíveis no site do STF (<a href="http://www.stf.gov.br">www.stf.gov.br</a>) não forneciam tais dados, b) os ministros Sepúlveda Pertence, Nélson Jobim, Sydney Sanches e Moreira Alves, em 08.07.99 não tinham seus currículos disponíveis no site.</p>					

Em mais de 15 anos de governo civil, os quadros do Supremo Tribunal contêm uma pequena minoria indicada pelos militares: dos 11 ministros, 04 foram indicados durante o regime militar, 02 foram indicados pelo presidente da 'transição' – José Sarney – e 05 por presidentes civis. Não foi possível, entretanto, identificar nos processos analisados diferença nas decisões entre os ministros indicados por militares e os que o foram por civis. Por essa razão não é possível afirmar se há uma divisão dessa natureza dentro da Suprema Corte. Nos casos lidos, apenas um chamou a atenção por ter sido a única opinião expressamente pessoal apresentada nos 18 casos lidos sobre o processo de privatização. Foi a posição apresentada pelo Ministro Maurício Corrêa, que diz o seguinte: "o Congresso Nacional (...) já quebrou o monopólio das telecomunicações, e também em primeira votação a Câmara [dos Deputados] está desconstituindo o monopólio da Petrobrás, fatos inteiramente inadmissíveis, inclusive para o meu gosto, mas que traduzem realidades concretas dessas mudanças."<sup>21</sup> Foi o único que se expressou de forma tão claramente contrária ao programa governamental. Apesar desse pronunciamento, seu voto contribuiu para dar continuidade ao programa no caso em questão.

Feitas as considerações teóricas dispensadas ao estudo das instituições, e estabelecida uma imagem mais elaborada acerca da origem, finalidade e composição do Supremo Tribunal, cabe agora verificar de que forma essa instituição centenária tem atuado na construção da democracia brasileira a partir da exposição dos casos analisados.

## 2.4. Análise dos Julgados proferidos pelo STF: os casos de privatização

Na tentativa de estudar como vem atuando o STF na defesa da ordem democrática, na defesa da Constituição frente aos poderes Executivo e Legislativo, o recorte feito

<sup>21</sup> Adin 234/RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 22 de junho de 1995. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. p. 46.

consiste nas ações impetradas durante os últimos dez anos que tenham por objeto a privatização de empresas públicas. A possibilidade de se privatizar empresas públicas está disposta no Programa Nacional de Desestatização, Lei no. 8.031 de 12 de Abril de 1990. Muito embora não tenha sido ela a primeira legislação a permitir a privatização das entidades paraestatais brasileiras – tendo em vista que no governo militar do Presidente João Figueiredo, de 1981 a 1984, durante o qual foram privatizadas aproximadamente 20 empresas estatais<sup>22</sup> - impossível negar que não só representou a institucionalização desse programa político, como também facilitou e impulsionou as futuras alienações. Com isso, até março de 1999 foram 20 ações impetradas perante o Supremo, solicitando a declaração de inconstitucionalidade de tal lei.

A escolha desse tópico foi motivada por diversas particularidades que envolvem a questão: em grande parte das ações impetradas, os agentes envolvidos são partidos políticos e associações sindicais, essas últimas geralmente ligadas a empresa pública sujeita à privatização; grande parte dessas ações foram negadas, por votação unânime, ou em parte, mas em nenhum caso o Supremo suspendeu o leilão de privatização delas, tomando posições no mínimo curiosas para não fazê-lo. A partir dos posicionamentos do Supremo, pretende-se analisar a maneira como essa Corte tem direcionado suas decisões perante a pretensão desses agentes, que pleiteiam direitos que confrontam diretamente os interesses do Executivo.

Nesse tópico pretende-se responder às seguintes perguntas:

É possível afirmar que a conduta do STF é de submissão ao Executivo ou tem atuado tão somente em defesa da Constituição, na bandeira levantada pelo Ministro Carlos Velloso? De que maneira constróem sua justificativa ao negar provimento às ações? E nos casos em que concedem provimento, seja *in totum*, seja em parte, qual a dimensão de tais provimentos? Que tipo de decisões a Suprema Corte toma: chega a julgar o mérito da questão, ou apenas se detém na avaliação de questões procedimentais, como a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido<sup>23</sup>?

Levantados os interrogantes que se pretende responder nesse tópico, a seguir será feita uma pequena exposição dos principais itens que caracterizam a Lei 8.031/90, que

---

<sup>22</sup> Conforme já referido anteriormente, foram vendidas aqui cerca de 20 empresas estatais, dentre as quais América Fabril, Riocel e Cia Química Recôncavo, gerando uma renda de 190 milhões de dólares, no levantamento feito por MAMELUQUE (1995. p. 17).

institui o Programa Nacional de Desestatização (PND), para então passar aos casos estudados. Como as ações impetradas contra o PND dizem respeito, em sua grande maioria, a Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>24</sup> (Adin) também desse instituto jurídico constará pequena caracterização, para que se facilite ao leitor a compreensão dos questionamentos levantados. Outro instituto jurídico que será abordado é a Ação Popular, pois também se refere a um importante caso estudado. Explicitadas as características destes instrumentos constitucionais, por fim serão aglutinados três grandes problemas encontrados na análise dos casos conduzidos ao Supremo para sua apreciação: a maneira como o STF aborda a problemática da legitimidade ativa nas Adins; o órgão competente para julgar Ação Popular contra o Presidente da República e, por fim, as modificações trazidas pelas medidas provisórias à Lei 8.031/90 – que estabelece o Programa Nacional de Desestatização. Segue a caracterização dos instrumentos jurídicos a serem utilizados nas análises.

#### **2.4.1. Os instrumentos jurídicos utilizados nos casos em questão**

Aqui serão vistos três instrumentos jurídicos aos quais se fará referência ao longo das análises. São eles: o Programa Nacional de Desestatização, ou seja, a lei em relação à qual os requerentes alegaram inconstitucionalidade dos atos proferidos pelo Executivo; a Adin, e por último, a Ação Popular. Tais ações consistem em instrumentos jurídicos que permitem à sociedade civil requerer que suas demandas sejam atendidas, e estão previstas na Carta de 1988. Segue a caracterização de cada uma delas.

##### *2.4.1.1. Caracterização da Lei 8.031/90 - Programa Nacional de Desestatização (PND)*

Datada de 12 de abril de 1990, a Lei 8.031/90 institui o Programa Nacional de Privatização – doravante identificado pela sigla PND – através do estabelecimento de dispositivos legais que determinam critérios para as privatizações. O forte argumento do governo para o processo de privatização, disposto inclusive no seu art. 1º, é “contribuir para a redução da dívida pública (*interna e externa*), concorrendo para o saneamento das

---

<sup>23</sup> São denominadas as condições da Ação, prevista no art. 267, IV do Código de Processo Civil Brasileiro. “Art. 267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: VI, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.” (THEODORO Jr., 1996, p. 118).

<sup>24</sup> Dos 20 casos estudados, 16 são Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 03 são Mandados de Segurança e 01 é Ação Popular. Veja com mais detalhes na Tabela 02.

finanças do setor público”; bem como para a revigoração do mercado de capitais. Autoriza a venda das empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo, além das empresas criadas pelo setor privado que tenham sido transferidas para o controle direto ou indireto da União.

Do ponto de vista jurídico, privatizar consiste no processo de alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras empresas controladas, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Uma das exceções, não passível de alienação pela União, entretanto, que engloba o conjunto de empresas sob domínio da União é o Banco do Brasil S/A.<sup>25</sup>, por enquanto órgão oficial ressegurado referido no art. 192, II da CF-88<sup>26</sup>, posto que, pela justificativa feita na legislação, é uma sociedade de economia mista que exerce atividade de competência exclusiva da União.

#### 2.4.1.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade - Adin<sup>27</sup>

A Adin pode ocorrer de duas formas: por ação e por omissão. A Adin por ação autoriza as pessoas<sup>28</sup> previstas no art. 103, CF-88, a alegar que determinada norma, seja ela federal ou estadual, está desrespeitando as regras constitucionais e solicitem que o STF declare a sua inconstitucionalidade ou não. Já a Adin por omissão permite que as mesmas pessoas do art. 103 denunciem se o legislador se omitiu em determinada norma da constituição que previa a produção de atos administrativos ou legislativos, necessários

<sup>25</sup> Causou surpresa a MP 557, de 27.07.94 – que autoriza a venda de concessionárias que atuam em setores estratégicos da economia – quando vetou expressamente a venda do Banco do Brasil. Diz o § 3o. do art. 2o. da MP: “Não se aplicam os dispositivos desta Lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21, o art. 159 e inciso I, alínea ‘c’ e o art. 177 da Constituição Federal, ao Banco do Brasil S/A. e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do art. 192 da Constituição Federal.” Não foi possível, contudo, localizar a atualidade dessa restrição, tendo em vista ser a MP de seis anos atrás. Essa MP foi tratada na Adin 1111/DF Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgada em 31 de agosto de 1994. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. p. 61. Caso 11 da tabela 02.

<sup>26</sup> Preceitua o referido artigo: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...), II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.”

<sup>27</sup> O processo de declaração dessa inconstitucionalidade constitui técnica especial, denominada pela teoria do Direito Constitucional de ‘controle de constitucionalidade’ das normas, e busca garantir a supremacia da Carta Política em relação às outras legislações. Está previsto na Carta Política através dos seguintes institutos jurídicos: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade - Adin e b) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC. Como somente a primeira será objeto de estudo aqui, será vista com mais detalhes.

<sup>28</sup> Quando o ordenamento jurídico autoriza alguém a entrar em juízo com uma determinada ação, tecnicamente essa pessoa é identificada como ‘legitimados ativos’, vale dizer: ‘legitimado’ pelo ordenamento jurídico a entrar com a ação, ‘ativo’. Os ‘legitimados passivos’ seriam aqueles contra quem a ação se refere.

para tornar essa mesma norma plenamente aplicável e solicita a produção de uma lei ou providência administrativa posterior para que tais direitos ou situações se efetivem na prática – alguns dispositivos prevêem direitos a ser produzidos por lei ordinária, mas a produção de tal lei não ocorre, por omissão do legislador. Tornou-se, entretanto, instrumento sem sentido, pois a decisão que reconhece a inconstitucionalidade não tem efeito prático, na medida em que comunica ao Poder responsável sua omissão e não pode supri-la, pois compete ao Poder Legislativo fazê-lo e a lei não prevê forma de suprir a omissão identificada.

A legislação sobre a Adin, ao autorizar o Poder Judiciário, através do STF, na esfera federal e das demais instâncias judiciais estaduais, como órgão competente para apreciar a inconstitucionalidade das leis, está caracterizado o sistema de controle jurisdicional<sup>29</sup> que pode ser acionado de duas formas: a) o controle difuso - no qual se atribui esse direito (declarar a inconstitucionalidade) a todos os componentes do Poder Judiciário e b) o controle concentrado - que destina essa técnica a um órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou a uma corte especial. Como o país adota os dois tipos de critérios, acabou por produzir um sistema de controle de constitucionalidade peculiar.

São competentes para entrar com a Adin: I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa da Assembléia Legislativa, V - o Governador de Estado, VI - o Procurador Geral da República, VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – art. 103, I a IX, CF-88.

Com isso diversos grupos sociais que até então não possuíam capacidade de representação junto ao Supremo passaram, ao menos teoricamente, através de seus partidos políticos, sindicatos, entidades de classes, a ter acesso a Corte. O advérbio restritivo - 'teoricamente' - é devido ao fato de que a construção jurisprudencial do Supremo no que diz respeito ao inciso IX do art. 103 (confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) tem sido no sentido de restringir os legitimados ativos a entrarem com a respectiva ação. Esse problema será visto com mais destaque no item 2.4.2.

---

<sup>29</sup> Existem dois outros sistemas de controle de constitucionalidade: o controle político, que entrega a órgãos de natureza política, tais como o Legislativo ou a um órgão especial – que não seja proveniente do Poder Judiciário – a verificação da inconstitucionalidade das leis; e misto, que engloba o político e o jurisdicional.

### 2.4.1.3. A Ação Popular

A ação popular é uma garantia constitucional<sup>30</sup> prevista no art. 5º, LXXIII, CF-88<sup>31</sup>, que autoriza qualquer cidadão<sup>32</sup> a ir ao Poder Judiciário invocar sua tutela jurisdicional para proteger interesse que pertença à coletividade. Popular, porque busca defender a coisa pública, aquilo que é interesse da coletividade. Sua finalidade é **corrigir nulidade** (SILVA, 1999, p. 462) de ato lesivo: a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado seja partícipe; b) a moralidade administrativa<sup>33</sup>; c) ao meio ambiente e d) ao patrimônio histórico e cultural. Tem dois requisitos que deve cumprir: que o ato seja tanto ilegal, (que o ato seja contrário ao Direito por infringir normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública) e lesivo ao patrimônio público. Ela é uma ação corretiva e não preventiva, muito embora o juiz possa tomar medidas que evitem maior danos ao erário.

“Lesivo” é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração ou que ofende bens ou valores artísticos cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. Caso estes dois itens não sejam comprovados – lesividade ao patrimônio público e ilegalidade – a ação não cumpre seus requisitos básicos e não é aceita pelo Judiciário.

A esfera competente para processar e julgar tais atos é a Justiça de primeiro grau – tanto Federal como Comum – mesmo quando ajuizada contra Presidente da República, Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Governador ou Prefeito (MEIRELLES, 1995, p. 103).

Apresentadas algumas notas introdutórias sobre os instrumentos jurídicos a que serem tratados ao longo do texto, o passo seguinte consiste na apresentação dos casos estudados.

<sup>30</sup> As garantias constitucionais são ações judiciais que buscam *garantir* os direitos individuais elencados no art. 5º da CF-88, atribuindo-lhes eficácia. Ex.: a CF-88 contempla o direito à liberdade e tem como instrumento para assegurá-lo o *habeas corpus*, previsto no art., 5º, LXVIII.

<sup>31</sup> “Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

<sup>32</sup> Cidadão aqui significa indivíduo brasileiro, pessoa física, munida de seu título eleitoral. É o sentido jurídico do conceito de cidadania.

### 2.4.2. O estudo de casos propriamente dito

Conforme visto anteriormente foram encontrados vinte casos<sup>34</sup> envolvendo a privatização de empresas públicas dentro do período de 1989 a 1998, envolvendo dezesseis Ações Diretas de Inconstitucionalidade, três Mandados de Segurança e uma Ação Popular. Veja com mais detalhes na tabela a seguir:

TABELA 02

<b>Requerentes e Decisões proferidas pelo STF nos processos de Privatização – 1989/1998</b>					
<i>No.</i>	<i>Ação No.</i>	<i>Requerente</i>	<i>Ministro Relator</i>	<i>Julgado em</i>	<i>Decisão proferida pelo STF</i>
01	Medida Cautelar em Adin 50/DF	Partido dos Trabalhadores	Octávio Gallotti	24.05.1989	Indeferida MC por unanimidade dos votos
02	Medida Cautelar (MC) em Adin 485/DF	Partido Socialista Brasileiro	Célio Borja	16.05.1991	Extinto o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, CPC), prejudicado o requerimento da MC, por unanimidade de votos
03	Adin 126/RO	Governador do Estado de Rondônia	Octávio Gallotti	29.08.1991	Procedente em parte e nessa parte julgar inconstitucional o art. 32 e Parágrafo Único da ADCT e o art. 266 da CE-RO, por unanimidade de votos.
04	MC em Adin 562/DF	Partido Socialista Brasileiro	Ilmar Galvão	04.09.1991	Indeferida MC por maioria dos votos. Vencidos: Sepúlveda Pertence e Celso de Mello
05	MC em Adin 605/DF	Partido Democrático Trabalhista	Celso de Mello	23.10.1991	Indeferida MC por unanimidade dos votos
06	MC em Adin 504/DF	Procurador Geral da República – representando a ABRAPP	Paulo Brossard	18.12.1991	Indeferida MC por maioria dos votos. Vencidos: Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard
07	MC em Adin 587/AL	Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais	Ilmar Galvão	08.10.1992	Prejudicada a MC, por unanimidade de votos. Já havia sido apreciada no caso 04
08	MC em Adin 1047/AL	Procurador Geral da República	Sepúlveda Pertence	25.03.1994	Deferida a MC, por unanimidade dos votos, para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do art. 30 e seus incisos do ADCT da CE-AL
09	MC em Adin 1066/DF	Partido Democrático Trabalhista	Néri da Silveira	11.05.1994	Conhecida em parte da ação e nessa parte indeferida a MC, por unanimidade de votos
10	MC em Adin 1078/RJ	Partido Democrático Trabalhista	Néri da Silveira	15.06.1994	Conhecida em parte a ação e nessa parte indeferida a MC por unanimidade de votos

<sup>33</sup> Caso alguém da Administração Pública – Prefeito, por ex. – execute determinada lei com o intuito de favorecer alguém ou de prejudicar a outrem, cumpre a lei sob o ponto de vista formal, mas infringe a moralidade administrativa. (SILVA, 1999, p. 464).

<sup>34</sup> Dos 20 casos, foram acessados de fato apenas 18, porque o programa disponível pela Internet no site do STF ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)) não contém os dados dos dois últimos casos, julgados em 1998. São eles: MS 23151/SP, Requerente: Associação dos Funcionários do Conglomerado Banespa e CABESP, AFUBESP e outros, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Decisão: Agravo improvido; e Adin 562/UF, Requerente: Partido Socialista Brasileiro, Relator: Ilmar Galvão, julgado em 01.07.1998, Decisão: Ação julgada prejudicada (perda do objeto da ação, na forma da jurisprudência do STF).

11	MC em Adin 1111/DF	Partido Democrático Trabalhista	Néri da Silveira	31.08.1994	Concedida em parte a ação e nessa parte indeferir a MC, por unanimidade de votos
12	Adin 234/RJ	Governador do Estado do Rio de Janeiro	Néri da Silveira	22.06.1995	Procedente em parte a ação e nessa parte julgada a inconstitucionalidade dos arts. 99, inc. XXXIII e art. 69 da CE-RJ, por unanimidade de votos
13	QO em Adin 234/RJ	Governador do Estado do Rio de Janeiro	Néri da Silveira	04.10.1995	Procedente em parte, para retificar a parte final do acórdão da Adin 234, por unanimidade de votos
14	MS 22493/RJ	Consórcio TRANSCON/AMURADA	Marco Aurélio	26.09.1996	Por maioria dos votos, indeferir o MS e cassar a MC concedida. Vencidos: Marco Aurélio e Octávio Gallotti.
15	MS 22509/SP	International Brasil Export S/A	Marco Aurélio	26.09.1996	Por maioria dos votos, indeferir o MS e cassar a MC concedida. Vencidos: Marco Aurélio e Octávio Gallotti
16	Adin 1508/RJ	Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas	Marco Aurélio	06.11.1996	Não conhecida a ação por falta de pertinência temática, por unanimidade de votos
17	AR em AP 1282/RJ	Alexandre Otávio de A. Lima	Sydney Sanches	26.05.1997	AR improvido por unanimidade de votos
18	AR em MS 22829/DF	Nilmário Miranda	Ilmar Galvão	01.08.1997	Negado provimento ao AR, por unanimidade de votos

MC: Medida Cautelar; Adin: Ação Direta de Inconstitucionalidade; CPC: Código de Processo Civil; ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; CE: Constituição Estadual, seguida do Estado a que se refere; ABRAPP: Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Privada; QO: Questão de Ordem; MS: Mandado de Segurança; AP: Ação Popular; AR: Agravo Regimental.

Se o foco de análise dos casos julgados for a natureza da decisão oferecida pelo STF, tem-se o seguinte (Tabela 03): dos 20 casos, 13 tiveram uma resposta negativa, seja ela de não conhecimento da ação, de não conhecimento de agravo regimental solicitado, de indeferimento de Mandado de Segurança ou Medida Cautelar<sup>35</sup>, correspondendo a 65% do total de casos; somente 01 deles teve uma resposta totalmente positiva (o caso n 08 da Tabela 01), correspondendo a 5% do total de casos e 06 delas foram ações reconhecidas em parte, sendo o equivalente a 30% do total dos casos estudados.

TABELA 03

<b>Natureza das Decisões Proferidas nos Processos de Privatização julgados pelo STF – 1989/1998</b>	
<i>Natureza da Decisão</i>	<i>Incidência</i>
Negativa*	13
Improvida	04
Prejudicada	03

<sup>35</sup> São ações de rito especial, que solicitam um pronunciamento imediato do STF, alegando que caso este não suspenha determinado ato até o julgamento da ação propriamente dita, as consequências serão irremediáveis. Englobam basicamente o cumprimento de dois requisitos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. O primeiro requisito, a fumaça do bom direito, deve prever que o ato a ser questionado na Cautelar seja líquido, certo e exigível e o segundo, o perigo da demora, deve prever danos irreversíveis caso o ato pleiteado não seja protegido até o julgamento do mérito da ação principal.

Indefenda	06
Positiva	01
Positiva em parte **	06
<b>Total de Casos</b>	<b>20</b>
<p>* As decisões classificadas como 'negativas' têm diferentes nomenclaturas em virtude da natureza da ação. Os Mandados de Segurança serão sempre deferidos ou indeferidos; os Agravos Regimentais serão sempre providos ou improvidos e as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, quando referem-se aos casos de problemas relacionados a questões procedimentais, serão prejudicados.  ** Nesses casos o STF só conheceu parte da solicitação do requerente.</p>	

A tabela 03 merece atenção especial. A divisão da natureza das decisões em 'positiva' e 'negativa' foi um critério adotado buscando mostrar que, muito embora a natureza seja diferente, vale dizer, tanto quanto a decisão é positiva, como quando é negativa, a consequência das decisões é a mesma: pró-privatização. Mas como isso é possível? Nos casos em que a decisão foi positiva em parte, conforme tabela acima, significa que o STF reconheceu que parte do requerido é pertinente, é possível de ser "analisado" sob o ponto de vista do Direito brasileiro; analisado, não quer dizer que a pessoa já teve, com essa confirmação seu pedido atendido. Depois que a reconhece em parte ou que o total da ação é pertinente, ele irá julgar a parte que reconheceu. Esse reconhecimento de parte da ação não necessariamente significa um resultado afirmativo do requerimento feito por quem entrou com a ação. Quer dizer: mesmo reconhecendo em parte a ação, o STF pode negar a parte da ação que reconheceu, e com isso quem entrou com a ação não tem seu pedido final atendido.

Por essa razão, é possível afirmar que, muito embora exista diferença na natureza das decisões, elas trazem consigo a mesma consequência: não impedem, e em alguns casos até mesmo criam condições para que se dê continuidade ao processo de privatização de empresas públicas estatais e federais. Nesse caso, o STF de fato abre caminho para as privatizações, nem sempre se pautando pelo estrito respeito aos preceitos constitucionais estabelecidos na Carta Política de 1988.<sup>36</sup>

É o caso das Adin 234/RJ e QO em Adin 234/RJ (casos 12 e 13 da Tabela 02): de fato o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 99, XXXIII e 69, Parágrafo Único da CERJ (Constituição Estadual do Rio de Janeiro), mas o fez pelo fato de que o teor de ambos os artigos transformou-se em entrave ao projeto de privatização. O inc. XXXIII do

<sup>36</sup> No Anexo 02 encontram-se expostos os 18 casos estudados. Caso o leitor queira ter acesso aos dados de forma mais detalhada, deve ir ao *site* do STF na Internet: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

art. 99 atribui à Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro o direito exclusivo (“privativamente”, diz o inciso) de autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou sociedades de economia mista, bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado e, dessa forma, estaria ofendendo o art. 37, XIX da CF-88, que prevê a participação do Executivo e do Legislativo na criação, fusão, etc., de empresas públicas. A posição majoritária do STF defende a inclusão do Governador do Estado no processo de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista estadual.<sup>37</sup> O Parágrafo Único do art. 69, CERJ, permite a alienação de ações com direito a voto das sociedades de economia mista, desde que mantido o controle acionário de 51% das ações. O problema é que da forma como está definido, qualquer venda que o Estado realize manterá a configuração jurídica das sociedades de economia mista, impedindo a transformação, extinção ou transferência de controle acionário das mãos do Estado.

O STF tratou do problema da seguinte forma: declarou ambos os arts. inconstitucionais e ainda ofereceu uma interpretação extensiva para o *caput* do art. 69, CERJ. O *caput* exige autorização legislativa para alienação de ações de sociedade de economia mista pertencentes ao Estado. Na interpretação de Néri da Silveira<sup>38</sup> (relator do processo), não há necessidade de autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário das sociedades de economia mista pelo Estado. A Questão de Ordem, na mesma Adin, requer apenas a ratificação da decisão proferida na Adin anterior, que estabelecia “Por unanimidade de votos, o Tribunal julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade do inc. XXXIII do art. 99 e do Parágrafo Único do art. 69, ambos da CERJ. E, por maioria de votos, julgou procedente em parte a ação com relação ao *caput* do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de se fazer por lei formal específica, mas só será necessária quando se cuide de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista.”<sup>39</sup> A Questão de Ordem requer, portanto, a alteração da expressão “lei formal específica” pela expressão “lei formal genérica”. Essa simples modificação tem implicações significativas: no caso de lei formal específica, seria necessário criar para cada privatização do Estado do Rio de Janeiro uma lei que autorizasse sua venda, o que

---

<sup>37</sup> Adin 234/RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 22 de junho de 1995. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. p. 42.

<sup>38</sup> Adin 234/RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 22 de junho de 1995. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. p. 37.

envolveria a tramitação de todo o processo pela Assembléia do Estado, criando entraves às vendas em geral, enquanto que lei formal genérica permite que apenas uma lei englobe todos os casos de privatização a serem realizados, retirando, com isso, das mãos do Legislativo a participação ao longo dos processos de privatização.

Os outros três casos de decisão positiva estarão sendo abordados mais adiante, no terceiro problema a ser discutido, e que envolve a discussão sobre as modificações trazidas pelas medidas provisórias à Lei 8.031/90 – PND, atual Lei 9491/97. Naquele momento será possível então expor os motivos da procedência em parte da ação, motivos esses que confirmam a tendência anteriormente alegada de que o STF garante, seja decidindo negativamente, seja positivamente, que haja a continuidade da implementação dos projetos do Governo Federal, tornando possível questionar a posição tomada pelo Presidente da Suprema Corte, Carlos Velloso, em entrevista feita à Folha de São Paulo, exposta no início do capítulo.

Se o foco da análise dos casos passar para a natureza do requerente – quem entrou com a ação - das ações estudadas, tem-se o seguinte:

TABELA 04

<b>Natureza dos requerentes que solicitaram ao STF uma decisão nos casos de Privatização – 1989/1998</b>	
<i>Requerentes</i>	<i>Incidência</i>
Partidos Políticos	08 (40%)
Governadores de Estado	03 (15%)
Sindicatos	02 (10%)
Consórcios da Privatização	02 (10%)
Procurador Geral da República	02 (10%)
Presidente das Assembléias Estaduais	01 (5%)
Ação Popular	01 (5%)
Caso Individual – Pessoa Física	01 (5%)
<b>Total de Casos</b>	<b>20 (100%)</b>

<sup>39</sup> Adin 234/RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 22 de junho de 1995. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. p. 59.

Como nem todos os casos foram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, mas também Mandado de Segurança e Ação Popular, alguns dos requerentes não estão enquadrados no art. 103, anteriormente estudado. Destaque para a alta demanda dos partidos políticos que procuraram o STF para defender sua pretensão, perfazendo 40% dos casos. Se somar a eles os dois casos de procura feita pelos sindicatos, tem-se que 50% dos casos de privatização foram requeridos por representantes da sociedade civil. Mas que representantes especificamente? Os partidos políticos que entraram com ações foram: Partido dos Trabalhadores (01), Partido Democrático Trabalhista (04), Partido Socialista Brasileiro (03 – uma das ações não pôde ser analisada, pois não estava à disposição no *site* do STF. É a Adin 562/DF, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, julgada prejudicada em 01/07/1998, devido à perda do objeto da ação, pois a MP 1481 havia sido convertida na Lei 9491/97). Os sindicatos foram a Federação Nacional das Indústrias Urbanas e a Associação dos Funcionários do Conglomerado BANESPA, juntamente com outros sindicatos como a CABESP (a ação envolvendo o caso BANESPA também não foi analisada. É o MS 23151/São Paulo, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, e teve seu Agravo Regimental julgado improvido por ausência de interesse processual<sup>40</sup>).

Feita a exposição geral dos casos estudados, o passo seguinte será a problematização mais detalhada de três questões neles encontradas: como o STF aborda a problemática da legitimidade ativa nas Adins?; qual o órgão competente para julgar Ação Popular contra o Presidente da República?; as modificações trazidas pelas medidas provisórias à Lei 8.031/90 – PND. Segue a exposição desses problemas.

#### *2.4.2.1. 1o. Problema: qual o tratamento dispensado pelo STF aos legitimados ativos (art. 103, cf-88) da Adin?*

Muito embora na lista dos legitimados ativos<sup>41</sup> conste a presença de diversas entidades provenientes da sociedade civil – pela primeira vez contempladas numa dentre as tantas cartas constitucionais brasileiras a acionar o STF para solicitar pronunciamento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual – o cerceamento

---

<sup>40</sup> O STF não reconhece a existência de relação jurídica em entre a União, o Presidente da República e o Estado de São Paulo ou o Banco, na medida em que esses se tenham obrigado a assegurar a estabilidade dos servidores do estabelecimento que, com a privatização, estaria ameaçada.

sofrido por algumas delas a partir da interpretação construída pelo STF vem provocando grande polêmica. Isso porque em diversas Adins o STF não tem reconhecido a legitimidade ativa de determinadas entidades, por não considerá-las enquadradas no inciso IX<sup>42</sup>.

A Adin 1508/RJ, é um exemplo disso. Nessa ação, a Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas requer o reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 2.470, de 28.11.95, principalmente de seu art. 3, que autoriza o Chefe do Executivo Estadual a alienar qualquer empresa pública estadual. Para a requerente, constitui uma verdadeira carta branca. Julgada em 06.11.96 o STF decidiu não conhecer da ação por ilegitimidade ativa e por falta de pertinência temática, por unanimidade dos votos.

Sorteado relator, iniciou o Ministro Marco Aurélio seu relatório, questionando a legitimidade da Federação, na medida em que não está incluída no rol do art. 103, CF-88, muito menos no seu inciso IX, visto que somente as confederações possuem tal legitimação. O fato de ser Federação Nacional não a legitima, mas sim o ato constitutivo de sua criação; este sim é que determina seu âmbito de atuação, bem como também, a quem ela deve representar em juízo. E muito menos pode ser considerada entidade de classe de âmbito nacional. "Não for a este aspecto, outro conduziria à conclusão sobre a ilegitimidade. É que não ocorre, nesta ação a pertinência temática"<sup>43</sup>, isso porque a Federação "ataca diploma legal a versar não sobre interesses diretos dos citados trabalhadores, mas de indiretos, tendo em vista a privatização."<sup>44</sup> Com isso, seguiu o relator, "declaro a Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas carecedora da ação proposta e com isso julgo extinto o processo, sem apreciação do mérito."<sup>45</sup> Conforme visto acima, todos os outros ministros seguiram o voto do relator.

Por trás do pronunciamento, nesse caso específico, está a construção jurisprudencial (ou seria desconstrução? indaga BARROSO (1997, p. 177)) que o STF vem desenvolvendo sobre o inciso IX. Essa construção consiste em definir uma entidade de

---

<sup>41</sup> É um termo jurídico já devidamente explicado na nota de rodapé no. 22, localizada na p. 71.

<sup>42</sup> Ao fazer isso, o STF extingue o processo sem que haja julgamento do mérito pois a ilegitimidade ativa não cumpre uma das três condições da ação prevista no art. 267, VI, CPC e já expostas na p.69.

<sup>43</sup> Adin 1508/RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 06 de novembro de 1996. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas. p. 107.

<sup>44</sup> Adin 1508/RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 06 de novembro de 1996. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas. p. 107.

<sup>45</sup> Adin 1508/RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 06 de novembro de 1996. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas. p. 107.

classe de âmbito nacional<sup>46</sup> para então verificar se o autor da ação se enquadra na definição dada. A Suprema Corte considera necessário também verificar se há uma relação de pertinência entre a norma impugnada e o interesse da entidade que entrou com a ação, isso como uma espécie de condição da ação. Assim o fazem porque entendem que dos elencados no art. 103, IX constituem no “único grupo que tem realmente interesses particulares”<sup>47</sup>, pois enquanto entidade de classe tem aspectos corporativistas e por essa razão só estão autorizadas pelo STF a atacar leis que lhe digam respeito. Entretanto, a Constituição, ao instituir a Adin, não fez distinção nenhuma nesse sentido.

Ao construir tais critérios sem nenhuma base constitucional, o Supremo restringe de forma incabível um direito constitucionalmente previsto. Ao criar a ‘relação de pertinência temática’ – inexistente em qualquer dispositivo constitucional, como afirma o Ministro Néri da Silveira – age de forma discriminatória contra as pessoas desse inciso. E por último, ao reconhecer os outros atores legitimados previstos no artigo 103 como “autoridades e, portanto, defensores do interesse público, revela uma visão elitista do Tribunal, além de ser expressamente contrária não apenas ao texto mas ao contexto da elaboração da Constituição. Por que as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional teriam interesses particulares e corporativos? Por que não seriam defensoras do interesse público, se o constituinte as legitimou para tanto?” (BARROSO, 1997, p. 178).

Ademais, “o processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é um processo objetivo, sem partes, portanto, sem interesses particulares ou corporativos, mas sempre tendo em vista resguardar um interesse público maior, que é a supremacia das normas constitucionais” nas palavras do próprio Ministro Néri da Silveira (BARROSO, 1997, p. 178) e por essa razão é um processo sem partes, pois o que está em jogo é a defesa da ordem jurídica, do primado da Constituição. Na contradição do argumento, resta a dúvida: se o que realmente está em jogo é a proteção da Constituição, e se esse processo de inconstitucionalidade não tem partes, por que aquele que é o órgão judicial imbuído de protegê-la cria tantos requisitos – dos quais a Constituição nem sequer fala – para as entidades de classe? Se o que está em jogo é a manutenção da Carta Política de um país e, portanto, a garantia de continuidade do Estado de Direito, por que tais entidades teriam interesses particulares?

---

<sup>46</sup> Essa categoria não existia no mundo jurídico. Logo, o STF elaborou como critério de “âmbito nacional” que a entidade tenha representação em, no mínimo, 8 (oito) estados do país. Mas fez isso sem nenhuma base constitucional.

<sup>47</sup> Néri da Silveira, Ministro do STF, em entrevista concedida a BARROSO (1997, p. 177).

Para VIEIRA (1994,) a ampliação do acesso ao Judiciário, somada à autonomia atribuída pela CF-88 ao Ministério Público Federal, constitui fator determinante para a ampliação do papel político-institucional do STF, na medida em que o transformou numa arena política mais acessível. A resposta do STF a essa mudança tem sido no sentido de revelar-se, no mínimo, pouco preparado para assumir-se enquanto agente fundamental na defesa da ordem democrática, papel claramente definido nas palavras apresentadas ao início desse capítulo.

#### 2.4.2.2. 2o. Problema: Qual o órgão competente para julgar Ação Popular contra o Presidente da República?

Um outro caso estudado a ser tratado aqui diz respeito à competência originária para julgar Ação Popular contra o Presidente da República. Na Ação Popular 1282/RJ, erro grave cometeu a juíza da 2a. Vara Federal do Rio de Janeiro quando rechaçou a referida ação contra o Presidente da República, alegando que o órgão competente era o Supremo Tribunal Federal. Correto o pronunciamento da Corte ao alegar que não é competente para julgá-la originariamente. O problema é que, com essa decisão, o autor ficou órfão de tutela jurisdicional, contrariando princípio constitucional<sup>48</sup> e, nesse ponto, frustrou a posição tomada pelo STF: na figura do ministro relator, Sydney Sanches, alegou que, com base no § 1, do art. 21 do RISTF<sup>49</sup>, primeiramente, o relator deve negar seguimento ao pedido, quando manifesta a incompetência; e segundo, que ele não é obrigado por lei a indicar um juízo competente, e nem é caso de conflito de competência, situação na qual é obrigado a indicar o juízo.

Os demais casos solicitam ao Supremo que se pronuncie acerca da inconstitucionalidade de dispositivos do PND, constituindo, portanto, Ações Diretas de Inconstitucionalidade. São essas Adins que serão vistas agora.

UNICAMP  
BIBLIOTECA CENTRAL  
SEÇÃO CIRCULANT<sup>5</sup>

<sup>48</sup> No art. 5º, XXXV, da CF-88, prevê-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>49</sup> Diz o § 1o. do art. 21, RISTF: “Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência.” RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (DIAS, 1995, p. 12).

2.4.2.3. 3o. Problema – Quais as modificações trazidas pelas Medidas Provisórias à Lei 8.031/90 – PND, atual Lei 9491/97?

O PND tem sofrido diversas modificações ao longo dos últimos anos e muitas delas têm sido provocadas por Medidas Provisórias. É o que mostram as Adins 1066/DF; 1078/DF e 1111/DF. Em todas essas ações, o Partido Democrático Trabalhista alegou inconstitucionalidade de Medida Provisória que alterou dispositivo do PND. Como as MPs eram reedições uma da outra<sup>50</sup>, o assunto versado nas três Adins era similar: o art. 1º da MP (cada uma das ações refere-se a uma Medida Provisória específica, conforme exposto na nota de rodapé n. 50) alterou o art. 13 IV, do PND, pois altera o percentual de participação das ações alienáveis de empresas estrangeiras para 100% do capital votante, além de atribuir ao Poder Executivo (e só a ele) a possibilidade de determinar situações excepcionais<sup>51</sup>. Na disposição do art. 13, estabelecida pela Lei 8.031/90 – portanto submetida à aprovação pelo Legislativo – o máximo de participação estrangeira permitida era 40% do capital votante. O mesmo artigo conferia também ao Legislativo – e não ao Executivo - a possibilidade de determinar percentual superior de participação estrangeira no capital votante. Na Adin 1111/DF, o PDT alerta que o aumento da participação do capital estrangeiro em 100% foi estimulado por dois fatores: 1) pela admissão da Nota do Tesouro Nacional (NTN) no PND, conforme estabelecido por uma outra MP, a de nº 497, de 11.05.94, art. 1º; 2) pela possibilidade de troca de créditos da dívida externa do Brasil pelas NTN. Tais créditos obtidos com o deságio no mercado internacional por estrangeiros ou empresas estrangeiras, alega o requerente, são trocados, pelo valor de face, por NTN admitidas no PND.

Nesses casos, o STF se pronunciou da seguinte forma: como a redação do art. 13, IV e genérica, o Poder Executivo pode, em cada caso, determinar percentual menor das ações alienáveis a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras. Como as Adins analisadas na

<sup>50</sup> A MP 557, de 27.07.94 – da Adin 1111/DF, julgada em 31.08.94 - e reedição da MP 506, de 25.05.94 – da Adin 1078/RJ, julgada em 15.06.94 - que por sua vez reedita a MP 479, de 25.04.94 – da Adin 1066/DF, julgada em 11.05.94. Em cada uma dessas ações o requerente é o Partido Democrático Trabalhista, o ministro relator é o Min. Néri da Silveira e a decisão proferida é a mesma: conhecida em parte ação (*na parte da ação que alega inconstitucionalidade de Medida Provisória*) e nessa parte indeferida a liminar, por unanimidade de votos.

<sup>51</sup> O art. 13, já modificado pela MP diz o seguinte: “Os processos de Desestatização observarão, além das normas fixadas nos artigos anteriores, os seguintes preceitos: IV – alienação de ações de **empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras** poderá atingir **100% (cem por cento) do capital votante, salvo determinação expressa do Poder Executivo, que determine percentual inferior.**” Antes ele previa que “a alienação de empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras **não poderá exceder a 40% (quarenta por cento) do capital votante, salvo autorização legislativa, que determine percentual superior.**” (grifos da autora).

verdade eram Medidas Cautelares, a Corte não deferiu a Medida solicitada, mas advertiu: “Em cada processo de privatização, se porventura se configurar situação que venha a atentar contra as regras maiores indicadas, há procedimento hábil a impedir a privatização pretendida, se em desconformidade com a Constituição.”<sup>52</sup>

O interessante aqui é a aceitação implícita de um ato normativo do Executivo<sup>53</sup>. As alterações provocadas por Medida Provisória em Lei aprovada pelo Congresso Nacional são as primeiras indicações de que há uma aceitação por parte do Judiciário da conduta centralizada e autoritária do Executivo, o que alerta para os problemas de um país que pretende ou aparenta ser uma democracia. Por ato seu, o Executivo não só altera a alíquota de participação estrangeira, mas também exclui do processo a participação do Legislativo, atribuindo a si mesmo o direito de decidir as exceções que quiser.

TURA (1998, p. 53) alertou em seu trabalho para a maneira como o Executivo vem centralizando a participação nos processos político-econômicos brasileiros. E o Executivo o faz porque dessa submissão dos Poderes Legislativo e Judiciário aos seus intentos depende o sucesso dos planos traçados pelas elites brasileiras e estrangeiras. O contrário poderia vir a impedir – se não impedir, no mínimo atrasar – a implementação de tais políticas. Por essa razão é fundamental que tanto o Congresso Nacional quanto a Suprema Corte se posicionem de maneira a auxiliar de forma eficiente o Executivo, que tem sido muito eficaz na utilização das Medidas Provisórias.

O lado interessante das Medidas Provisórias é que elas podem sofrer veto tanto por parte do Congresso Nacional quanto por parte do Supremo Tribunal Federal, mas como isso implica enfrentar diretamente o Executivo, além de constituir um elemento valioso na rápida implementação de mudanças, nenhum dos dois órgãos o enfrentou<sup>54</sup>. MAINWARING (1995) sustenta que o Legislativo aceita a produção ‘legislativa’ do Executivo, não porque se submeta a ele, mas porque também é de seu interesse que as mudanças sejam feitas via Medida Provisória, na medida em que constitui um instrumento

<sup>52</sup> Caso 10, da tabela 02. MC em Adin nº 1078/Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 15 de junho de 1994. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. p. 46.

<sup>53</sup> Muito embora tenha força de lei, a Medida Provisória não pode ser comparada a uma Lei que se sujeite ao processo de aprovação do Congresso Nacional, pois são duas produções normativas de naturezas completamente diferentes e com finalidades específicas.

<sup>54</sup> O único cerceamento feito pelo STF à produção de Medidas Provisórias pelo Executivo até agora foi na Adin 1397/DF, Requerente Carlos Velloso, julgada em 28 de abril de 1997, analisada por TURA (1998, p. 162). Na discussão sobre a possibilidade de se reeditar MP os ministros resolveram, baseados em precedentes, admitir a possibilidade de reeditar MPs quando não apreciadas no prazo pelo Congresso Nacional, vale dizer, quando não expressamente rejeitadas.

rápido e seguro de alteração legislativa, se comparada com o processo burocrático e lento que é o Legislativo<sup>55</sup>. Talvez essa premissa também seja válida para o Judiciário. Muito embora sua história revele uma conduta omissa e silenciosa, talvez também ele não enfrente o Executivo, porque as modificações via Medida Provisória são de seu interesse.

A construção jurisprudencial do STF para a Medida Provisória assusta pela elasticidade que esse instituto assume, como é possível verificar na Medida Cautelar em Adin 605/DF, julgada em 23.10.91. Nessa ação o Partido Democrático Trabalhista alegou inconstitucionalidade do art. 1º da MP 299/91, que determina como deve ser interpretado o art. 16 da Lei 8031/90 (PND), argumentando que o intérprete das leis é o Judiciário. Dessa forma, a MP estaria infringindo o princípio da harmonia e da independência entre os poderes e também o princípio da irretroatividade da norma constitucional, na medida em que é posterior e está determinando como interpretar norma já existente. Além disso, alegou que, ao interpretar artigo do PND, a MP estaria forjando matéria rejeitada pelo Congresso Nacional – ou seja, que o Executivo estaria realizando uma reedição indireta.

A decisão do STF foi indeferir a Medida Cautelar, por unanimidade de votos. Assim o fez porque entendeu que a MP como Lei Interpretativa não se traduz em usurpação das atribuições do Judiciário, e por isso não ofende o princípio da divisão funcional dos poderes. Quanto ao princípio da irretroatividade, entende que lei só não pode retroagir nos casos em que irá inibir a ação do poder público em casos de restrição gravosa, em matéria penal, em matéria tributária e de segurança jurídica no domínio das relações sociais, conforme dispõe a Carta de 88. Como o caso em questão não gera nem produz os gravames acima referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. No que diz respeito à infração ao princípio da irretroatividade pouco se pode discutir, mas algumas considerações devem ser feitas em relação à interpretação e ao tratamento dispensado pelo STF à MP.

A elasticidade da Medida Provisória se dá da seguinte maneira: num determinado momento ela é apenas ato normativo, e ao ser considerada assim não pode ser tratada como lei, na medida em que não é originária do Poder Legislativo, para num outro momento virar 'lei de conversão', e daí categoria especial de ato normativo primário, emanado do Executivo, que se reveste de força, eficácia e valor de Lei e, aqui já eqüivale

---

<sup>55</sup> Cabe ressaltar que a temática sobre a dominação do Executivo no processo legislativo e os motivos que levam o Legislativo a aceitar as Medidas Provisórias têm sido objeto de numerosos e significativos estudos no Brasil ao longo da década de 90. (PESSANHA, LIMONGI, FIGUEIREDO & LIMONGI, dentre outros).

à Lei. Isso porque, no entender da Corte, a cláusula com “força de lei” inscrita no art. 62, da CF-88, empresta às MPs o sentido de equivalência constitucional com as leis formais<sup>56</sup>. E ao tornar-se equivalente às leis formais, pode tornar-se lei interpretativa, sem que para isso venha a ferir a Constituição Federal. Além disso, a Lei 8031/90, que instituiu o PND, resultou de conversão de matéria legislativa da MP 155, de 15.03.90, editada pelo Presidente da República, permitindo que a possibilidade de interpretação autêntica de lei de conversão, mediante MP, adquira ares de legitimidade<sup>57</sup>.

As palavras do Ministro Francisco Rezek<sup>58</sup> expressam a indignação frente ao tratamento dispensado às MPs. “Visto o que realmente está em jogo, pouca diferença faz se uma norma é legitimamente editada pelo Congresso Nacional, por ele discutida, votada e promulgada, ou se uma norma conta, no seu processo de produção, com o elemento palaciano, com aquilo que dimana do Poder Executivo, seja no que concerne à iniciativa, seja no que concerne à própria substituição pela via da medida provisória – que o Parlamento pode naturalmente desautorizar, mas que assume definitividade se conta com o seu endosso.” Muito embora ele atribua ao Parlamento a responsabilidade em controlar a produção legislativa que o Executivo vem realizando nos últimos anos, é importante ressaltar que o Judiciário também, por via dos dispositivos até agora apresentados, está autorizado a cercear os interesses do Executivo. Mas ele nada fez – ressaltada a exceção, já mencionada, da proibição de reeditar MP que tenha sido expressamente rejeitada pelo Legislativo.

---

<sup>56</sup> Nos dizeres do Ministro Celso de Mello “A Medida Provisória, embora caracterize uma declaração unilateral de vontade do Presidente da República, fundada na extraordinária competência normativa que lhe outorgou a Carta da República, constitui ato vocacionado a transformar-se em lei – a denominada lei de conversão. Essa destinação constitucional da medida provisória e que lhe confere, desde o momento de sua edição, a mesma autoridade hierárquica que se reconhece à lei em sentido formal. As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários, emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Espécies normativas primárias, não se confundem, no entanto, com a lei, embora, transitoriamente, se achem investidas de igual autoridade no plano jurídico. A cláusula ‘com força de lei’, inscrita no art. 62, CF-88, empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis formais.” (ADIMC 605/DF, p. 267). Entretanto para o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 362), a MP enquanto ato normativo com força de lei não pode, pois que não é lei no sentido formal, versar sobre matérias que, pela Constituição, estejam reservadas a lei ou lei complementar.

<sup>57</sup> Para o Ministro Celso de Mello, parece atender à “dupla exigência legitimadora dessa especial modalidade hermenêutica, consistente, de um lado, na igualdade hierárquico-jurídica do ato interpretativo e do ato interpretado, ambos situados na mesma esfera de validade e de eficácia; e, de outro, na homogeneidade das vontades político-jurídicas que, não obstante exteriorizadas por órgãos distintos, manifestam-se na lei de conversão, que constitui – enquanto ato subjetivamente complexo que é – a expressão final, unitária e integradora do pronunciamento do Estado.” (Adin 605/DF, p. 269).

<sup>58</sup> O Ministro Rezek expôs essa posição no MS 22493/RJ, p. 382.

Nessa mesma ação, chamou a atenção também a maneira como o STF assumiu um certo distanciamento – enquanto órgão jurisdicional – em relação ao efeito da decisão que iria tomar. A Medida Cautelar solicitada visava suspender o leilão de privatização da USIMINAS, que iria ocorrer no dia seguinte, até o pronunciamento do mérito da Adin propriamente dita. Alegou o STF, porém, que o deferimento da Cautelar não iria provocar a suspensão do leilão, visto que a norma impugnada referia-se a uma das formas de pagamento da empresa privatizável, havendo outras formas que continuariam válidas. Neste particular a Corte avaliou corretamente – o leilão poderia ocorrer, adquirindo-se a empresa através das outras formas, válidas. Dessa forma, para que deferir a Cautelar solicitada, se o leilão ocorrerá da mesma forma? E num lapso da neutralidade com que buscam se envolver, atribuem um juízo de valor negativo à não realização do leilão. Nas palavras do Ministro Sydney Sanches: “Mesmo suspensa a norma legal em questão, outras normas poderiam atuar a permitir a realização do leilão. E, ainda que assim fosse, teria que optar entre dois males. Qual seria o mal maior? O de permitir o leilão ou de não admiti-lo? Vejo como mal menor a não suspensão do leilão, pois nada impede que venha, depois, a ser anulado, se se concluir pela inconstitucionalidade.”<sup>59</sup>

Na Adin 562/DF<sup>60</sup> fica possível compreender que interesses a Corte está protegendo. O Partido Socialista Brasileiro, também através de Medida Cautelar, alegou inconstitucionalidade de 14 dispositivos da Lei 8031/90 – o PND – objetivando a suspensão da eficácia dos mencionados dispositivos legais, para que com isso fosse paralisado o processo de privatização de empresas, até a decisão final da ação. Não visava a paralisação específica, mas a qualquer privatização que estivesse em curso. Ainda que inicialmente o STF alerte para o fato de não estar em julgamento a política desestatizante do Governo, a privatização dessa ou aquela empresa, nem os valores fixados das vendas, mas sim a inconstitucionalidade dos 14 artigos do PND – retirando do cenário qualquer elemento de ordem política – na decisão considerou um “exagero” o PSB considerar a venda de empresa pública atentatório ao princípio da soberania nacional, pois o art. 170, I da CF-88 “não pode ser visto como conducente ao isolamento econômico

---

<sup>59</sup> Adin 605/DF, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 18 de dezembro de 1991. Requerente: Procurador-Geral da República, representando a ABRAPP (Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Privada). p. 312.

<sup>60</sup> Essa Adin, cujo relator era o Ministro Ilmar Galvão, foi julgada em 04 de setembro de 1991, e teve como decisão o indeferimento da Cautelar, por maioria dos votos. Destaque para o Ministro Sepúlveda Pertence, que a defere para suspender a vigência da lei.

do País”<sup>61</sup>. Além disso, não se paralisa simplesmente o processo de privatização, pois que “não é difícil vislumbrar os efeitos patrimoniais negativos na abrupta interrupção do processo de execução do PND”, revelando que a Corte se preocupa com o impacto que a decisão proferida causará na economia do país. Isso “Para não falar nos efeitos que medida de tal gravidade acarretará, em termos de abalo de confiança do público interessado na aquisição das empresas postas à venda e, conseqüentemente, nos valores dos lances a serem ofertados.”<sup>62</sup> Com isso mostra que nem sempre a neutralidade jurídica impera nas argumentações apresentadas mas, quando se presencia um juízo valorativo, ele se encontra voltado para interesses bem específicos. Não importa o impacto que as privatizações irão causar para a sociedade brasileira, devendo o Direito servir como instrumento balizador da segurança nas relações econômicas, nunca em nome dos anseios de uma sociedade.

Nas Adins 1066/DF; 1078/DF e 1111/DF – discutidas anteriormente, no aspecto da alteração de Lei por Medida Provisória – uma outra ressalva deve ser feita. A decisão proferida pelo STF foi parcial: ele conheceu em parte a ação e nessa parte indeferiu a Cautelar, por unanimidade de votos. A parcialidade se deu pelo seguinte: o PDT não só alegou inconstitucionalidade das MPs já mencionadas, como também dos Decretos n° 427, de 16.01.92, n° 473 de 10.03.92 e n° 572 de 22.06.92, que regulamentam o PND. A posição da Corte é clara: a alegação de inconstitucionalidade de decretos<sup>63</sup> não é válida, pois não são atos normativos (não têm força de lei), mas sim atos administrativos individuais e concretos, portanto não contemplados na alínea “a”, do inciso I, do art. 102 da CF-88 (que permite aplicar a Adin à lei ou *ato normativo federal ou estadual*).

Ao pronunciar-se dessa maneira, o STF se coloca numa posição delicada – que provoca efeitos no mínimo complicados em relação ao regime democrático brasileiro. Se por um lado aparenta aplicar o estabelecido pela Carta de 88, por outro abre espaço para o Executivo se utilizar dos Decretos Administrativos, através da transferência e delegação

---

<sup>61</sup> Adin 562/DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgada em 04 de setembro de 1991. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. p. 283.

<sup>62</sup> Adin 562/DF, ambas as passagens extraídas da p. 281.

<sup>63</sup> Os Decretos são atos normativos – contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. São de competência exclusiva dos chefes do Executivo e objetivam explicitar a norma legal a ser observada pela Administração. São inferiores à lei e não podem contrariá-la. (MEIRELLES, 1995b, p. 163).

de competência aos funcionários do alto escalão do Executivo, ao mesmo tempo em que retira da sociedade civil o direito à tutela jurisdicional do Estado<sup>64</sup>.

Feita a exposição dos casos estudados, a partir dos quais buscaram-se apontar evidências sobre a atuação do STF nos casos de privatização, e dela a sua contribuição para a construção da democracia no Brasil, o passo seguinte consiste em levantar algumas reflexões produzidas a partir desse capítulo.

## 2.5. Revisando os pontos principais

Foi visto que o processo de transição do regime autoritário para o regime democrático no Brasil apresenta características na sua formação que podem ser consideradas contraditórias ou até mesmo desestimuladoras da democracia, isso num país cuja história contém uma expressiva ausência de experiência na arte da construção democrática. Tendo em vista esse e outros problemas, apresentados ao longo do capítulo, é possível verificar que:

É relativamente recente a composição da Suprema Corte por uma maioria nomeada por presidentes civis. Muito embora não tenha sido identificada diferença nas decisões proferidas, nem elas representem exemplos suficientes para permitir a identificação dessas características, talvez o contrário, ou seja, a ausência dessa diferença, num processo tão polêmico quanto o de privatização - que poderia estimular o conflito entre projetos de país tão diferentes como, no caso, o nacional desenvolvimentismo e o neoliberalismo - permita compreender porque o STF vem resistindo a assumir o novo papel atribuído pela Carta de 1988.

A promulgação da nova Carta, ainda que problemática na sua origem, atribuiu um novo papel ao STF, permitindo à população acesso à Corte, acesso esse antes inexistente. A resposta da Suprema Corte a essa mudança? Obrigados a responder cada vez mais questões de caráter político, sua atuação tem sido marcada pela submissão ao Executivo, confirmando os indicativos apresentados por VIEIRA (1994, p. 42). É possível

---

<sup>64</sup> Mas vale ressaltar que existem exceções ao não reconhecimento de Decretos como sujeitos ao controle de constitucionalidade. Na Adin nº 4 o STF admitiu controle de constitucionalidade a parecer da Consultoria Geral da República pois “assumiu caráter normativo, por força dos arts. 22, § 2º e 23 do Decr. 92.889 de 07.07.1986, e, ademais, este parecer foi seguido de circular do Banco Central para o cumprimento de legislação anterior a Constituição de 1988” o que justifica a sua impugnação; e nas Adins nº 962 e nº 1088, admitiu controle de constitucionalidade para portaria, alertando que tal ato deve ser de natureza administrativa e se vem a estabelecer prescrição em caráter genérico e abstrato. (CUSTÓDIO, 1999, p. 101-103).

crer que a proteção da Constituição tem ocorrido em grande parte de modo parcial, revelando um baixíssimo respeito à legalidade, ao princípio da lei. Utiliza de critérios distintos e não uniformes, atuando em alguns momentos em defesa desses direitos, em outros pretendendo ou alegando garantir a governabilidade, mas sem se preocupar com a lesão a direitos constitucionais, nem tampouco com a satisfação dos anseios de parte da sociedade civil. Ainda que paradoxal, é possível afirmar que essa direção tomada pelo STF, entretanto, é antes histórica do que mero resultado das novas atribuições ganhas com a Carta de 1988.

Ao assumir essa 'conduta', contudo, o STF inclina-se a contribuir de forma prejudicial na construção de um regime democrático no país, na medida em que se pauta menos pela proteção ao Estado de Direito do que pela garantia da continuidade do projeto de Reforma do Estado, implementado no Brasil pelo Executivo, ao longo da década de 90.

Esse, por outro lado, ao delegar ou transferir ao seu alto escalão o poder de tomar decisões, com a anuência de ambos Judiciário e Legislativo, garante a continuidade da implementação das políticas econômicas – através de atos administrativos não contemplados nas Adins, tais como decretos, regulamentos, portarias, memorandos dentre outros – sem que tenha que se submeter a possíveis delongas provocadas por setores da sociedade civil, através da provocação via judicial.

Com tal posicionamento, o Judiciário contribui para que se confirme a caracterização de uma relação de submissão e dependência entre os poderes do Estado. O resultado final disso é um Estado no qual a "independência e harmonia entre os poderes dá lugar a dependência, e a subordinação hierárquica dos burocratas dos ministérios e da Presidência da República cedem espaço ao poder indiscriminado dos dirigentes dos órgãos e entidades da área econômica do governo"<sup>65</sup>.

Do ponto de vista da consolidação democrática, fica difícil ver o país cumprir alguns dos requisitos teóricos apontados. Se por um lado é um Estado em que ocorrem eleições periódicas e competitivas, questiona-se o tipo de proteção que é oferecido aos direitos dos cidadãos, bem como se os governantes atuam de forma democrática ou não. Afinal, foi

---

<sup>65</sup> (TURA, 1998, p. 89). O autor elenca nessa mesma passagem treze decretos que expressamente delegam ou transferem competências para altos funcionários do Poder Executivo. 1) Decreto n. 1.362, de 1 de janeiro de 1995; 2) Decreto n. 1.786, de 11 de janeiro de 1996; 3) Decreto sem número, de 17 de janeiro de 1995; 4) Decreto n. 1.849, de 29 de março de 1996; 5) Decreto n. 1.845, de 28 de março de 1996; 6) Decreto n. 2.014, de 26 de setembro de 1996; 7) Decreto n. 1.822, de 29 de fevereiro de 1996; 8) Decreto n. 1.823, de 29 de fevereiro de 1996; 9) Decreto n. (sem número), de 7 de fevereiro de 1996; 10) Decreto n. 2.029, de 11 de outubro de 1996; 11) Decreto n. 1.561, de 19 de julho de 1995; 12) Decreto (sem número), de 3 de dezembro de 1996 e 13) Decreto n. 1.603, de 24 de agosto de 1995.

visto que, mesmo eleitos livremente, é possível que existam Chefes do Executivo que infringem a constituição, violam os direitos das minorias sociais, interferem na atuação do Legislativo. Ainda que no Brasil estejam previstos mecanismos constitucionais que garantam o controle do Executivo tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário – e as Adins estudadas são um exemplo disso –, em virtude da baixa *accountability* horizontal, essas instituições apresentam fronteiras um tanto quanto turvas.

Confirma-se a mesma tendência no Judiciário, quando não exerce o poder que tem garantido constitucionalmente. Talvez os juízes assim o façam, não porque se sintam constrangidos em confrontar o Executivo que os nomeou, (ainda que seja pertinente questionar o processo de composição dos ministros da Corte), mas porque é de seu interesse que as transformações que vêm sendo implementadas no Estado brasileiro ocorram pelas medidas provisórias, mais rápidas e ágeis do que a via legislativa.

Após apresentadas as reflexões nesse capítulo, é possível afirmar que há uma importante conexão entre as questões apresentadas no primeiro e no segundo capítulo<sup>66</sup>. As reformas propostas pelo Banco Mundial para o Judiciário na América Latina, apresentadas no primeiro capítulo, solicitam a alteração das instituições nesses, na medida em que possuem problemas que dificultam, por exemplo, a captação de investimentos internacionais nesses países. Foi visto no primeiro capítulo que o mercado exige um novo Judiciário, preparado para oferecer de maneira rápida, segura e economia, respostas a sua demanda.

O que transpareceu no segundo capítulo conduz a uma outra reflexão: a atuação do STF ao longo do processo de privatização das empresas públicas pouco foi no sentido de proteger os preceitos estabelecidos na Carta Política brasileira. Nos casos estudados é possível afirmar que as decisões proferidas permitiram a implementação das políticas estabelecidas pelo Executivo. Essa reflexão permite observar que, para que as reformas liberalizantes sejam implementadas – certamente as que envolvam a alienação de patrimônio público – a condição essencial para seu êxito consiste na ausência de uma instituição jurídica nos moldes que o Banco Mundial alega serem necessários.

---

<sup>66</sup> Agradeço ao Prof. Dr. Sebastião Velasco e Cruz, do Departamento de Ciência Política, IFCH, Unicamp, por fazer notar esse ponto, durante o exame de qualificação, ocorrido em 03.04.2000, na Unicamp, Campinas, SP.

### **Capítulo 3**

A teoria jurídica de Democracia  
elaborada por Hans Kelsen

### 3.1. Introdução

Neste capítulo pretende-se expor alguns aspectos da teoria kelseniana de democracia. Como é do autor a elaboração de uma teoria que tem impacto direto na sua teoria democrática e na própria teoria do Direito, o capítulo será dividido em duas partes. A primeira fornece alguns dos elementos da teoria jurídica de democracia – e em contraposição a essa, da teoria autocrática – de Kelsen, com base no livro “A Democracia”. A segunda parte procura explicitar, ainda que de forma breve, os principais pontos da teoria pura elaborada pelo autor, a partir de dos seguintes conceitos: norma fundamental, como se define o Direito, com base na norma fundamental, validade, eficácia, coerção e imputação. A proposta dessa segunda parte é oferecer ao leitor alguns elementos da teoria pura elaborada pelo jurista, procurando, com isso, auxiliar no esclarecimento da proposta kelseniana de democracia.

Pretende-se contribuir, ao longo deste capítulo, para esclarecer ou pelo menos dar sentido à seguinte indagação: considerando os critérios estabelecidos por Kelsen do que seja um regime democrático e sua oposição, a autocracia, de qual das duas formas de Estado o Brasil mais se aproximaria? Tendo em vista que os critérios elaborados pelo autor se baseiam no modo como a Constituição determina a criação da ordem jurídica, o “Brasil” referido aqui corporifica-se na Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup>

Por outro lado, a discussão a ser feita neste capítulo pretende voltar-se para o questionamento dos critérios elaborados por Kelsen. Muito embora a dificuldade em considerar o Brasil uma democracia não se restrinja apenas aos estudos mais recentes de política comparada<sup>2</sup>, e os critérios jurídicos elaborados pelo autor – autor esse bastante influente entre juristas brasileiros – possam indicar que o país, em virtude do processo de implantação das reformas liberalizantes e da maneira como elas estão sendo

---

<sup>1</sup> Será utilizada como base a “Constituição Federal de 1988, atualizada pelas Emendas Constitucionais Nos. 25 e 26 de 2000.” GAMA (2000).

<sup>2</sup> Estudados no segundo capítulo dessa dissertação, no item 2.2.

implementadas, aproxima-se da autocracia, em que medida a definição de um tipo de regime, feita baseando-se apenas em critérios formais, não possa conduzir a uma interpretação no mínimo limitada do regime jurídico-político brasileiro?

## **3.2. As Teorias Democrática e Autocrática de Kelsen**

### **3.2.1. Os elementos de caracterização**

Kelsen inicia sua exposição sobre a teoria democrática caracterizando aquilo que considera como teorias políticas da Antigüidade e da Modernidade. A teoria política da Antigüidade, cujo critério de classificação consiste na forma de organização do poder soberano, teria classificado as formas de Estado em três: monarquia, aristocracia e democracia. A teoria política moderna pouco acrescentou a essa classificação. Conforme o critério adotado, a monarquia é aquela forma de Estado, ou de constituição, na qual o poder soberano de uma comunidade pertence a um indivíduo; a república já se caracteriza pela participação de vários indivíduos e pode ser dividida em aristocrática e democrática, se o poder soberano pertencer a uma minoria ou maioria do povo. (KELSEN, 1998, p. 405).

E conclui afirmando que, ao tratar a questão sob o ponto de vista jurídico, tal tricotomia revela-se insuficiente. Isso porque na perspectiva jurídica altera-se o critério de classificação para o modo como a Constituição determina que a ordem jurídica será criada. Com a adoção desse critério, classificam-se em dois os tipos de constituição: a democrática e a autocrática. Por trás dessa classificação, está a idéia de liberdade política: “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa” (KELSEN, 1998, p. 406), formulação que, como se sabe, tem longa tradição na filosofia política moderna e contemporânea.

Com base nesses critérios, assim ficam definidas a democracia e autocracia kelsenianas: a democracia consiste na forma de Estado na qual a vontade representada na ordem jurídica do Estado é igual às vontades dos sujeitos. O oposto disso é a autocracia, na qual os sujeitos estão excluídos da criação da ordem jurídica. O autor alerta para o fato de que ambas as definições são tipos ideais e não representam necessariamente Constituições existentes.

A idéia de liberdade política que Kelsen utiliza para essa classificação é inspirada no princípio da autodeterminação de Rousseau: “Ser social ou politicamente livre significa, é verdade, sujeitar-se a uma ordem normativa; significa liberdade sob uma ordem social. Mas significa: submeter-se somente à própria vontade e não a uma vontade alheia; a uma ordem normativa, uma lei de cujo estabelecimento o sujeito participe.” (KELSEN, 1993, p. 168). Vale dizer: politicamente livre é o sujeito que tem sua vontade individual harmonizada com a vontade geral que está expressa na ordem social. Tal harmonia é garantida somente se a ordem social vier a ser criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. A liberdade política consiste na “autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social”. (KELSEN, 1998, p. 408). Significa, portanto, um acordo entre a vontade individual e a coletiva, expressa na ordem social. Esse acordo deveria ser efetivado através do princípio da maioria, o qual iria assegurar o grau mais alto de liberdade política dentro de uma sociedade. O princípio da maioria pode ser expresso da seguinte forma: dentro do conjunto de sujeitos que compõem a ordem social para que, com isso, o número dos que a aprovam seja sempre maior do que os que a desaprovam – e que, com isso, permanecem obrigados a cumpri-la. Caso ocorra o contrário, está aberta a possibilidade de modificar a ordem social de forma que seja restabelecida uma situação na qual se esteja de acordo com a ordem social novamente. Subjacente à idéia do princípio da maioria, está a idéia de que a ordem social deve estar em concordância com o maior número de sujeitos, e em discordância com o menor número deles. Por trás dessa afirmação, está a idéia de igualdade: a idéia de que todos os indivíduos têm o mesmo valor político. O princípio da maioria sintetiza as idéias de liberdade e igualdade; ele procura impedir o domínio de classe dentro do Parlamento, muito embora na prática se mostre compatível com a proteção da minoria, que tem seu direito reconhecido por inclusão, quando do reconhecimento da existência de uma maioria. E nos casos em que o regime é realmente democrático, não há como se excluir essa minoria da criação da ordem jurídica, mesmo quando essa exclusão viesse a ser decidida pela maioria. (KELSEN, 1998, p. 411).

Posta a questão do princípio da maioria como elemento essencial para o regime democrático kelseniano, na medida em que expressa as promessas de liberdade e igualdade identificadas com o Iluminismo e reconhece o direito da minoria como fundamental à construção dessa ordem jurídica, segue-se a defesa da necessidade de

outras liberdades, além da política, para caracterizarem o regime democrático, tais como a intelectual, de opinião, de expressão, de religião, de imprensa – a negação delas seria uma contradição em termos, diz o autor. (KELSEN, 1998, p. 411). E, nesse momento, a democracia kelseniana coincide com o liberalismo político.

Mas toda essa caracterização é de um tipo ideal, ressalta Kelsen. A democracia real que mais se aproxima do tipo ideal proposto por Kelsen é a democracia direta. Ou seja, aquele tipo de organização da ordem jurídica na qual as principais funções do Estado (a legislativa, a executiva e a judiciária) são exercidas pelos cidadãos, através de assembleias populares. A democracia da Grécia antiga oferecia problemas pela restrição que impunha à participação nas decisões da assembleia por crianças, mulheres e escravos. A exclusão, portanto, é um elemento prejudicial à caracterização de um regime como democrático, para Kelsen. Esta é a segunda vez que ele se coloca dessa forma – quando expôs a importância de a minoria participar nas tomadas de decisão, também se posicionava de modo a recriminar o processo de exclusão de sujeitos. Está contida aqui, coerentemente, a proposta de se construir um regime que tenha características semelhantes à proposta kelseniana de elaboração de normas gerais e abstratas, que abarquem valores universais.

A democracia representativa é caracterizada pelo filósofo austríaco como uma ficção (KELSEN, 1998, p. 413). A transferência da função do governo, até então nas mãos da assembleia popular, a órgãos especiais, limita o princípio da autodeterminação. Os sujeitos ficam restritos a eleger aqueles que irão ocupar os cargos de criação e execução de normas jurídicas – e as regras de conduta daqueles que elegerão são determinadas pelos que serão eleitos e criarão essas normas. (KELSEN, 1998, p. 413). O problema da representação reside no fato de os eleitores possuírem ou não instrumentos para controlar o mandato dos seus representantes. É necessário que existam garantias juridicamente previstas para o representante se postar de maneira a executar a vontade daqueles que representa. Kelsen considera que “a fórmula segundo a qual o membro do parlamento não é o representante dos seus eleitores, mas do povo inteiro, ou, como dizem alguns autores, do Estado inteiro, e que, portanto, ele não está obrigado por quaisquer instruções dos seus eleitores e não pode ser por eles destituído, é uma ficção jurídica” (KELSEN, 1998, p. 416). Os que advogam essa idéia, segundo Kelsen, estão defendendo uma ideologia política que procura dissimular a situação real, através da sustentação de que o legislador

é o povo quando, na verdade, ao povo – ou ao eleitorado - cabe apenas criar o órgão legislativo. (KELSEN, 1998, p. 417).

O comum às constituições é prever a destituição dos cargos do chefe de Estado ou de outros órgãos eleitos apenas pela decisão judicial, e somente quando ocorre alguma violação de preceito constitucional ou de outras leis. Em geral, nas democracias modernas não há responsabilização jurídica dos membros do parlamento em relação ao seu eleitorado, seguindo a proposta feita inicialmente na constituição francesa de 1791, que proclamou a desvinculação do deputado de seu eleitor, defendendo a idéia de que este, uma vez ocupado o cargo no parlamento, representava a nação inteira.

A democracia kelseniana adquire uma outra dimensão quando, ao retomar o conceito inicialmente elaborado – democracia é aquela forma de Estado na qual a vontade representada na ordem jurídica do Estado é igual às vontades dos sujeitos – acrescenta a questão da representatividade. A idéia dos sujeitos que irão formar a vontade da ordem jurídica do Estado – que irão eleger os que representarão suas vontades individuais – o corpo eleitoral, é uma idéia inclusiva. Muito embora o autor não desenhe um perfil de eleitorado específico (idade, sexo, religião, etc.)<sup>3</sup>, sua teoria indica a formação de um eleitorado que abarque um número maior de votantes, na medida em que considera restritiva a democracia que exclui mulheres, escravos e crianças, por exemplo, bem como também busca garantir que a minoria não seja excluída em nenhum momento do processo pela maioria.

A democracia kelseniana pode ser caracterizada como inclusiva e restritiva, numa análise aparentemente paradoxal. Se, por um lado, existe o cuidado em garantir direitos das majorias e também das minorias na construção dessa ordem jurídica, e não há restrição ao perfil do sujeito que construirá tal ordem – caracterizando a face inclusiva de sua proposta –, por outro lado, ao oferecer um conceito jurídico de democracia que viesse a complementar as propostas feitas pela teoria política até então, a sua proposta fica restrita às eleições, à formação de um eleitorado organizado que consiga não só expressar suas vontades individuais nessa vontade geral que será criada, mas que também tenha o direito de cobrar dos seus órgãos – os eleitos – a efetivação daquelas propostas em relação às quais eles se comprometeram a representá-los no Parlamento.

---

<sup>3</sup> Oferecendo apenas algumas limitações do que “não deve ser”, conforme o exposto a seguir.

Oferecer como resposta à teoria política uma teoria da democracia cujos elementos sejam construídos dentro do próprio sistema jurídico, ou melhor, uma teoria jurídica de democracia que seja elaborada dentro do jurídico é pertinente com a 'pureza' do autor. Se há que se reconhecer essa coerência interna da teoria kelseniana, há também que destacar a presença de outros fatores externos ao mundo jurídico que influenciam e muitas vezes determinam o processo de construção e fortalecimento da democracia.<sup>4</sup>

O passo seguinte consiste em levantar o perfil daquele que constitui agora componente importante para a democracia representativa proposta: o sistema eleitoral. Esse sistema, na idealização de Kelsen, é composto dos seguintes elementos: os eleitores, a eleição e o voto que compõem o corpo eleitoral. Como para ele votar consiste no processo de criação de órgãos, os votantes, através do voto – instrumento pelo qual se exerce a função de votar – participam de eleições nas quais serão eleitos os indivíduos que representarão seu eleitorado.

O voto deve ser o mais universal possível e o mais igualitário possível – está na natureza da democracia, diz Kelsen (1998, p. 419). É nesse momento que a inclusividade – já citada anteriormente – será explicitada de forma mais concreta. Buscando garantir tanto a universalidade quanto a igualdade, Kelsen oferece algumas sugestões concretas: o mínimo possível de indivíduos deveriam ser excluídos desse direito. E para que isso ocorra, a idade mínima para que tal direito seja adquirido deve ser a mais baixa possível; nenhum indivíduo deve ser excluído do processo por razão de sexo, raça, cor, profissão, etc. No que diz respeito à garantia da igualdade, a ordem jurídica deve ser estabelecida de forma tal, que o direito do sufrágio venha a garantir que o peso do voto de cada eleitor seja igual ao de cada um dos outros votantes. Qualquer diferenciação de qualquer natureza, que venha a atribuir a determinados indivíduos mais votos que a outros, afeta diretamente a proposta de igualdade referida. Outra maneira de prejudicar a igualdade ao direito de sufrágio é o estabelecimento de diferentes critérios entre corpos eleitorais diferentes no que diz respeito à proporção estabelecida entre o número de votantes e o número de delegados a serem eleitos.

---

<sup>4</sup> E que foram devidamente tratados no segundo capítulo.

Duas são as formas possíveis para considerar a pessoa eleita: a representação proporcional e a majoritária. Kelsen considera a representação proporcional a forma mais próxima do ideal de autodeterminação; em outras palavras, é o sistema eleitoral mais democrático. Por quê? Pela vantagem que possui e que a diferencia da representação majoritária: não exige a competição entre candidatos de diferentes partidos políticos como ocorre na majoritária, na qual cada delegado é eleito com os votos de um grupo – a maioria – contra os votos de outro grupo – a minoria. O princípio do voto majoritário impede a liberdade natural, absoluta, argumenta Kelsen (1993, p. 179). Na proporcional, cada um dos delegados eleitos o é através dos votos do seu próprio grupo, sem ser eleito contra os votos de outro grupo. (1998, p. 425). No que diz respeito aos distritos eleitorais, a distribuição dos eleitores entre os distritos pode causar um resultado que não reflita a estrutura política do eleitorado total, e o partido que é maioria entre os votantes pode vir a se tornar minoria entre os delegados e vice-versa. Um outro dado importante: é essencial para a democracia que não se exclua a formação de novos partidos e que nenhum partido ocupe uma posição privilegiada dentro das funções do Estado.

Muito embora o processo de criação do Direito, vale dizer, a função legislativa do Estado, possa ser caracterizado como democrático a partir dos critérios vistos, a ordem jurídica é criada num processo composto de diversos estágios, que deve primar pela garantia de que a criação de normas seja democrática em todos esses estágios. (KELSEN, 1998, p. 426).

Ainda que as características que compõem a democracia até o presente momento estejam relacionadas com a formação do Parlamento – daquele que tem a função de criar normas – e que objetivem construir um conjunto de etapas que venham a garantir que a vontade representada na ordem jurídica do Estado seja igual às vontades dos sujeitos, ou seja, que seja garantida a instauração de uma democracia, a função de criar normas gerais não fica restrita apenas a esse órgão do Estado, podendo ocorrer também na função de execução (administrativa e judiciária). E nesses outros órgãos ela é ou não democrática da mesma forma que no Parlamento: conforme tais órgãos sejam ou não eleitos pelo povo. Além disso, as funções administrativa e judiciária, na medida em que compõem a função executiva, devem se conformar dentro do possível às leis decretadas

pelo Parlamento – órgão este que, se democrático, expressará a vontade do povo: quanto mais a execução cumprir os preceitos legais, mais democrática ela será. (1998, p. 427).

### **3.2.2. A segurança jurídica como uma categoria estratégica no texto de Kelsen**

É na exposição da racionalidade da democracia, expressa através da produção legal, garantindo algo que a autocracia não garante - como será visto adiante – que, no entanto, consiste em algo de supremo interesse para os indivíduos e as corporações, que Kelsen oferece um importante elemento para análise ora desenvolvida: a segurança jurídica.

“O caráter racional da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los – o máximo possível – calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. O ideal de legalidade desempenha um papel decisivo: admite-se que os atos individuais do Estado podem ser justificados por sua conformidade com as normas gerais do Direito. A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica.” (KELSEN, 1993, p. 185).

No texto de Kelsen acima exposto, a posição de que a ‘segurança jurídica’ ocupa pode ser interpretada como um requisito funcional do sistema jurídico, sem o qual o Sistema de Justiça fica comprometido. Está-se diante de uma categoria estratégica no texto kelseniano, comum aos textos que se prestam a cumprir um papel à Dogmática Jurídica<sup>5</sup>, desde a Modernidade.

---

<sup>5</sup> Essa questão foi desenvolvida mais amplamente no segundo capítulo. Retomando a exposição feita, tem-se que: A Dogmática Jurídica nada mais é do que a ‘ciência do Direito’, que tem por objeto o Direito positivo vigente num determinado tempo e espaço e por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação da norma, segundo procedimentos lógico-formais de coerência interna, tem por função ser útil à aplicação do Direito. Surgindo como uma das promessas da Modernidade, revelou-se um paradigma problemático, revestido de um formalismo excessivo e falta de cientificidade, mas cujo sucesso reside em mais de cem anos de sobrevivência. (ANDRADE, 1997, p. 32).

Kelsen coloca a segurança jurídica num plano acima da própria garantia de justiça absoluta. É uma das promessas que o Direito reitera quase que diariamente para dar luz de ciência às decisões judiciais. É do âmago do Direito Positivo. Como o Direito consiste num conjunto de técnicas específicas que regulam a conduta humana, separado da moral, na construção positivista, em que a teoria pura de Kelsen é sua forma mais perfeita (como será visto adiante), os juízes, aqueles que ‘aplicam’ o Direito que ‘emana’ da Constituição e legislações inferiores, o fazem sem que haja interferência de sua própria ideologia. Meros aplicadores, atuam apenas como instrumento de expressão da lei num caso concreto. É por essa razão que está garantida a segurança nas decisões judiciais. É em nome dessa segurança jurídica que as reformas do Judiciário são tidas como essenciais.

No regime autocrático tal categoria não tem a mesma dinâmica que na democracia. Diferentemente, ele despreza a racionalização do poder na medida em que o autocrata, ocupante do cargo de supremo legislador, não é visto como passível de submeter-se às leis que ele próprio criou. O juízes ocupam um papel importante, pois têm poder discricionário ilimitado para proferir as decisões nos casos concretos. Como o tamanho do Estado por vezes impossibilita o autocrata de centralizar todos os atos administrativos e judiciais necessários, faz-se essencial a nomeação de órgãos subordinados, que se tornam legalmente submissos ao autocrata, na medida em que têm suas atividades previstas em lei. O autocrata, por sua vez, mantém o direito absoluto de assegurar a si mesmo isenção das leis que julgar apropriadas. Essa é a mais forte razão da ausência da segurança jurídica nesse regime.

Um outro motivo para a ausência de segurança jurídica na autocracia está no pressuposto kelseniano de conceber o Estado como a manifestação do Direito – a teoria monista. Conforme essa concepção, qualquer manifestação do poder estatal pretende ser a manifestação da justiça. No caso de um regime autocrático, o Estado é o próprio monarca, aquele que detém legitimamente a sua posse. Por essa razão, é um tipo de justiça diferente: expressa, não em princípios gerais, abstratos e universais, mas através de decisões individuais, adaptadas às particularidades do caso concreto. Ao contrário do regime democrático, portanto, não há no regime autocrático a publicização de seus objetivos, por exemplo. Caso venha a ser pressionado a fazê-lo, será ou uma série de

frases vazias ou de promessas, voltadas para a satisfação de desejos os mais contraditórios. (KELSEN, 1993, p. 186).

### **3.2.3. As Instituições na democracia e na autocracia**

Tendo em vista que a democracia busca oferecer segurança jurídica, que haja o cumprimento do princípio da legalidade e que o Estado tenha suas funções explicitadas à população, qual o papel destinado às instituições, tanto no regime democrático quanto no autocrático, em Kelsen?

Para o autor, num regime democrático a finalidade das instituições consiste em “controlar essas funções, de modo que sua legitimidade seja assegurada. Em decorrência disso, prevalece o princípio de publicidade. A tendência a revelar os fatos é especificamente democrática, e essa tendência leva a uma interpretação superficial e malévola dessa forma de governo ao juízo infundado de que a corrupção é mais freqüente na democracia do que na autocracia, ao passo que – na verdade – a corrupção só permanece invisível nesta última, uma vez que nela prevalece o princípio contrário.” (KELSEN, 1993, p. 187).

Já no regime autocrático não existem nem medidas de controle nem tampouco publicidade dos atos do governante, o que lhe dá um ar de aparente eficiência. Entretanto, o que existe é um enorme empenho em ocultar tudo o que possa se tornar prejudicial à autoridade do governo e minar a disciplina dos funcionários públicos e a obediência dos cidadãos. (KELSEN, 1993, p. 187).

### **3.2.4. As diversas formas de autocracia possíveis**

Voltando ao conceito inicialmente oferecido, a autocracia, em oposição à democracia, consiste na forma de governo na qual os sujeitos estão excluídos da criação da ordem jurídica. As autocracias podem se pronunciar de diversas formas, seja em regimes monárquicos, republicanos ou em ditaduras. Em alguns casos, elas – as autocracias – estão fortemente presentes, mesmo quando o regime é democrático, como será visto em seguida.

Nas monarquias ela pode se expressar de duas formas. A primeira delas é a monarquia absoluta. Existiu na Europa do século XVIII, e denominava-se também

“despótica”. Nela, a ordem jurídica era criada e aplicada em todos os seus estágios pelo monarca ou por órgãos que ele tenha nomeado. Diferente da democracia na qual os chefes devem ser responsabilizados por não cumprirem um preceito legal ou o acordo que tenham estabelecido com seus eleitores, aqui o monarca não se encontra sujeito a nenhuma sanção jurídica, pois que não está submetido à própria legislação que cria. Como é um cargo hereditário, cada monarca escolhe seu sucessor.

A segunda é denominada monarquia constitucional. Aqui o poder do monarca tem outras dimensões. No legislativo, dá-se pela participação de um parlamento, em geral bicameral; no judiciário, pela independência dos tribunais e, no setor administrativo, pelos ministros de gabinetes, em geral nomeados pelo monarca, mas responsáveis perante o parlamento, tanto jurídica quanto politicamente. Juridicamente estão sujeitos a *impeachment* por violação da constituição e de outras leis; politicamente, por serem obrigados a renunciar quando perdem a confiança de uma das casas do parlamento. Já o monarca não será responsabilizado por nada. Por outro lado, nenhum ato seu é válido se não tiver a ratificação de um ministro responsável.

Na república, a autocracia ocorre também de duas formas. A primeira é a república presidencialista. Caracteriza-se pela eleição direta pelo povo daquele que ocupa o cargo mais alto do país: o presidente. Nela o poder do presidente é igual ou maior do que o de um monarca constitucional, sendo menor apenas no domínio da legislação. Na república presidencialista, o presidente tem poder de veto, e os seus ministros de gabinete estão subordinados a ele, e nem um nem outro está subordinado ao parlamento. A segunda forma é a república de gabinete, na qual o chefe do Executivo é eleito pela legislatura para com a qual os membros do gabinete, nomeados pelo presidente, são responsáveis.

Kelsen ressalta que a monarquia constitucional e a república presidencialista, muito embora devam ser tratadas como democracias, são democracias nas quais o elemento autocrático está fortemente presente. (1998, p. 431).

Um tipo de ditadura que possui um caráter fortemente autocrático é a ditadura do Estado unipartidário – que neste século ocorreu na Rússia com a revolução bolchevique e na Itália com o fascismo. O partido que dirige é que possui o caráter autocrático, na medida em que seus membros se encontram subordinados ao líder absoluto do partido que ocupa também o cargo de chefe de Estado. Além disso, as liberdades individuais e

políticas ficam completamente suprimidas e, conforme for necessário para os interesses do partido dominante, fica afetada até a independência dos tribunais.

### **3.2.5. O papel do líder na autocracia**

É visível nas exposições feitas o papel de destaque que tem o líder na autocracia. Na autocracia: “o governante representa um valor absoluto. Sendo de origem divina ou dotado de forças sobrenaturais, ele não é considerado um órgão que é, ou pode ser, criado pela comunidade. É imaginado como uma autoridade extrínseca à comunidade, que é constituída e congregada por ele. Portanto, a origem e a criação do governante não são problemas que poderiam ser resolvidos pelo conhecimento racional. A realidade política, isto é, a inevitável usurpação do governo, é diligentemente ocultada pelo mito do líder.” (1993, p. 188).

Na democracia : “por outro lado, a questão de como designar os magistrados é tratada sob a luz clara da reflexão racional. O governo representa não um valor absoluto, mas apenas um valor relativo. Todos os órgãos da comunidade são eleitos apenas para um breve período. Até mesmo o chefe do executivo só é ‘líder’ por algum tempo e apenas em alguns aspectos, uma vez que não só o seu mandato é limitado, mas também sua competência. Até mesmo em sua condição de chefe de Estado, ele é um cidadão igual aos outros e sujeito a críticas.” (1993, p. 188).

### **3.2.6. A compatibilidade da democracia com o capitalismo e o socialismo**

Um último ponto que merece destaque na análise de Kelsen sobre a democracia diz respeito à discussão entre essa forma de Estado e regimes econômicos. A perspectiva aqui diz respeito à compatibilidade dos regimes econômicos – capitalismo e socialismo – com a democracia. Sua hipótese é de que ambos os dois regimes podem viver tanto sob uma democracia quanto sob uma autocracia, muito embora haja na natureza do socialismo algo que o torna incompatível com a primeira. Esse “algo” é o fato de que o socialismo prega o fim do Estado, estrutura essencial para a existência e o desenvolvimento do regime democrático.

Os teóricos do socialismo, diz Kelsen, alegam que, muito embora na aparência seja o governo que dirija o processo de criação e aplicação do Direito, esse processo está

sendo controlado e dirigido pelos detentores do poder econômico, uma minoria movida pelos seus próprios interesses, Kelsen reconhece que nos Estados capitalistas do século XX existe essa influência. O problema surge quando os que detêm o poder econômico não equivalem aos que detêm direitos políticos, que é o que ocorre numa democracia moderna, e aí esses direitos perdem o sentido.

Explica o autor: “Carecem de sentido porque, sob a influência dos capitalistas, o governo exerce seu poder político não em consonância com a vontade (e, portanto, também não com o interesse) dos detentores dos direitos políticos, mas em consonância com a vontade e os interesses dos proprietários privados dos meios de produção.” (KELSEN, 1993, p. 261).

Considera falso que num Estado democrático o poder econômico possa sempre se sobrepor ao poder político, que o processo democrático possa sempre ser falho ao buscar estabelecer a realidade do poder e que os direitos políticos possam se considerar irrelevantes na medida em que não permitem que se detenha o controle sobre os fatores que determinam a questão decisiva da vida nacional. (KELSEN, 1993, p. 263). Na verdade, isso foi uma criação, uma artificialidade elaborada pelos socialistas quando se depararam com uma forma de governo, a democracia, que, em função dos seus princípios políticos, “surgiu e acumulou força considerável um partido político cuja meta é substituir o capitalismo existente pelo socialismo, sem dispor, no entanto, de uma maioria de eleitores necessária para o exercício de um controle permanente do governo através do processo democrático”. (KELSEN, 1993, p. 263). Se existe de fato uma crise, essa crise não é do regime democrático, mas sim do sistema econômico predominante, do capitalismo.

O argumento de que a democracia só cabe no capitalismo também é falso: através de uma doutrina capitalista muito difundida<sup>6</sup> se afirmou que, se o socialismo constitui a supressão da liberdade, de todo tipo de liberdade, seja ela positiva ou negativa, da liberdade política, através da participação no governo, da liberdade econômica e intelectual também em relação ao governo, e se a liberdade é o princípio fundamental da democracia, não seria cabível nesse tipo de regime e tão somente no capitalismo. Acontece que, para Kelsen, essa afirmação não é verdadeira.

---

<sup>6</sup> Kelsen está, nesse momento, dialogando diretamente com Friedrich Von Hayek, com base em sua obra “O Caminho da Servidão”. (KELSEN, 1993, p. 265).

O economista Friedrich Von Hayek – considerado um dos ideólogos do neoliberalismo e referência intelectual hoje muito importante para os defensores das reformas estruturais orientadas para e pelo mercado – alega que a economia planificada exige supressão da liberdade, essencial à democracia. Liberdade democrática, para Kelsen, seria composta por dois princípios diferentes: “a liberdade positiva ou política de autodeterminação, a participação dos governados no governo, isto é, na criação e aplicação da ordem coercitiva, e a liberdade negativa ou intelectual, a liberdade com relação ao governo ou a coerção, assegurada por direitos humanos constitucionais.” (1993, p. 266).

O que Kelsen alega é que, mesmo nos Estados capitalistas, tidos como democráticos – para os socialistas falsamente democráticos, porque essa não é a verdadeira democracia – a democracia realiza-se em grau diferente em cada uma das funções do governo, do Estado. Acontece em muito maior grau na função criadora do Direito, ou seja, na função legislativa do Estado, do que na função aplicadora de Direito, na função administrativa e sobretudo judiciária. Muito embora seja preciso reconhecer que é muito mais importante para a democracia que o princípio democrático seja garantido na função suprema, da criação do Direito, do que na função de aplicação do Direito, a administrativa e judiciária. Cabe questionar, aqui, em que medida o Brasil pode ser considerado democrático, se se considerar que na função de criação do Direito, no poder Legislativo, ocorre uma submissão ao poder do Executivo, a denominada função administrativa de aplicação do Direito para Kelsen.

Kelsen clarifica o acima exposto com exemplos: “É essa, sem dúvida, a razão pela qual, em todas as democracias modernas, o método pelo qual se nomeia o chefe do executivo é muito menos democrático do que o método pelo qual se elege o parlamento. O presidente dos Estados Unidos, eleito indiretamente pelo povo e não responsável perante o parlamento, é um órgão menos democrático que a Câmara de Deputados. A nomeação de juizes pelo chefe do executivo é certamente menos democrática ainda que a eleição dos mesmos pelo povo, enquanto que a norma de que somente advogados com vasta experiência podem ser nomeados e, sobretudo, os princípios de que um juiz tem de ser independente dos que o nomeiam ou elegem e o de que o mesmo é irremovível, são tudo menos democráticos. Não obstante, não hesitamos em considerar democrático um Estado cuja constituição estabelece que juizes independentes e irremovíveis sejam

nomeados pelo chefe do executivo, pois acreditamos que, para um Estado democrático, esse tipo de administração judiciária é melhor do que o outro.” (KELSEN, 1993, p. 267).

Afirma ainda que a especialização nos serviços administrativos da burocracia estatal afasta a política, tornando tais serviços menos essenciais ao caráter democrático do corpo político, menos sujeita ao processo democrático. “quanto mais técnica for uma administração, isto é, quanto mais os meios para a realização dos seus fins forem determinados pela experiência política, menos política ela será e menos essencial será ao caráter democrático do corpo político como um todo, sua sujeição ao processo democrático.” (KELSEN, 1993, p. 267).

Exposta a argumentação de Kelsen acerca da sustentabilidade da democracia frente ao capitalismo ou o socialismo, o próximo passo destina-se a desenvolver a análise que o autor destina à *rule of law*<sup>7</sup> sob a mesma perspectiva, os sistemas econômicos.

### **3.2.7. A sustentabilidade da ‘regra do Direito’ nos sistemas econômicos**

O argumento de que a regra do Direito não pode ser mantida num sistema econômico socialista, mas somente no capitalismo e por ser uma garantia de liberdade, é essencial à democracia, fortalece muitas vezes os que defendem a incompatibilidade entre socialismo e democracia e a necessária ligação dela com o capitalismo.

“Por regra de Direito entende-se o princípio de que as funções administrativas e judiciárias do Estado devem ser o máximo possível determinadas por normas gerais de Direito preestabelecidas, de tal modo que caiba aos órgãos administrativos e judiciários o mínimo possível em termos de poder discricionário: desse modo, ao evitar-se um governo arbitrário, assegura-se a liberdade.” (KELSEN, 1993, p. 269).

Ora, como o sistema da economia planificada não permite que se administre o governo por normas gerais preestabelecidas, a possibilidade de se construir um governo arbitrário é certa, e com esse governo se encerra a possibilidade de qualquer tipo de liberdade. Mas Kelsen considera que esse argumento não é correto: e não é correto porque a regra do Direito, na verdade não restringe o poder legislativo, ou seja, o poder de promulgar normas jurídicas gerais e com isso não está restringindo o grau em que o

---

<sup>7</sup> No início da dissertação, fez-se referência ao problema da tradução que sofre a expressão ‘rule of law’ nos textos lidos.

comportamento humano pode vir a ser regulado por essas normas. Está, aí sim, querendo dizer que a regra do direito não garante a liberdade do indivíduo, mas sim a “possibilidade do mesmo prever, até certo ponto, a atividade dos órgãos aplicadores de Direito, isto é, dos órgãos administrativos e judiciários, e, portanto, de adaptar seu comportamento a essas atividades.” (KELSEN, 1993, p. 269). O que a regra do direito garante, na verdade, é a conformidade entre a função criadora de Direito e a função aplicadora, tendo como objetivo, portanto, não a liberdade, mas a segurança, a segurança jurídica.

Do ponto de vista da racionalização e da segurança, quem as garante é a economia planificada do socialismo e não a produtividade anárquica do capitalismo, como Kelsen mesmo admite. Mas como a vida econômica não é diretamente regulada pelo Direito – na coerência sempre presente no autor – estes dois elementos serão alcançados numa economia planificada, mesmo se a regra do Direito não se aplicar à regulamentação jurídica da vida econômica. (1993, p. 270).

A regra do Direito deve, na verdade, impedir que haja arbitrariedade nos atos cometidos pelo governo e seus órgãos. Mas para que ela de fato os impeça, dois fatores devem ser levados em consideração:

*1º fator) a relação entre a norma geral e a individual:*

a regra do Direito ‘deveria’ determinar, através de uma norma geral, o conteúdo das normas individuais a serem promulgadas pelos órgãos administrativos e judiciários. Acontece que o “conteúdo de uma norma individual nunca pode ser completamente determinado por uma norma geral. Fosse isso possível, a promulgação de normas individuais seria supérflua.” (KELSEN, 1993, p. 271). Essa limitação da norma geral permite que seja atribuído um certo grau de poder discricionário ao órgão destinado a aplicar a norma geral. Essa discricionariedade é inevitável, reconhece o autor. Se, por um lado, a norma individual promulgada pelo órgão administrativo ou judiciário é tão ‘legal’ quanto a norma geral promulgada pelo órgão legislativo, por outro, a arbitrariedade do legislativo é ilimitada, na medida em que o parlamento é soberano, e sua soberania é a soberania do povo na democracia representativa.

2º fator) o grau de previsibilidade da decisão dos órgãos administrativos e judiciários:

Considerado mais sério do que o primeiro, deve ser analisado com mais cuidado. Como as decisões constituem interpretações de normas gerais – que fazem parte da aplicação do Direito – o grau de previsibilidade não é tão grande, mesmo se pautando pelas regras gerais do Direito. Por isso o processo administrativo e judiciário é organizado através de uma estrutura hierarquizada. Dessa forma, os indivíduos têm garantida a possibilidade de recorrer de uma decisão proferida por uma autoridade administrativa ou judiciária de uma instância inferior a uma de instância superior, sempre que considerarem a decisão da autoridade inferior desconforme em relação à norma geral a ser aplicada.

Como fica a regra do Direito num regime autocrático? Não há que se falar em regra do Direito aqui, por duas razões. Primeiro, pelo fato desse regime não ter interesse em racionalizar as atividades governamentais (conforme já visto anteriormente); e segundo, porque a mudança na lei é mais difícil na democracia que na autocracia. “A mudança nas regras gerais de Direito promulgadas pelo órgão legislativo e, acima de tudo, o estabelecimento de isenções dessas regras gerais em casos concretos, são recursos incomparavelmente mais difíceis em uma democracia, onde devem ser sancionadas mediante um intrincado processo parlamentar, do que em uma autocracia, onde estão sob o poder discricionário de um único indivíduo, o autocrata, cuja vontade é a lei.” (KELSEN, 1993, p. 273).

Chama a atenção, neste ponto, o fato de que o *Brasil* tenha adotado no processo legislativo as formas mais difíceis de alterar legislações ordinárias, bem como também de alterar a própria constituição, levantando a suspeita de que se enquadraria, nesse momento da análise de Kelsen, muito mais ao regime democrático do que ao autocrático. Entretanto, tais dispositivos têm se mostrado pouco eficientes na contenção de mudanças à própria Carta Magna: desde 1993, quando foi aberta a possibilidade de se alterar a constituição, até 1999, 23 emendas já foram feitas e mais algumas estão em andamento, dentre elas a que reforma o Poder Judiciário. A primeira questão que emerge é: se se utilizou um dispositivo reconhecido no direito constitucional como difícil, como foi possível

produzir tantas alterações em apenas seis anos? Fica claro aqui o trabalho árduo que tem tido o parlamento, interessado, da mesma forma que o Executivo, na implementação das reformas liberalizantes. Esse mesmo parlamento, por outro lado, tem criado também, através de Projetos de Emendas Constitucionais, mecanismos que visam à restrição de Medidas Provisórias em áreas específicas.

### **3.3. As origens do pensamento kelseniano**

O positivismo jurídico, que prosperou a partir da metade do século XIX e se tornou uma das principais doutrinas jurídicas contemporâneas, constituiu uma reação fortíssima contra os defensores do Direito Natural. Não deve ser confundido com os princípios que norteiam o positivismo filosófico de Comte, pois suas origens residem na expressão 'Direito positivo', em contraposição ao Direito natural.

Essa corrente do pensamento jurídico procurou banir – ou declarou essa pretensão, o que é um pouco diferente – todas as considerações de teor metafísico que teriam influenciado o Direito durante a Idade Média, reduzindo-o à análise de categorias empíricas, numa perspectiva excessivamente formalista, descartando princípios e juízos de valor em nome de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo, bem como de uma análise eminentemente formal. O Direito passou a ser explicado por sua própria materialidade coercitiva e concreta - o Direito é estudado e explicado a partir dele mesmo.<sup>8</sup>

Tendo em Hans Kelsen (1881-1973) seu nome de maior projeção no cenário jurídico ocidental do século XX, o positivismo jurídico fundamenta sua validade e imputação na existência de uma organização normativa e hierarquizada. Propõe a elaboração de normas de caráter abstrato, genérico e institucionalizado, proporcionando, com isso, a “harmonização” de diversos interesses conflitantes no bojo da organização sócio-política: interesses distintos, provenientes de classes sociais divergentes.

Essa aparente harmonia evidencia sua função ideológica que, para FELIPPE, consiste em acomodar “a tensão entre a consciência jurídica forjada pelo jusnaturalismo e

---

<sup>8</sup> A adoção dessa metodologia de análise do sistema jurídico no Brasil é facilmente encontrada nas apreciações feitas nos tribunais brasileiros, desde os juízos de primeira instância até a Suprema Corte.

pelo Iluminismo e o modo de produção capitalista” (1996, p. 54) com o advento do projeto da modernidade, que abarca as promessas de liberdade e igualdade para, na verdade, não cumpri-las, esgotando-as nos limites da estrutura capitalista.

Como conseguir essa confluência de interesses, como obter um conjunto de normas em relação às quais houvesse identificação com os mais diferentes interesses advindos da sociedade? A resposta: através da elaboração de uma ciência cujo objeto seja puro, livre de qualquer contaminação ideológica, política, econômica, etc., essencialmente jurídico e, como tal, passível de ser identificado sem maiores dificuldades. E é nesse ponto que reside a grande preocupação de Kelsen. Só que, em fazendo isso, exclui a possibilidade de estudar a temática da justiça, porque o forte conteúdo valorativo em que esse problema implica constitui outras tantas impurezas que ameaçam macular a limpidez da norma<sup>9</sup>.

Ao estudar o sistema jurídico, Kelsen identificou nele algo específico a esse sistema, que não estava presente na moral ou na religião (ambos sistemas de normas que também objetivam regular o comportamento humano: a coerção. E, em fazendo isso, evidencia a ‘lógica perversa’ atribuída ao Positivismo por FELIPPE, lógica essa que procura “eleger a força como a essência do jurídico, para declarar ‘cientificamente’, ‘objetivamente’, a coerção como a característica essencial do Direito”. Com esse elemento Kelsen tornou possível definir o Direito como uma “ordem coercitiva do comportamento humano” (1996, p. 23).

Não obstante o fato de que tal definição é construída e justificada com o auxílio de um conjunto de outras categorias, a serem exposta na teoria pura, tais como a validade, a eficácia, a imputação, negando elementos como justiça ou razão, o seu discurso posiciona-se de maneira a negar qualquer possibilidade de vir a servir a um propósito político que por ventura o legitime.

Entretanto, a análise feita por MARQUES NETO (1982, p. 130) indica o contrário. Para o autor, a teoria de Kelsen se caracteriza, como todo dogmatismo, por uma atitude acrítica diante do objeto em que deposita a crença, no caso a regra jurídica, que é passivamente aceita como um produto do Estado, dentro da concepção kelseniana de que

---

<sup>9</sup> Vale ressaltar que Hans Kelsen estudou intensamente o conceito de Justiça em obras como ‘O que é Justiça?’, ‘O problema da Justiça’ e ‘A questão da Justiça’.

todo o direito emana do poder estatal. Apesar de se autodefinir como anti-ideológica, propondo-se apenas a descrever o Direito Positivo mantendo-o isento de qualquer confusão com um direito ideal e justo, a doutrina kelseniana se presta admiravelmente bem a qualquer tipo de autoritarismo político, pois exerce precisamente a função ideológica de ocultar as contradições intrínsecas a uma sociedade de classes na estrutura capitalista e legitimar as normas promanadas do Estado socialista, embora combata este último.

A rigor, aqui se pode eventualmente discutir a “traição” de Kelsen ao núcleo do pensamento kantiano do qual parece ou pretende derivar. Em Kant, o universo das normas morais, bem como do direito, é distinto daquele da física, terreno em que é possível o amplo emprego da razão pura especulativa e do conhecimento, diria-se hoje, sem referência a juízos valorativos. O campo da moral, em sentido amplo, localiza-se no terreno da razão prática. Em certo momento da *Crítica da Razão Pura*, como é amplamente sabido, Kant declara ter reduzido o campo da razão pura especulativa para garantir algum espaço ao uso (aí sim, legítimo) da razão prática. A tentativa de reintroduzir o direito no terreno da “neutralidade” ou “objetividade” científica própria da física, por exemplo, pode ser caracterizada como um retrocesso com relação a Kant e uma tentativa de “contrabandear” juízos valorativos sob a capa da “positividade”. Neste desvio se deveria inserir a pretensão kelseniana de elaborar uma teoria pura do direito que pusesse esse terreno para além das ideologias e pontos de vista politicamente “situados”.<sup>10</sup>

Segue agora a exposição de alguns conceitos elaborados por Kelsen em sua teoria pura do Direito, tais como a norma fundamental, a validade e a eficácia, a imputação.

### 3.4. A Teoria Pura kelseniana

Representante do formalismo jurídico, o teórico austríaco entende que o Direito, ao ser analisado como um princípio fundamental, se resume exclusivamente à norma, e deve ser estudado a partir dela mesma. O chamado conteúdo social da regra jurídica, que

---

<sup>10</sup> Este comentário foi suscitado por observações do prof. Roberto Romano, no Exame de Qualificação. Trata-se de temática bastante complexa, que envolveria ampla discussão das implicações do pensamento kantiano e de suas reinterpretações na primeira metade do século XX. Infelizmente isto não é possível de ser desenvolvido nesse momento, nem pelo tempo, nem pelo espaço, na medida em que impõem algumas limitações à autora. Ficam, todavia, registradas a

revela a dimensionalidade do Direito, é alheio a esta disciplina, constituindo o objeto de outras ciências sociais. Esta é a razão de propor uma teoria pura: a ciência do Direito não deve ter como objeto de estudo qualquer fundamento de teor ideológico ou axiológico.

Ao defender que o Direito não está e nem pode estar comprometido com nenhum conteúdo material, pois que sua norma fundamental é sempre habilitadora, para AMADO (1996, p. 34) Kelsen não está apenas se utilizando da única explicação possível para sustentar a coerência e completude estrutural e desenvolvimentista dos sistemas jurídicos, mas sim optando por “un determinado modelo de Derecho, de organización política y de sociedad”.

Por ocupar um papel essencial na teoria pura, a norma fundamental será a primeira categoria estudada aqui. Em decorrência da exposição dessa categoria, também serão expostas as concepções kelsenianas de validade e eficácia, para então concluir a definição do autor para o que seja Direito.

### **3.4.1. A norma fundamental**

Ao recusar-se a ser uma metafísica do Direito - dentro do marco do positivismo jurídico -, sua teoria pura procura a base do Direito, vale dizer, o seu fundamento de validade. De forma diferente do Direito Natural, que buscava o fundamento de validade num princípio metafísico (a Natureza, Deus), e com isso servia aos interesses da Idade Média, Kelsen baseia-se numa hipótese jurídica que será estabelecida a partir de um estudo lógico jurídico efetivo: a Norma Fundamental. É na norma fundamental que está o fundamento de validade do Direito. E enquanto norma, não é fato, nem situação fática. É um dever ser e não um ser. Ao dimensioná-la dessa maneira, Kelsen expõe seu significado objetivo, que significa que essa norma consiste na expressão de um dever: “A’ deve se comportar assim”.

As definições mais simples encontradas nas obras de Kelsen identificam a NF com o postulado do conteúdo do dever ser da norma: é aquela que estabelece que “deves obedecer os mandatos do Príncipe ou as leis do Estado” ou que se “deve se portar conforme ordena o órgão que instituiu a primeira Constituição” ou ainda que identifica a

norma fundamental com “aquela norma que prescreve que alguém deve conduzir-se da forma que ordenaram o indivíduo ou os indivíduos que instituíram a primeira Constituição”. A definição mais simples de todas é quando Kelsen diz que a norma fundamental é aquela que estabelece que “deve-se comportar como a Constituição prescreve”.

Por sua vez, nas definições mais complexas Kelsen faz menção de dois aspectos essenciais para, por um lado, poder identificar a norma fundamental, isto é, para diferenciá-la da ordem gratuita e arbitrária de alguém e, por outro lado, dotar a norma fundamental de uma característica básica a toda norma jurídica, qual seja, a de regular a coação. (AMADO, 1996, p. 12).

Esta norma fundamental, espinha dorsal da teoria kelseniana, é pressuposta, e diz que se deve agir em conformidade com a primeira Constituição historicamente posta. É portanto a norma fundamental que se realiza através da Constituição, que fornece simultaneamente validade e eficácia à ordem jurídica e às normas particulares. A inclusão do elemento eficácia no ordenamento jurídico busca tornar-se garantia de existência da norma fundamental. Ela só poderá existir se o ordenamento for eficaz em linhas gerais. Entretanto, ao introduzir a eficácia no contexto de elaboração da norma fundamental, Kelsen está delimitando a própria concepção de norma fundamental.

A norma fundamental não é uma norma que alguém estatui gratuita ou livremente, para justificar o mandato de obediência a um ordenamento qualquer, fruto de qualquer vontade. O que a norma fundamental faz é elevar à categoria jurídica o fático, à obrigação de futuro o que já opera como realidade passada ou presente, a dever jurídico o que já é pauta social de comportamento, seja qual for a via pela qual esta pauta foi imposta. (AMADO, 1996, p. 13).

A norma fundamental não faz parte do sistema jurídico positivo: ela é metajurídica. Em sendo metajurídica não é norma positiva, nem de direito natural. Aqui há um ponto obscuro ou mesmo frágil na argumentação de Kelsen. Na medida em que constrói sua teoria em contraposição ao jusnaturalismo, e por essa razão exige que toda e qualquer norma criada e assumida pelo ordenamento jurídico seja positivada, como logo a Norma Fundamental não o é? Constitui uma exceção ao ordenamento, algo pressuposto pelo pensamento jurídico, que está limitada pela validade do direito positivo. Nesse ponto, semelhantemente às normas de direito natural, difere-se na medida em que a “norma

fundamental do sistema jurídico positivo (...) não se compromete com nenhum gênero de conteúdos ou valores, o que lhe permite fundar a validade jurídica das normas do respectivo ordenamento qualquer que seja o seu teor material.” (AMADO, 1996, p. 31).

### **3.4.2. A eficácia e a validade da norma fundamental**

No parágrafo anterior dois novos elementos foram introduzidos: a validade e a eficácia quando, ao colocar que a Norma Fundamental se expressa através da Constituição historicamente posta, concretizando o dever ser da sociedade e com isso atribuindo à ordem jurídica simultaneamente validade e eficácia.

A Norma fundamental está condicionada pela eficácia do ordenamento jurídico cuja validade jurídica fundamenta. Duas grandes questões são necessárias para entender esta relação entre norma fundamental e eficácia, e como a validade das normas positivas repousa na norma fundamental. São elas: 1a.) com que argumentos Kelsen justifica essa vinculação entre a norma fundante e a efetividade do ordenamento positivo?; 2a.) a validade das normas positivas se fundamenta em última instância na eficácia do sistema? (AMADO, 1996, p. 59).

“Para Kelsen, pues, la norma fundamental transforma el poder en Derecho, pero no se identifica con el poder ni, por lo mismo, equipara sin más Derecho a poder. La validez jurídica es un plus que se añade al poder jurídico y merced al cual este poder cobra una naturaleza nueva como Derecho. La validez, en Kelsen, no proviene de la eficacia pero no se da sin eficacia, solo pueden ser consideradas valederas las normas eficaces.” (AMADO, 1996, p. 62).

A eficácia de uma ordem normativa é condição de sua validade, não sua validade. Aparentemente confusa, essa sentença pode ser expressa também da seguinte forma: uma ordem normativa só pode ser considerada válida se for eficaz, mas isso não quer dizer que a origem da validade da norma esteja na eficácia. Como Kelsen se sai, nessa confusão? Diferenciando condição de validade e fundamento de validade. A eficácia é condição de validade, mas o fundamento de validade das normas se encontra na norma fundamental. Na verdade, antes de se ter fixado o pressuposto da norma fundamental, já existem normas positivadas, já existe uma ordem coativa em funcionamento, mas não há ainda Direito. Enquanto não se tem pressuposto à norma fundamental, o que há é uma ordem puramente fática. Caso contrário, correria o risco de se estar admitindo como

fundamento de validade um conjunto de fatos, e não uma outra norma, que é o requisito de Kelsen. A norma básica constitui-se, portanto, no fundamento último de validade, e a eficácia não o pode ser, porque só uma norma pode cumprir esse papel. Com isso, é possível compreender que a eficácia consiste na outra face da norma fundamental. Para AMADO (1996, p. 65), esta construção teórica intenciona defender que a norma fundante não comporta condicionamentos valorativos ou elementos de justificação material ou de crítica da ordem positiva.<sup>11</sup>

A interrelação entre norma fundante e eficácia é imprescindível em Kelsen, na medida em que para a norma fundamental evita que o fundamento de uma ordem jurídica provenha de um fato (relembrando que o fundamento de validade, a norma fundamental em Kelsen não provém de uma hipótese jurídica, é dever ser e não ser). E, para a eficácia, impede que a moral se torne o elemento de condição para que ela seja válida.

A validade da norma é mais visível no caso da conduta ilegal. A validade de uma norma não implica que se siga sempre a conduta que prescreve, mas sim que essa norma possui caráter obrigatório. A questão da validade, de que uma norma seja tida como válida ou inválida, é facilmente compreendida ao se tratar das condutas ilegais. Dessa forma, torna-se impossível considerar válido o ordenamento não estatal de uma organização mafiosa, ao mesmo tempo que neste mesmo território está presente o ordenamento do Estado. Só um dos dois é válido. "... la condición de eficacia actúa como límite a la libre presuposición de la norma fundamental para el ordenamiento que se quiera, como ya hemos visto. Sin esa vinculación a la suprema efectividad cualquier poder podría verse como Derecho, con lo que desaparecería la posibilidad de distinguir objetivamente entre poder y Derecho, entre la orden de un gánster y la de um recaudador de impuestos." (AMADO, 1996, p. 67).

A norma fundamental é hipotética porque não é ditada por um legislador, mas pressuposta, e porque não é direito posto, mas sim pressuposto, sem querer ser redundante, pois que embasado num ato de pensamento de quem conhece o Direito como válido. E enquanto hipótese, não está suscetível de prova ou fundamentação jurídica.

Cabe agora identificar na construção teórica quem define a norma fundamental. Já foi visto que ela é pressuposta; a razão de sê-lo deve se ao fato de que, sem ela,

---

<sup>11</sup> Aqui, ainda uma vez, dever-se-ia voltar ao tema da "traição à Kant", antes mencionada.

desapareceria a especificidade de seu objeto, sua validade independente, bem como também seus caracteres de, por exemplo, unidade e ordem, positividade e soberania. A ciência jurídica não detém o monopólio da criação da norma fundamental. Se a ciência usa e descreve essa norma, ou a põe de manifesto como sempre operante, mas não a cria, a quem corresponde sua criação, quem a define originariamente? Quem pressupõe a Norma fundamental? Ninguém, pois ela é uma ficção, e como tal não contradiz a si mesma, mas à realidade. À sociedade, entretanto, é atribuído o papel de dar-lhe eficácia, na medida em que se depara com um determinado conjunto de normas tidas como juridicamente obrigatórias, e lhe dá eficácia, e em fazendo isso torna-a válida. Mas essa efetividade do direito, para AMADO (1996, p. 114), está condicionada: "el Derecho positivo (como ordenamiento puesto, al margen de que su contenido pueda coincidir con postulados religiosos, morales, etc., y al margen de que pueda ser derribado por una revolución que imponga otros contenidos, etc.) sólo puede ser efectivo cuando es tenido por el verdadero Derecho y acatado como tal en la sociedad y aplicado por los órganos encargados de su imposición en caso de desobediencia."

Dentro da hierarquia das leis, a validade de cada uma é assegurada pela imediatamente superior, e a validade de todas, pela norma fundamental que, assim como num passe de mágica, se valida por si mesma, ou, para usar a expressão de Kelsen, é globalmente eficaz. A validade das demais normas do ordenamento jurídico, portanto, deriva da norma fundamental, não de um fato, de um valor. A validade da norma fundamental, por sua vez, é algo hipotético: a norma é pressuposta e o é como válida. Só que essa validade não se constitui em algo gratuito e opcional, na medida em que se vincula com a eficácia. A validade exige que o Direito de um determinado ordenamento jurídico seja eficaz (importante lembrar: ainda que condicione a validade à eficácia, os termos não se constituem em sinônimos).

A validade do ordenamento jurídico é, no entender de Kelsen, relativa, na medida em que o conteúdo da norma fundamental é meramente formal. O mesmo não ocorre com os ordenamentos jurídicos nos quais o conteúdo da norma fundamental esteja ligado a valores materiais, a conteúdos que se pretendem absolutos. Com isso, o Direito Positivo, enquanto relativo, permite que esse sistema se adapte às mudanças temporais e espaciais. Este é um ponto importante, em virtude das implicações que provoca: a norma fundamental legitima tanto um sistema normativo de teor democrático quanto autoritário,

ou totalitário. Isso porque a norma fundamental muda quando há um golpe de Estado, ou uma revolução que provocam mudanças nos fundamentos do sistema normativo que venham a impor novos poderes. Muda, enfim, quando variam os conteúdos sociais de poder, quando se modifica o poder dominante de uma sociedade e seu modo de organizar a produção normativa.

Por trás da construção teórica da norma fundamental está a idéia dinâmica da lei hierarquicamente coerente, algo que foi rapidamente tratado na questão da validade: cada norma é tida como válida se está de acordo com uma norma diretamente superior, até chegar na primeira Constituição historicamente posta que, por sua vez, deve estar de acordo com a norma fundamental. A questão da hierarquia produziu uma diferenciação entre a criação da lei e sua aplicação nos sistemas jurídicos dos países da *civil law* e da *common law*. Nos primeiros, a lei passou a ser identificada com o direito como tal, enquanto que nos segundos a tendência tomou um caminho inverso: o direito passou a ser identificado com a decisão judicial. Considerando a ordem legal como um sistema hierárquico que culmina na norma superior – a norma fundamental – Kelsen renunciou à acentuada distinção entre a criação do direito e a sua aplicação.

### **3.4.3. A definição de Direito em Kelsen – a coerção como elemento diferenciador**

A preocupação de Kelsen, ao elaborar o conceito de Direito, reside no fato de evitar que ele tenha um determinado viés político, ou econômico, ou sociológico. Como o próprio autor afirma: “do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo”. (KELSEN, 1998, p. 13).

Motivado pela construção de um conceito avalorativo de Direito, Kelsen voltou-se para a possibilidade de encontrar algum elemento que fosse comum a todos os sistemas jurídicos em todos os tempos e lugares e em qualquer nível de desenvolvimento cultural. Na busca de uma concepção de direito universalmente científica e apolítica, identifica-se na obra de Kelsen a definição do Direito num sentido mais genérico, como um “ordenamento do comportamento humano” ou como uma “técnica específica de organização social”.

Qual o significado de 'ordem' para Kelsen, quando define o Direito como "ordem da conduta humana"? A dimensão de ordem passa a ser entendida como sistema de regras, enquanto conjunto de regras que possui uma unidade que lhe possibilita se tornar um sistema. Embora seja um conjunto de regras que sistematiza a conduta humana, não significa que apenas as atitudes humanas sejam passíveis de se transformarem em conteúdo da ordem jurídica.

Mas, conforme visto anteriormente, há algo nesse conjunto de regras que sistematizam a conduta humana que o diferencia de outros sistemas que visam a mesma coisa: a coerção. Está formulada aqui a definição kelseniana de Direito: o Direito é caracterizado como um conjunto sistematizado de técnicas coercitivas que organizam a conduta humana; é, portanto, uma ordem coativa que se expressa através da sanção. É uma ordem coativa na medida em que, de certa forma, impõe aos indivíduos um determinado comportamento. Em não se cumprindo este comportamento, a sanção é imposta através da privação da posse: através da extração de determinadas posses contra a vontade do indivíduo, cabendo, quando necessário, o emprego da força física.

Pergunta-se, então, por que o Direito, enquanto mera técnica de organização social que é, deve excluir alguns dos conceitos acima? Como o autor intenciona elaborar um conceito de Direito distinto do de justiça, ou seja, tendo em vista sua intenção de elaborar um determinado conceito de Direito, do Direito positivo, não estaria ele já optando por uma determinada concepção que, ao excluir o conceito de justiça, estaria agindo da mesma forma que a democracia e/ou o socialismo, que têm ambos cada qual o seu ideal específico de justiça, com sua concepção específica deste termo?

Para Kelsen, tais elementos são de tal forma pertinentes à elaboração do conceito de Direito que tornam possível a equiparação - guardadas as diferenças - entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje. Isso porque é uma "técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária". (KELSEN, 1998, p. 26).

Entretanto, existem alguns autores de abordagem mais sociológica<sup>12</sup> que contestam a inserção da coerção como elemento essencial do Direito. O argumento principal é que a motivação que leva os indivíduos a cumprir uma determinada ordem jurídica não é o medo

---

<sup>12</sup> Kelsen refere-se expressamente a estes autores em (1998, p. 31-33).

da punição mas outras razões (por vezes pessoais, em outras vezes morais, como, por exemplo o medo de, em não cumprindo a ordem estabelecida, tornarem-se desonestas). A alegação de Kelsen é que essa posição não está necessariamente em conflito com a doutrina que entende que a coerção é um elemento essencial ao Direito. Isso porque a doutrina que defende a coerção não o faz em referência à conduta dos indivíduos, mas sim devido à própria ordem jurídica que sustenta sanções e ao fazê-lo se diferencia das demais ordens sociais.

“O que distingue a ordem jurídica de todas as outras ordens sociais é o fato de que ela regula a conduta humana por meio de uma técnica específica. Se ignoramos esse elemento específico do Direito, se não concebemos o Direito como uma técnica social específica, se definimos o Direito simplesmente como ordem ou organização, e não como uma ordem coercitiva, então perdemos a possibilidade de diferenciar o Direito de outros fenômenos sociais, identificamos o Direito com a sociedade e a sociologia do Direito com a sociologia geral.” (KELSEN, 1998, p. 32).

A relação existente entre o delito e a sanção, Kelsen denomina imputação. A imputação não conota a relação entre uma pessoa e sua ação, mas sim a relação entre a sanção e essa ação. Kelsen rechaçou a estendida idéia de que o homem está sujeito a uma ordem jurídica ou moral porque sua vontade livre lhe permite romper a cadeia da causalidade e estabelecer uma nova cadeia de conduta. A conduta humana é determinada causalmente, não é livre. Se a ordem legal cumpre essa função, os homens querem fazer o que legalmente devem fazer, e assim sua vontade serve de causa a suas ações em harmonia com o direito. Kelsen rechaçou também a habitual formulação segundo a qual o homem é imputável (ou legalmente responsável) porque é livre, e a substituiu pela fórmula contrária: o homem é livre porque é ‘imputável’, porque pode atribuir a suas ações conseqüências legais (crimes ou castigos).

### **3.5. Revisando os pontos principais**

Se por um lado a proposta kelseniana de democracia centraliza-se nas questões jurídicas e define-se a partir das regras estabelecidas na ordem jurídica maior de um país, por outro lado nem a definição de Democracia parece estar satisfeita apenas no âmbito jurídico, nem tampouco o próprio Direito é apenas jurídico, como foi possível de verificar nas exposições feitas ao longo do capítulo dois. As análises teóricas acerca da construção

e consolidação da democracia feitas no item 2.2 evidenciam a importância de se tratar aspectos outros que não apenas o jurídico, ao levar em conta se um país é ou não democrático. Além disso, as decisões proferidas pelo STF – expostas no segundo capítulo – também evidenciaram a presença de elementos não-jurídicos motivando os juízos dos ministros, os quais deveriam, enquanto representantes daquele que é o órgão máximo do Judiciário brasileiro, restringir suas decisões à mera aplicação do Direito – enquanto um conjunto sistematizado de técnicas específicas que regulam a conduta humana através do uso da sanção – que emana da Carta Política e das legislações inferiores, sem que para isso haja interferência de suas ideologias. A reflexão conjunta dos capítulos permite questionar os pressupostos a partir dos quais a proposta de democracia elaborada por Kelsen é construída.

Se o Brasil é uma “democracia kelseniana” ou não, é algo um tanto quanto complicado de responder, pela própria caracterização inicial exposta pelo autor: democrático é aquela forma de Estado na qual os sujeitos participam do processo de criação da ordem jurídica e, por essa razão, a vontade representada na ordem jurídica do Estado é igual às vontades dos sujeitos. Foi visto no segundo capítulo que o processo de formação do ordenamento jurídico brasileiro que viria a estabelecer uma ‘nova’ ordem jurídica não se revelou tão democrático assim, aos olhos de Kelsen: participaram dele membros não eleitos pela população. Por outro lado, se for aplicado o raciocínio kelseniano de construção da ordem jurídica de um Estado, a partir da norma fundamental, tem-se que a norma hipotética fundamental determina que uma ordem jurídica se origina com a primeira Constituição historicamente posta, histórica aqui não no sentido temporal, da História, mas sim no sentido kelseniano, a partir das normas positivas criadas a partir de uma revolução da ordem jurídica. No caso do Brasil, essa ‘revolução’ da ordem jurídica ocorreu com o Ato Institucional no. 5, de 1968<sup>13</sup>, transformando-o em seu fundamento de validade, pois é nele que a ordem jurídica anterior é quebrada. Ou seja, é com ele que se quebram as normas jurídicas previstas na Constituição Federal de 1946.

No raciocínio kelseniano deve-se buscar o fundamento de validade da Carta de 1988. Aparentemente os fatos políticos levam a crer que a Carta de 1988 estabeleceu um novo regime no país. Entretanto, o fundamento de validade, a norma que validou a criação

---

<sup>13</sup> Exercício teórico extraído de COELHO (1997, p. 31).

da Assembléia Nacional Constituinte encontra-se na Emenda Constitucional n. 26, de 1985, que por sua vez nada mais era que a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que , promulgada por uma junta militar à Constituição de 1967, reformulado pelo Ato Institucional nº 5' (AI-5), do qual se origina, finalmente, o fundamento de validade de todas as outras normas subseqüentes. Quer dizer, a junta militar estava legitimada pelo AI-5 a promover emendas, na medida em que o AI-5 centralizava no Executivo todos os poderes legislativos e, nesse caso, decretando o recesso do Congresso Nacional brasileiro à época.

Um aspecto que permite verificar a presença desse problema é o caso do líder. Os parâmetros formais estabelecidos pela Constituição brasileira limitam o mandato do chefe do Executivo a um determinado período (art. 82, CF88), e fazem o mesmo com sua competência (art. 84, CF88). Só que, na prática, essa competência não é tão limitada assim. Isso porque o chefe do Executivo no Brasil utiliza com certa freqüência e grande habilidade um instituto previsto pela Constituição (e já abordado no item 2.4.2.3 do segundo capítulo): a medida provisória. A prática da medida provisória é adotada no Brasil pelo chefe do Executivo muito além dos limites previstos pela Carta, tornando impossível afirmar que a Constituição possa, a partir dos critérios previstos, definir um regime político de um determinado país. No Brasil é possível verificar a presença do elemento autocrático nas decisões e construções legislativas feitas. Além de adotar o critério da representatividade, tem no Congresso Nacional um poder que atua de forma a delegar para o Executivo seu papel de legislador – e que tem sido submetido a estudos rigorosos na Ciência Política atual.

Os direitos de voto são bem abrangentes no Brasil, conforme estabelece a Carta Magna<sup>14</sup>: Se por um lado é um exercício obrigatório e, nesse ponto, permite questionar a liberdade do indivíduo, por outro lado, procura abranger a todos os cidadãos, excluídos somente os menores de 16 anos. Quanto ao estabelecimento de diferentes critérios para adotar a proporção estabelecida entre o número de votantes e o número de delegados a serem eleitos que também contribui para fragilizar o regime democrático kelseniano, o Brasil, para a composição do Senado Federal, por exemplo, adota o critério menos

---

<sup>14</sup> “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

favorecido, o majoritário. Nesse caso, não importa o número de votantes de cada Estado da Federação que o número de cadeiras disponíveis nessa câmara será sempre três<sup>15</sup>.

O tipo de regime que um país adota também deve ser levado em conta. Foi visto que regimes como a monarquia constitucional e a república presidencialista, mesmo que devam ser tratadas como democracias, são democracias nas quais o elemento autocrático está fortemente presente. O Brasil adota a república presidencialista.

Um último ponto que cabe ser tratado aqui diz respeito à categoria 'segurança jurídica', tratada nos textos de Kelsen e apresentada neste capítulo. A maneira como essa categoria é tratada pelo teórico do formalismo jurídico parece aproximar-se bastante do teor dispensado pelo Banco Mundial à mesma – levantando indícios de um discurso que apenas se atualiza, sem provocar mudanças expressivas. Na proposta voltada ao Judiciário latino-americano – analisada no primeiro capítulo – foi possível verificar que, se por um lado, o Banco Mundial trata a segurança jurídica como condição essencial para a construção de um regime democrático, por outro lado ele tende a esconder a sua verdadeira função: adequar-se de forma conveniente a interesses desse novo modelo de Judiciário, cuja finalidade expressa é garantir um tipo determinado de desenvolvimento econômico. De modo um pouco mais cru, pode-se dizer que é em nome dessa mesma segurança jurídica que ocorrem julgamentos como o de Eldorado dos Carajás: sua eficácia está em convencer a sociedade de sua presença nas decisões judiciais, de forma que a sociedade a preveja em futuras decisões. O cidadão deve saber de antemão o que esperar caso recorra aos tribunais. E aqui é possível buscar ANDRADE (1997, p. 309) – tratada no primeiro capítulo – e afirmar que na promessa de efetividade da segurança jurídica está contida a sua instrumentalidade relativa, de uma eficácia invertida, revelando por dentro do seu aparente fracasso o sucesso de um Direito que se mantém intacto contra mais de um século de crises e problemas.

---

<sup>15</sup> Estabelece o art. 46, § 1, da Constituição Federal de 1988: “Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. § 1o. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na década de 80 e início dos anos 90 assistimos a importantes alterações na configuração política mundial, com o fim de quase todos os regimes autoritários na América Latina e a desintegração quase que completa do 'bloco socialista' na Europa. Apesar das diferenças existentes entre essas duas alterações, há que se reconhecer que elas propiciaram (ou mesmo se identificaram com) a expansão do neoliberalismo econômico. Os termos desse acordo, as reformas institucionais propostas – uma delas aqui trabalhada, a reforma do Judiciário, mas não apenas ela – têm impacto direto nas instituições político-jurídicas estabelecidas na Modernidade, impacto este exposto em diversos pontos do trabalho.

A implementação das reformas, ao invés de provocar o enfraquecimento do Estado nação, exigiu deste último expressiva mobilização. Através de novos arranjos constitucionais, diversos países da América Latina garantiram aos líderes governamentais mecanismos legais para adotar decisões de modo discricionário e unilateral, oferecendo a autonomia necessária para iniciar as reformas e dar continuidade a elas. O resultado imediato foi o aumento extraordinário na produção normativa, frente à necessidade de se regular as novas situações provocadas pela globalização e pelas reformas econômicas liberalizantes.

O excesso normativo, somado a outros fatores, vem contribuindo para o desgaste do Judiciário nesses países. Pesquisas apresentadas ao longo dessa dissertação indicam um expressivo descrédito nessa instituição. O Banco Mundial propõe então uma reforma, visando construir um Judiciário que propicie o desenvolvimento econômico do país. Seus lemas e bandeiras são conhecidos. Tornar o sistema da Justiça mais rápido, com menos recurso, nos casos que envolvam resolução de conflitos entre contratos e direitos de propriedade. Construir uma Justiça que ofereça segurança e confiabilidade para... os acionistas e credores do país, enfim, para o mercado.

É o que os documentos do Banco Mundial sustentam. Assim como o fenômeno do mercado necessita de um novo Judiciário, o fenômeno da democracia também demanda um novo Judiciário, pois novos agentes clamam por maior direito de acesso à Justiça. Do que foi exposto até agora, como ter noção da extensão em que as providências por eles sugeridas ampliam os direitos das minorias sociais na mesma proporção que os direitos

do mercado? Se no âmbito do discurso há a defesa dos excluídos, na medida em que a reforma prevê a ampliação do acesso à justiça, uma análise mais atenta da proposta aponta para outras pretensões. Primeiro, deve-se estranhar a expressiva ausência de qualquer proposta voltada à melhoria no Sistema Carcerário desses países; o Direito Penal não é tema de nenhuma proposta específica. Por outro lado, as propostas apresentadas caminham no sentido da não utilização do Judiciário para a resolução de conflitos de diversas ordens, através da valorização das formas alternativas de resolução de conflitos. Em que medida se pretende realmente ampliar esse acesso à Justiça se o que a reforma propõe é exatamente a privatização dela? Se o que se tem oferecido como solução para o Judiciário é, afinal de contas, *não acioná-lo*, estimulando e fortalecendo as formas alternativas de resolução de conflitos?

Nesse sentido, as propostas elencadas no Capítulo 1 parecem ir ao encontro da hipótese explorada, no sentido de confirmar que, muito embora o Banco Mundial *declare* que pretende ampliar o acesso da população a uma justiça mais rápida, veloz e ágil para a garantia, por fim, de bens jurídicos universais, criando um Judiciário que forneça decisões mais previsíveis e uniformes, parece legítimo deduzir das suas práticas e programas uma *outra intenção*: a de dar continuidade a uma estrutura de poder que garanta a manutenção do modo de produção capitalista.

Se a proposta do Banco Mundial defende a reestruturação do Judiciário em nome da consolidação da democracia e do fortalecimento do Estado de Direito, as questões apresentadas no Capítulo 2 indicam algo diferente: a implementação das reformas econômicas liberalizantes demandam por um Judiciário que atue no sentido contrário ao estabelecido pelas normas constitucionais do país. Um Judiciário que desrespeite ou pelo menos “contorne” o Estado de Direito e as normas vigentes é primordial para a implementação das reformas pregadas pelo Banco Mundial. Ainda que pretensiosa e peremptória em demasia, essa afirmação é pertinente à atuação do STF nos casos de alienação de empresas públicas no Brasil, apresentadas ao longo do referido capítulo. Os elementos que temos em mãos e procuramos exibir neste trabalho indicam que é bem possível e mesmo provável que as chamadas reformas de terceira geração dificilmente teriam sido implementadas no país, caso o STF tivesse criado algum tipo de obstáculo.

Papel importante no processo de reforma do Estado tem o Poder Executivo. Sustentado legalmente pela Carta Política de 1988 - através do instituto da Medida

Provisória – e institucionalmente pelos poderes Legislativo e Judiciário, em nome da garantia do desenvolvimento econômico, o Executivo vem assumindo ao longo da década de 90 parte das funções até então detidas no Legislativo e no Judiciário. É o Executivo quem exerce simultaneamente um papel controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador.<sup>1</sup> Legislativo e Judiciário, por sua vez, longe de se constituírem nos freios e contrapesos da celebrada teoria de Montesquieu, comportam-se de maneira apática e resignada. Essa aparente submissão possibilita questionar se a eles – Legislativo e Judiciário – também não seria mais apropriada a produção rápida e eficaz promovida pelo Executivo via MP. No caso do Legislativo, tal interrogante vem sendo objeto de diversos estudos em andamento na Ciência Política brasileira. No Judiciário, um estudo desse porte seria necessário.

As reflexões feitas no Capítulo 2 permitiram verificar que, no que diz respeito às alienações de empresas públicas no Brasil, o Judiciário, na figura do STF, tem contribuído de forma negativa no auxílio à consolidação democrática, seja retirando da sociedade civil o direito a denunciar o não cumprimento das regras constitucionais, como no caso dos Decretos, ou - nos casos em que a procura se materializa - adotando critérios no mínimo subjetivos do que sejam as entidades de classe, provocando uma redução na parcela de grupos da sociedade civil que procurem a tutela jurisdicional do Estado, ou não se comprometendo com o processo em curso<sup>2</sup>. Todos esses posicionamentos revelam uma mesma finalidade: dar continuidade à implementação das reformas liberalizantes – no caso estudado, aquelas destinadas à privatização de empresas públicas. Para isso utilizam a produção de técnicas jurídicas elaboradas, adotando uma linguagem rigorosa e depurada que sugere a supremacia do Direito em nome dos princípios estabelecidos na Constituição brasileira, quando na verdade o que está em jogo é, cada vez com maior evidência, a preservação de um determinado grupo econômico no poder.

---

<sup>1</sup> No novo arranjo institucional elaborado, por exemplo, é o Executivo quem detém o controle sobre as Agências Reguladoras de: Águas (aprovada a sua criação pelo Plenário em 19.01.00, estará ligada ao Ministério do Meio Ambiente), Correios, Energia Elétrica, Petróleo, Saúde (ligada ao Ministério da Saúde e à Superintendência de Seguros Privados – Susep; Lei 9656/98), Telecomunicações, e Transporte. Em geral são autarquias sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, mas sempre vinculadas a algum Ministério.

<sup>2</sup> Importante acrescentar que há nos juízos de primeiro grau uma conduta diferente da que aqui caracteriza o Supremo Tribunal Federal; têm esses juízos, em geral, um maior respeito à legalidade e um maior comprometimento com o cidadão.

Proteger os princípios previstos na Constituição é tarefa atribuída ao STF, Corte Constitucional brasileira (ainda que uma Corte um tanto quanto peculiar, na medida em que acumula outros cargos não característicos das Cortes Constitucionais). Essa estrutura hierarquizada do Direito brasileiro deve muito àquele que pode ser considerado um dos mais influentes juristas do século XX: Hans Kelsen. Mas o que foi apresentado aqui foi um Kelsen político, ou melhor uma proposta jurídica de um regime político feito por Kelsen e que no Direito brasileiro discute-se pouco. O ponto de partida da proposta feita por Kelsen é a Carta Magna de um país: a maneira como essa carta foi elaborada determina, na sua origem, um Estado democrático ou autoritário. Como a perspectiva kelseniana de democracia parte do grau de participação dos sujeitos na construção da nova ordem jurídica, o fato de terem participado senadores oriundos do regime militar na Assembléia Nacional Constituinte que elaborou a Carta de 1988 é, por si só, um elemento complicador na busca de uma definição. Somado a isso, o exercício apresentado permitiu verificar que do ponto de vista da teoria pura kelseniana, o fundamento de validade da Constituição Federal de 1988 – tida por todos como o marco de um novo regime político no país – encontra-se no Ato Institucional n. 5, de 1968.

O problema da proposta kelseniana de democracia, entretanto, encontra-se no fato de se restringir às regras jurídicas, excluindo do processo de construção de um regime Democrático critérios outros, como os levantados no Capítulo 2. O desgaste da proposta kelseniana, marcada pela pureza da norma, como premissa básica (o Direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma, não como fato social ou valor transcendental, como visto no terceiro capítulo) traz à tona as polêmicas que sempre envolveram sua elaboração teórica. As decisões proferidas pelo STF apontaram em diversos momentos a presença de elementos valorativos, determinantes, inclusive das decisões de alguns dos ministros. Se por um lado, as reflexões feita possibilitam, no mínimo, questionar os pressupostos a partir dos quais a proposta de democracia elaborada por Kelsen é construída, por outro lado importa registrar que, ao fazer do fenômeno jurídico mera forma normativa, Kelsen – acusado diversas vezes de reducionista – não negava as diversas faces do fenômeno Direito, mas apenas sustentava a escolha de um critério que coubesse ao jurista, pretendendo, com isso, atribuir ao Direito caráter científico.

Conforme dito anteriormente, não há pretensão de responder a todas as indagação acima, no âmbito dessa dissertação. As afirmações aqui feitas, se por um lado mostram

alguns aspectos da fragilidade das instituições brasileiras, por outro lado revelam a importância do Judiciário como agente na construção da democracia. Se existem deficiências nessa democracia, existe também espaço para que ela seja desenvolvida, reinventada e reformada. E espaços como este pretendem contribuir para a consolidação e o *fortalecimento* das instituições democráticas, na medida em que denunciam essas fragilidades, buscando com isso não o efeito direto e imediato que as críticas podem tantas vezes provocar - como o de confirmar o descrédito dessas instituições - mas o de agregar elementos importantes para a construção de democracias sólidas. Este sim, é o propósito final deste trabalho, nas modestas dimensões  *finais* de suas grandiosas intenções  *iniciais*. Resta porém acrescentar, como uma sorte de justificativa pelo menos pessoal, que sem estas últimas talvez não houvesse energia para concretizar as primeiras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **DOCUMENTOS**

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 50/DF. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Julgada em: 24.05.1989.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 485/DF. Relator: Ministro Célio Borja. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Julgada em: 16.05.1991.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 126/RO. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Requerente: Governador do Estado de Roraima. Julgada em: 29.08.1991.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 562/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Julgada em: 04.09.1991.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 605/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgada em: 23.10.1991.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 504/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Requerente: ABRAPP. Julgada em: 18.12.1991.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 586/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Requerente: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Julgada em: 08.10.1992.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1047/AL. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Requerente: Procurador Geral da República. Julgada em: 25.03.1994.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1066/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgada em: 11.05.1994.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no.1078/RJ. Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgada em: 15.06.1994.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1111/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgada em: 31.08.1994.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 234/RJ. Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Julgada em: 22.06.1995.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade, Questão de Ordem no. 234/RJ. Relator: Ministro Néri da Silveira. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Julgada em: 04.10.1995.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança no. 22493/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: Consórcio TRANSCON/AMURADA. Julgada em: 26.09.1996.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança no. 22509/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: International Brasil Export S/A. Julgada em: 26.09.1996.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1509/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas. Julgada em: 06.11.1996.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Petição no. 1282/RJ. Relator: Ministro Sydney Sanches. Agravante: Alexandre Otávio de Araújo Lima. Julgada em: 26.05.1997.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Mandado de Segurança no. 22829/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Agravante: Nilmário de Miranda. Julgada em: 01.08.1997.

## **JORNAIS**

FOLHA DE SÃO PAULO. *STF derruba Bolsa e faz dólar subir*. 01.10.1999, p. 2-1.

FOLHA DE SÃO PAULO. 03.10.99, p. 1-6.

FOLHA DE SÃO PAULO. *STF e EUA deixam mercado nervoso*. 14.04.2000, , p. 2-10.

FOLHA DE SÃO PAULO. *União 'emperra' STF com causas perdidas*. 24.12.1996. p. 1-8.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *A Justiça no limite do impossível*. 22.04.1998. Extraída do site do Estado: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br).

O ESTADO DE SÃO PAULO. *92% dos brasileiros consideram a Justiça lenta*. 24.03.1999. Extraída do site do Estado: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br).

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Derrota do governo no STF abala mercados*. 01.10.1999. p. B-1.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Supremo deve manter decisão de corrigir FGTS*. 15.04.2000. p. B-7.

## **LIVROS**

AMADO, Juan Antonio García. *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP: Sumaré: FAPESP: EDUC, 1997.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Constituição Federal vista pelo STF*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. 20a. ed.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Unb, 1997. 4a. Ed.
- \_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.
- BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. (Eds.). *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*. Washington, D.C.: World Bank, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1997. 2a. Ed.
- CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 4a. ed.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DIAS, Floriano Aguiar. (Org.). *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: Implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FELIPPE, Márcio Sotelo. *Razão Jurídica e Dignidade Humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. (Org.). *Constituição Federal de 1988, atualizada pelas Emendas Constitucionais Nos. 25 e 26 de 2000*. Campinas, SP: Mizuno, 2000.
- HAGGARD, Stephan, KAUFMAN, Robert. *The Political Economy of Democratic Transition*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 1995.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KREBS, Fernando Aurvalle (ed.). *A Reforma do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999.
- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America and Post-Communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996a.
- LINZ, Juan J., STEPAN, Alfred. *A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999.

- MAINWARING, Scott. *Democracy in Brazil in the Southern Cone: Achievements and Problems*. Mimeo. University of Notre Dame. Kellogg Institute. Working Paper #2. Project Latin America 2000 Series. 1994.
- MAINWARING, Scott, SHUGART, Matthew S. (Ed.). *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização: Modernismo e Ideologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. RJ: Forense, 1982.
- MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *Oxford Dictionary of Law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1997. 4a. ed.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1995a.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995b. 20a. ed.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomos I, II e III*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- ROWAT, Malcolm, MALIK, Walled H., DAKOLIAS, Maria. *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*. Washington, D.C.: World Bank, 1995. World Bank Technical Paper Number 280.
- SILLS, David L. (ed.) *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Aguilar. Vol. 6. Verbete: Kelsen, Hans. P. 409-413.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. 16a. ed.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- THEODORO Jr., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 2a. ed.
- VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 3a. ed.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- WORLD BANK. *World Development Report 1998/99*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

### **ARTIGOS E MONOGRAFIAS**

- ARANTES, Rogério Bastos, KERCHE, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*. IN: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, Julho de 1999. No. 54. p. 27-41.

- BARROSO, Pécio Henrique. *Constituinte e Constituição: Participação Popular e Eficácia Constitucional (1987-1997)*. Florianópolis, SC, Pós Graduação em Direito/UFSC, 1997. Dissertação de Mestrado.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. IN: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, 1997. Vol. 12. No. 34. Junho. P. 147-156.
- FIORI, José Luís. A governabilidade democrática na nova ordem econômica. IN: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, Novembro de 1995. No. 43. P. 157-172.
- \_\_\_\_\_. *Os Moedeiros Falsos*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia Industrial, 1995.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O Poder Judiciário no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KAUFMAN, Robert R. Liberalization and Democratization in South America: Perspectives from the 1970s. IN: O'DONNELL, Guillermo, SCHMITTER, Philippe C., WHITEHEAD, Laurence (Eds.). *Transitions from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986. P. 85-107.
- KOERNER, Andrei. O Debate sobre a Reforma do Judiciário. IN: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, Julho de 1999. No. 54. P. 11-26.
- LINZ, Juan J., STEPAN, Alfred. Toward Consolidated Democracies. IN: *Journal of Democracy*. April 1996b. Vol. 07. NO. 02. Johns Hopkins University Press. Baltimore, MD. P. 14-33.
- MAINWARING, Scott. Brazil: Weak Parties, Feckless Democracy. IN: MAINWARING, Scott, SCULLY, Timothy R. *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*. Stanford, CA: Stanford Univ. Press. 1995. P. 354-398.
- MARCH, James G., OLSEN, Johan P. The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. IN: *American Political Science Review*. N 78. September 1984.
- MONTERO, Alfred P. *Devolving Democracy? Political Decentralization and the New Brazilian Federalism*. Paper apresentado na Conferência "Descentralization, Equity and Local Development: Brazil and Beyond", Columbia University, 03/April/99.
- O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? IN: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, 1991. No. 31. Outubro. P. 25-40.
- \_\_\_\_\_. Transitions, Continuities and Paradoxes. IN: O'DONNELL, Guillermo, VALENZUELA, Arturo e MAINWARING, Scott (Ed.). *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspectives*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1992. p. 17-56.
- \_\_\_\_\_. Sobre o Estado, a Democratização e alguns problemas conceituais. IN: *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, Julho de 1993. No. 36. P. 123-145.
- \_\_\_\_\_. Illusions about consolidation. IN: *Journal of Democracy*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, April 1996. Vol. 07. No. 02. P. 34-51.
- SKIDMORE, Thomas E. A lenta via brasileira para a democratização: 1974-1985. IN: STEPAN, Alfred (Org.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. P. 27-81.

- STEPAN, Alfred. State Power and the Strength of Civil Society in the Southern Cone of Latin America. IN: EVANS, Peter B., RUESCHEMEYER, Dietrich, SKOCPOL, Theda (Eds.). *Bringing the State Back In*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. P. 317-343.
- STEPAN, Alfred, SKACH, Cindy. Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism. IN: *World Politics*. Vol. 46. October, 1993.
- TORRE, Juan Carlos. O Encaminhamento Político das Reformas. IN: *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. 1996. N. 37. p. 57-76.
- TURA, Marco Antônio Ribeiro. *Caos Institucional e Autocratização Social: considerações sócio-jurídicas sobre o governo de Fernando Henrique Cardoso no período de 1995 a 1996*. Florianópolis, SC: Pós Graduação em Direito/UFSC, 1998. Dissertação de Mestrado.

### **ENDEREÇOS VIRTUAIS ACESSADOS**

Associação dos Magistrados Brasileiros: [www.amb.com.br](http://www.amb.com.br)

Banco Mundial: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

Câmara dos Deputados : [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)

Conselho da Justiça Federal : [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br)

O Estado de São Paulo: [www2.estado.com.br](http://www2.estado.com.br)

Ministério da Justiça: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)

Ordem dos Advogados de São Paulo: [www.oab-sp.org.br](http://www.oab-sp.org.br)  
(noticias apresentadas por ordem cronologica:)

*Carlos Velloso rebate opinião dos que são contra a independência do Judiciário.* Fonte: STF. 30/07/99;

*Banco de Dados do Poder Judiciário começa a funcionar na segunda feira.* Fonte: STF. 06/08/99;

*Presidente do STJ defende reforma, mas se opõe ao controle externo.* Fonte: STJ. 13/08/99;

*Sávio de Figueiredo defende mudança na seleção de juiz.* Fonte: STJ. 19.08.99;

*Desembargadores defendem aprovação imediata da reforma do Judiciário.* Fonte: STJ. 26/08/99;

*Presidente do STJ dá início à 'Política de Qualidade' no Tribunal.* Fonte: STJ. 03.09.99;

*Antônio Carlos Magalhães defende controle externo do Judiciário.* Fonte: Senado Federal. 14/09/99;

*Avanço na reforma do Judiciário – Avaliação da OAB/SP.* Fonte: Assessoria de Imprensa da OAB/SP. 16/09/99;

*STJ firma acordo com o Banco do Brasil para projeto de Qualidade.* Fonte: STJ. 29.09.99;

*Reforma do Judiciário é aprovada em 2º turno.* Fonte: Câmara Federal. 01/06/00;

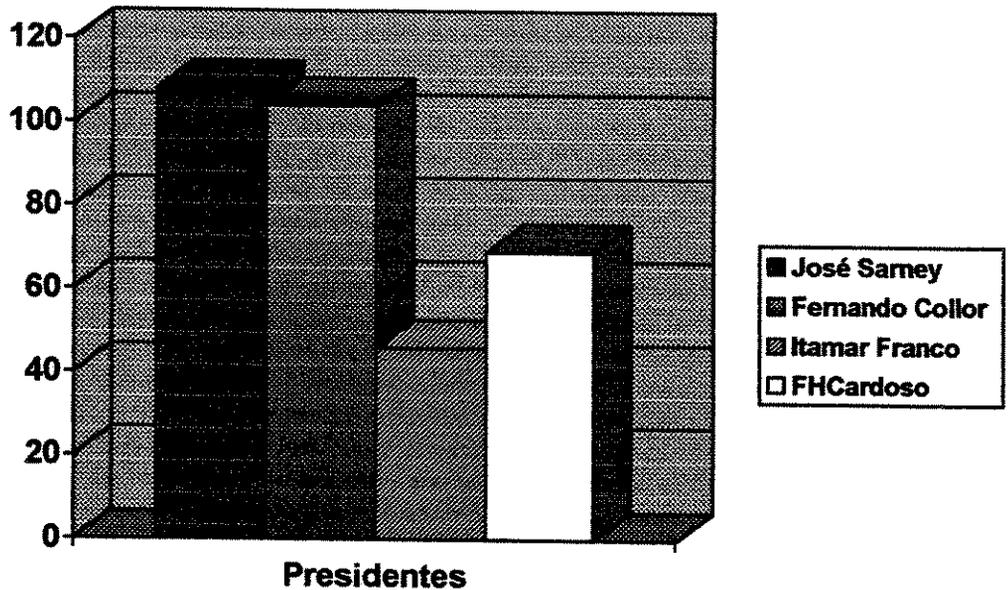
Senado Federal: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

**Anexo 01**  
**Gráficos sobre a relação entre**  
**Legislativo e Executivo entre 1988-1996**

Gráfico 01

---

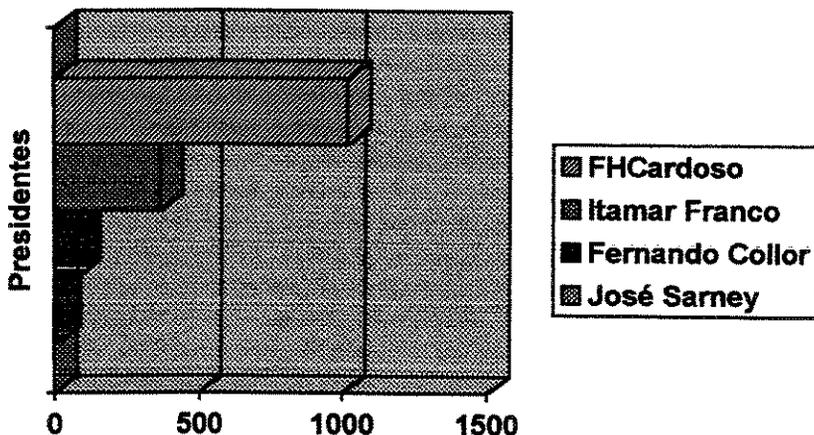
**Medidas Provisórias Editadas por cada Presidente civil, entre os anos 1988-1996**


Fonte: TURA, 1998, p. 55.

---

Gráfico 02

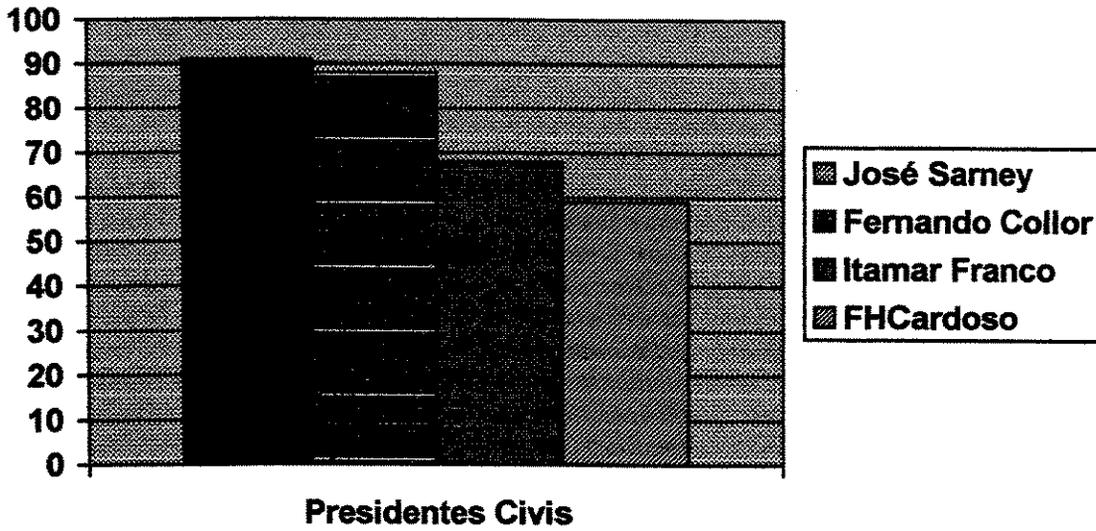
---

**Medidas Provisórias Reeditadas por cada Presidente civil, entre os anos 1988-1996**


Fonte: TURA, 1998, p. 58.

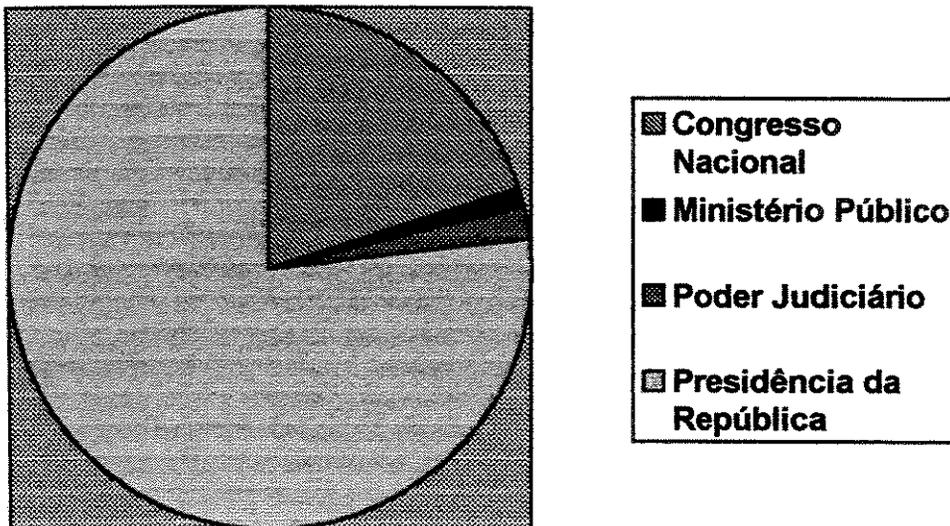
---

Gráfico 03

**Medidas Provisórias Convertidas em Lei por Presidente civil, entre 1988-1996**


Fonte: TURA, 1998, p. 63.

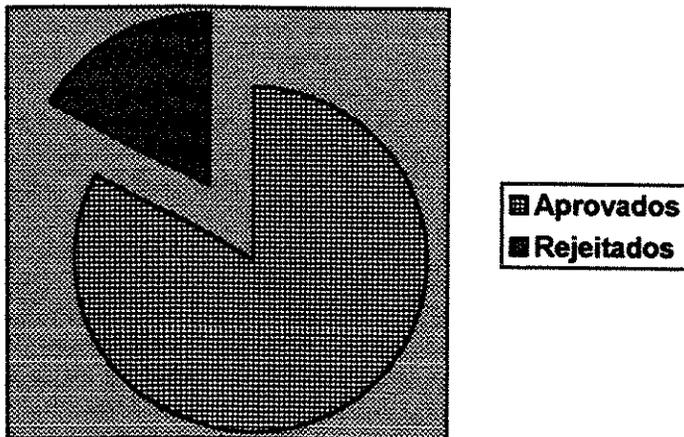
Gráfico 04

**Origem dos projetos e propostas aprovados pelo Congresso Nacional (1995-1996)**


Fonte: TURA, 1998, p. 72.

Gráfico 05

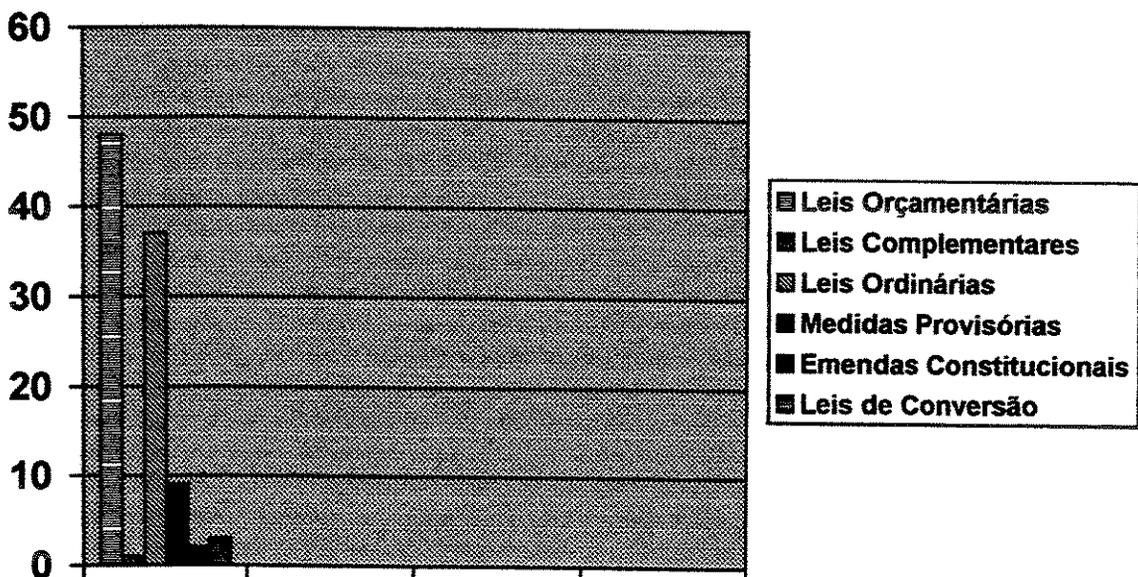
### Índice de Aprovação dos projetos e propostas do Poder Executivo no Congresso Nacional entre os anos de 1995-1996



Fonte: TURA, 1998, p. 73.

Gráfico 06

### Normas aprovadas pelo Congresso Nacional durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso entre os anos de 1995-1996



Fonte: TURA, 1998, p. 66.

## **Anexo 02**

### **Resumo das decisões proferida pelo STF nas privatizações**

**Caso 01**

---

Adin 50/DF (Medida Cautelar em Adin) - Requerente: Partido dos Trabalhadores – Relator: Ministro Octávio Gallotti – Julgado em 24.05.1989 – Decisão: Indeferida MC por unanimidade de votos.

---

O Partido dos Trabalhadores entrou com a Adin 50/DF, em que solicita a inconstitucionalidade dos Decr. 95.886 de 29/03/88 e das Resoluções nº 03 de 16/08/88 e nº 28 de 24/01/89 do CFD (Conselho Federal de Desestatização), na medida em que são incompatíveis com o art. 173 da CF-88. O problema, alega o PT, reside no fato de que tais normas teriam se tornado ineficazes diante do advento da CF-88, art. 173; entendem que o Poder Executivo encontra-se impedido de promover a privatização de empresas estatais até a regulamentação por lei, do art. 173. Apontam, também, a falta de publicidade da aprovação do projeto, somada à falta de autorização dos acionistas das sociedades controladoras e da inoperância dos atos relativos a avaliação, auditoria, fixação de preço mínimo e pré-qualificação dos candidatos à compra da empresa na Medida Cautelar. A Medida Cautelar (MC) solicitava a suspensão do leilão da empresa “Forjas Acesita S.A.” até o julgamento da presente ação.

O STF indeferiu a MC por unanimidade de votos, alegando que o Decreto e as Resoluções são típicos atos de administração, não cabendo no âmbito da Adin (art. 102, I, “a”, CF-88), que deve julgar atos normativos federais ou estaduais.

**Caso 02**

---

Adin 485/DF (Medida Cautelar em Adin) – Requerente: Partido Socialista Brasileiro – Ministro Relator: Célio Borja – Julgado em 16.05.1991 – Decisão: Extinto o processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, CPC), prejudicado o requerimento da MC, por unanimidade de votos.

---

O PSB alega inconstitucionalidade do art. 4, inc. IV; art. 9, inc. XII e XIII e art. 19, inc. I e II, do Decreto 99.463 de 16.08.90, que afrontam os incisos XIX e XX do art. 37 e § 1o., do art. 68 da CF-88. O problema está, para o PSB, no fato de que o Legislativo em nenhum momento delegou ao Executivo poderes para elaborar leis pertinentes à privatização ou desestatização, não tendo validade os decretos acima listados.

O STF decidiu pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Isso porque a Lei 8031/90 não só autoriza a privatização de empresas,

como ainda define o que seja privatizar e com isso regulariza a situação dos decretos, não sendo mais pertinente o pedido formulado pelo PSB.

### **Caso 03**

---

Adin 126/RO - Requerente: Governador do Estado de Rondônia – Ministro Relator: Otávio Gallotti – Julgado em 29.08.1991 – Decisão: Procedente em parte e nessa parte julgado inconstitucional o art. 32, “caput” e Parágrafo Único da ADCT e o art. 266 da CE-RO por unanimidade de votos.

---

O Governador do Estado de Rondônia alegou a inconstitucionalidade 1) do art. 32 na medida em que ele lhe tira a competência de transformar cargos públicos, prevista nos arts. 61, § 1, inc. II, “a” e 84, III e XXV, da CF-88. Aquele confere ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos; e este, atribuição para prover e extinguir cargos públicos federais, na forma da lei. Esta em discussão aqui a privatização dos serviços notariais e de registros – os cartórios.

O STF entendeu que o artigo 32 era inconstitucional, julgando nessa parte improcedente a ação.

### **Caso 04**

---

Adin 562/DF (MC em Adin) - Requerente: Partido Socialista Brasileiro – Ministro Relator: Ilmar Galvão – Julgado em 04.09.1991 – Decisão: Indeferida MC por maioria dos votos. Vencidos: Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

---

O PSB alega que os arts. 2, 4, 6, 7, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 25 e 27 da Lei 8031/90 são inconstitucionais pelas seguintes razões: 1) estabelecem um princípio geral de privatização, no qual não diferencia empresas estatais criadas pelo Estado, via ato normativo, e empresas implementadas pela iniciativa privada e posteriormente absorvidas pela União; 2) se é necessária autorização legislativa para criar empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, bem como também subsidiárias dessas entidades (art. 37, XIX e XX, CF-88), é também necessária autorização legislativa específica para extinção, liquidação, dissolução ou alienação do controle estatal desses entes públicos. A Lei 8.031, ao estabelecer um princípio geral, autoriza de forma genérica os requisitos vistos; 3) o desmantelamento da estrutura do

Estado, permitido pela Lei 8031/90 poderá vir a prejudicar a capacidade de atuação do Poder Público na economia, ferindo a possibilidade de redução de desigualdades regionais (art. 3, CF-88) e tornando vulnerável o princípio da soberania nacional na ordem econômica (art. 170, CF-88); 4) houve usurpação dos Ministérios (arts. 84, II e 87, I e II, CF-88) ao delegar os poderes para a Comissão Nacional de Desestatização e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), para alienar empresas vinculadas à supervisão ministerial sem seu conhecimento e, por fim, usurpação de competência do Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 74, II, CF-88) na medida em que a Lei 8031/90, em seu art. 25, determina que a auditoria seja feita por auditores externos, do Fundo Nacional de Desestatização. Como entrou com Medida Cautelar, solicitou que a eficácia dos mencionados artigos sejam suspensas para manter o processo de privatização paralisado até a decisão final da ação.

O STF entendeu que não constitui objeto da ação a política desestatizante do governo, a circunstância de haver nela sido envolvida essa ou aquela empresa, nem tampouco os valores eventualmente fixados para a transferência de mão, de controles acionários ou acervos patrimoniais. Cabe ao STF tão somente examinar a Lei 8031/9, para então verificar se os artigos aludidos são inconstitucionais ou não. Tendo em vista que o STF está nesse caso analisando a MC, e a ela que eles irão se deter. Reconhece que somente o segundo argumento do PSB é procedente (vale dizer, cabe ser analisada pelo STF), inexistindo procedência nos demais. Nesse caso, tendo em vista que a privatização foi regulamentada por lei geral e não particular, não se mostra incompatível com as normas constitucionais analisadas.

### **Caso 05**

---

Adin 605/DF (MC em Adin) - Requerente: Partido Democrático Trabalhista – Ministro Relator: Celso de Mello – Julgado em 23.10.1991 – Decisão: Indeferida MC por unanimidade dos votos.

---

O PDT solicita que o STF reconheça a inconstitucionalidade da MP 299/91, que determina como deve ser interpretado o art. 16 da Lei 8.031/90 (PND), alegando que quem é o intérprete é o Judiciário e a MP em questão infringe a harmonia e a independência entre os poderes.

O STF indeferiu a cautelar pois, ainda que tenha concordado que ao Judiciário caiba o papel de intérprete das leis, entendeu que não há infração jurídico-constitucional do Estado, mediante ato normativo próprio, determinar o sentido interpretativo de lei que ele mesmo editou (a Lei 8031 era medida provisória e foi posteriormente convertida em lei).

### **Caso 06**

---

Adin 504/DF (MC em Adin) - Requerente: Procurador Geral da República (representando a ABRAPP (Associação Brasileira de Entidades Fechadas de Previdência Privada) – Ministro Relator: Paulo Brossard – Julgado em 18.12.1991 – Decisão: Indeferida MC por maioria dos votos. Vencidos: Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard.

---

O Procurador Geral solicita a suspensão do art. 29, da Lei 8177 de 01.03.91, que estabelece regras para desindexar a economia, alegando ser incompatível com o art. 192, II e IV da CF-88. O que o art. 29 fez foi igualar as entidades de Previdência Privada – juntamente com as companhias seguradoras e as de capitalização – com as instituições financeiras e as instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, devendo agora, cumprir as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Para a ABRAPP esse artigo é incompatível com o 192, II e IV, CF-88, pois que o dispositivo constitucional prevê lei complementar para regular a estrutura e funcionamento do sistema financeiro nacional. E esse requisito formal não foi cumprido na Lei 8177/91.

O STF entendeu que, como não há perigo da demora na decisão de mérito a ser tomada, na ação principal, nem a ‘fumaça do bom direito’ (*periculum in mora* e *fumus boni juris*, os dois requisitos básicos para que seja concedida uma cautelar) não há porque deferir o pedido de cautelar. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard concederam a cautelar, pois entenderam que o perigo da demora é juízo de probabilidade e que, no caso, depende da vontade de uma autoridade administrativa. Para evitar que haja o revigoramento da obrigação temida, entendem necessário o deferimento da cautelar.

### **Caso 07**

---

Adin 587/AL (MC em Adin) – Requerente: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG) – Ministro Relator: Ilmar Galvão – Julgada em 08.10.1992 – Decisão: Prejudicado o pedido de MC, por unanimidade de votos (esse caso foi apreciado na Adin 562/DF – caso 04).

---

A ALMG alega inconstitucionais os arts. 2 e 4 do PND, na medida em que afrontam os incisos XIX e XX do art. 37, CF-88. Nos referidos incisos a CF trata do princípio da reserva legal, e expõe a necessidade de lei específica para que se crie empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública, bem como para a criação de subsidiárias das entidades mencionadas e para a participação de qualquer delas em empresa privada. Solicitam a Cautelar porque se encontra em pleno curso o processo de privatização da USIMINAS, o que poderá causar prejuízo de difícil reparação ao patrimônio público, caso tal empresa venha a ser alienada por valor inferior ao de mercado.

O STF considerou prejudicada a ação porque tais artigos já tinham sido apreciados na Adin 562/DF (caso 04).

### **Caso 08**

---

Adin 1047/AL (MC em Adin) – Requerente: Procurador-Geral da República – Ministro Relator: Sepúlveda Pertence – Julgado em 25.03.94 – Decisão: Deferimento da Cautelar, por unanimidade de votos, para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do art. 30 e seus incisos do ADCT da CEAL.

---

Aqui, como no caso 03, discute-se a privatização dos serviços notariais e de registros – os cartórios. Muito embora eles sejam exercidos por delegação do Poder Executivo a um ente privado, conforme prevê o art. 236 da CF-88, os §§ deste mesmo artigo prevêem lei que irá regulamentar esses serviços. Essa ação foi provocada pelo Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, pois o Governador daquele Estado desfez atos do referido Desembargador, transformando serventia oficializada em não oficializada ou de caráter privado, o que feriu totalmente a competência outorgada ao Poder Judiciário para organizar seus serviços auxiliares.

O STF entendeu que não se pode simplesmente privatizar tais serviços, na medida em que se estará infringindo o §3º do art. 236 da CF-88, que determina que o ingresso nesse tipo de atividade será feito por concurso público de provas e títulos. O art. 30 do ADCT da CEAL dispõe que até que entre em vigor lei prevista nos §§ do art. 236 da CF-88 serão mantidas as atuais serventias existentes no Estado, criar-se-á o Colégio Notarial e Registral (uma espécie de Associação Estadual dos Cartórios) com poder de fiscalizar e disciplinar os Cartórios, reconhecimento da condição de delegados aos que já estejam desempenhando tais funções há pelo menos três anos. Assim, há aqui o descumprimento

de diversos preceitos: a) não é possível simplesmente criar um Colégio Notarial, com amplos poderes frente aos cartórios, pois confronta com a natureza pública desses serviços. Além disso, conf. § 1º do art. 236, da CF-88, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar seus atos, o que será definido em lei a ser criada; b) não é pelo tempo de serviço que se reconhece um serviço de cartório, sendo necessário ser aprovado por concurso público de provas e títulos. Por essas razões pede pelo deferimento da cautelar, suspendendo os efeitos do art. 30 do ADCT da CE-AL, até o julgamento final da ação.

### **Caso 09**

---

Adin 1066/DF (MC em Adin) – Requerente: Partido Democrático Trabalhista – Ministro Relator: Néri da Silveira – Julgado em 11.05.94 – Decisão: Conhecida em parte da ação (*no que diz respeito à viabilidade de Adin contra MP*) e nessa parte indeferida a liminar, por unanimidade de votos.

---

O PDT solicita que o STF reconheça a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: a) art. 1º, MP 479 de 25.04.1994 – que altera artigos do PND; b) Decr. 427, de 16.01.92 c) Decr. 473 de 10.03.92; d) Decr. 572 de 22.06.92, todos concernentes ao PND (Lei 8.031/90), pois que infringem o art. 21, XI e XII da CF-88. Isso porque os dispositivos acima incluem no rol de empresas privatizáveis concessionárias de serviço público, que atuam em serviços estratégicos da economia nacional.

O STF entendeu que a alegação de inconstitucionalidade dos decretos não é válida, na medida em que decretos não são atos normativos, mas sim atos administrativos individuais e concretos, portanto, não contemplados na alínea “a” do inc. I do art. 102 da CF-88 (que permite a Adin contra lei ou ato normativo federal).

### **Caso 10**

---

Adin 1078/RJ (MC em Adin) – Requerente: Partido Democrático Trabalhista – Ministro Relator: Néri da Silveira – Julgada em 15.06.94 – Decisão: Conhecida em parte da ação (*no que diz respeito à viabilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra MP*) e nessa parte indeferida a liminar, por unanimidade de votos.

---

O PDT pede inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: a) art. 1º, MP 506 de 25.05.1994 (reedição da MP 479, 1994 estudada no caso 09); b) Decr. 427, de 16.01.92; c) Decr. 473 de 10.03.92; d) Decr. 572 de 22.06.92, todos concernentes ao PND (Lei

8.031/90), pois alega ofensa ao art. 21, XII, 171, II e 176, § 1º da CF-88. (Nesse ponto, está similar ao caso 09). Também requer inconstitucionalidade do art. 13, IV do PND, modificado pela MP 506, pois altera o percentual de participação das ações alienáveis de empresas estrangeiras.

No mesmo sentido alegado no caso 09, o STF entendeu que não cabe Adin contra Decretos, visto que não são atos normativos, mas sim atos administrativos individuais e concretos, portanto, não contemplados na alínea a do inc. I do art. 102 da CF-88 (que permite a Ação Direta de Inconstitucionalidade a lei ou ato normativo federal). No tocante ao art. 13, o STF se pronunciou da seguinte forma: como a redação do art. 13, IV é genérica, o Poder Executivo pode, em cada caso, determinar percentual menor das ações alienáveis a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, reconhecendo nesse ponto a pertinência da ação, mas indeferindo a cautelar por unanimidade de votos.

### **Caso 11**

---

Adin 1111/DF (MC em Adin) – Requerente: Partido Democrático Trabalhista – Ministro Relator: Néri da Silveira – Julgada em 31.08.94 – Decisão: Conhecida em parte da ação *(no que diz respeito a viabilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra MP)* e nessa parte indeferida a cautelar, por unanimidade de votos.

---

Aquí o PDT pede inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: a) MP 557, de 27.07.94, que reproduz MP 506/94, que por sua vez reproduz 479 de 25.04.1994; (e em todos estes casos altera dispositivos do PND); b) Decr. 427, de 16.01.92; c) Decr. 473 de 10.03.92; d) Decr. 572 de 22.06.92, todos concernentes ao PND (Lei 8.031/90). O PDT requer inconstitucionalidade da MP 557 – que altera dispositivos do PND – porque: 1) em seu art. 2º, § 3º, autoriza a venda de concessionárias que atuam em setores estratégicos da economia, afrontando o art. 21, XII, incisos de “a” a “f”, CF-88 e 2) porque em seu art. 13, IV, amplia a participação do capital estrangeiro para até 100% do capital votante “a alienação de ações de empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras poderá atingir cem por cento do valor do capital votante, salvo determinação expressa do Poder Executivo, que determine percentual inferior) alterando o conteúdo do mesmo artigo do PND. O PDT alega que, ao fazer isso, uma MP quebra com o princípio constitucional de hierarquia das leis.

O STF entendeu que, como o pedido de inconstitucionalidade dos Decr. 427, 473 e 572 já foi apreciado na Adin 1066/DF (caso 08), não conhece da ação nesse ponto. Reconhece o ponto que alega a inconstitucionalidade da MP, que não tinha sido analisada em ações anteriores. Da MP analisa dois pontos: 1) nova redação dada ao § 3º, art. 2º, PND: não suspende a vigência deste item e 2) nova redação do art. 13, IV, PND: como a redação é genérica, em cada caso o Executivo poderá estipular percentual menor. Logo, nada justifica o pedido da cautelar.

## Caso 12

---

Adin 234/RJ – Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro – Ministro Relator: Néri da Silveira – Julgada em 22.06.95 – Decisão: Procedente em parte a ação e nessa parte julgada a inconstitucionalidade dos arts. 99, inc. XXXIII e art. 69, Parágrafo Único, por unanimidade de votos. Por maioria de votos julgou procedente em parte o *caput* do art. 69. Vencidos: Maurício Corrêa e Marco Aurélio, que julgavam procedente *in totum* a ação.

---

O Governador do Estado do Rio de Janeiro solicita a inconstitucionalidade dos referidos artigos: a) Art. 69, Parágrafo Único, CE-RJ: permite alienação de ações com direito a voto das sociedades de economia mista, desde que mantido o controle acionário representado por 51% das ações; b) art. 99, XXXIII, CERJ: este inciso atribui à Assembléia Legislativa do RJ o direito exclusivo (“privativamente”) de autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado e dessa forma estaria ofendendo o art. 37, XIX da CF88, que prevê a participação do Executivo e do Legislativo na criação de empresas públicas.

O STF decidiu da seguinte forma: por unanimidade de votos, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e o Parágrafo Único do art. 69 da CE-RJ. No tocante ao *caput* do art. 69, houve uma certa polemica: ele exige autorização legislativa para alienação de ações de sociedade de economia mista pertencentes ao Estado. A maioria do STF, liderada por Néri da Silveira, entende que tal dispositivo não é inconstitucional se for interpretado de forma a não exigir a autorização legislativa nos casos em que a alienação de ações não importar perda do controle acionário de sociedade de economia mista, pelo Estado. Já Maurício Corrêa – vencido –

entendeu que também o *caput* é inconstitucional, pois, além de obsoleto, permite que sejam feitas alienações de empresas inteiramente deficitárias, mal administradas e onerosas. Marco Aurélio segue o voto de Maurício Corrêa.

### **Caso 13**

---

Adin 234/RJ (Questão de Ordem em Adin) – Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro – Ministro Relator: Néri da Silveira – Julgada em 04.10.95 – Decisão: Procedente em parte a ação, para retificar a parte final do acórdão da Adin 234 (caso 12), por unanimidade de votos.

---

Essa ação nada mais é do que um pedido de ratificação da decisão proferida na Adin anterior, para alterar a expressão “lei formal específica” pela expressão “lei formal genérica”. Dizia a decisão, na parte referida: “Por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao *caput* do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há fazer-se por lei formal específica, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista.”

### **Caso 14**

---

MS 22493/RJ – Requerente: Consórcio TRANSCON/AMURADA – Ministro Relator: Marco Aurélio – Julgada em 26.09.96 – Decisão: Por maioria dos votos, indeferir o MS e cassar a MC concedida. Vencidos: Marco Aurélio e Octávio Gallotti.

---

O Consórcio TRANSCON/AMURADA impetra Mandado de Segurança contra o Presidente da República, alegando que ele teria impedido a utilização irrestrita dos títulos securitizados denominados SUPR940901 para aquisição de ações, bens e direitos, principalmente quando da aquisição da Light (Empresa Pública de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro) – o Presidente da República estipulou em 30%, conforme o poder discricionário que possui, determinado pelo art. 16 do PND, alterado pela MP 1197 de 21.11.95. Como tinha feito acordo extrajudicial com a União que não previa limitação para usar tais ativos – acordo que foi homologado pelo STF em 19.12.95 – alega ter direito adquirido assegurado para utilizar tais ativos.

O STF entendeu que o Presidente da República dispõe de poder discricionário, por recomendação do CND, para estabelecer quantitativos em moeda corrente nacional e em

títulos da dívida pública que poderão ser utilizados nas licitações de estatais privatizáveis. Além disso, entendeu também que, como o acordo foi firmado em 11.12.95 e homologado pelo STF em 19.12.95, portanto, depois da edição da MP 1197 de 24.11.95, tem aplicação a Lei 8031/90 com a redação já dada pela MP 1197 e suas sucessivas reedições. Vencido Marco Aurélio deferiu o MS, pois o PND, antes da modificação da MP, não disporia sobre o limite de aproveitamento dos títulos e porque o acordo extrajudicial também não o previa. E o também vencido Octávio Gallotti deferiu o MS, na medida em que entendeu que como os títulos em questão foram emitidos para o cumprimento de uma decisão do STF, e como era um acordo que previa poder liberatório nos processos de desestatização, tais títulos devem ser aceitos.

### **Caso 15**

---

MS 22509/SP – Requerente: International Brasil Export S/A – Ministro Relator: Marco Aurélio – Julgada em 26.09.96 – Decisão: Por maioria dos votos, indeferir o MS e cassar a MC concedida. Vencidos: Marco Aurélio e Octávio Gallotti.

---

A International Brasil Export S/A impetra MS contra ato do Presidente da República que passou a aceitar somente moeda corrente no leilão de alienação das ações das Centrais Elétricas Brasileiras S/A (ELETROBRÁS) de emissão da Light Serviços de Eletricidade S/A. O MS visa garantir a decisão na Adin 381/RJ, julgada pelo STF. Naquela ação a impetrante teria formalizado acordo mediante o qual tornou-se cessionária de parte dos créditos.

O STF entende que não pode lei, decreto, instrução normativa ou ato regimental e muito menos acordo firmado entre partes superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, na medida em que atentam contra o princípio da isonomia, previsto no art. 37, XXI, CF-88. Mesmo posicionamento feito ao caso acima tiveram os ministros vencidos.

### **Caso 16**

---

Adin 1508/RJ – Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas – Ministro Relator: Marco Aurélio – Julgada em 06.11.96 – Decisão: Não conhecida a ação por falta de pertinência temática, por unanimidade de votos.

---

A Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas ajuizou ação alegando que na Lei 2470/95, em seu art. 3o., não observou o princípio da proporcionalidade constitucional, possibilitando com isso que o Chefe do Poder Executivo possa alienar qualquer empresa, mesmo quando inexistente o relevante interesse coletivo, ou o imperativo da ordem pública, presentes no julgamento da Adin 234 (caso 12).

O STF não conheceu da ação porque: 1) a requerente, enquanto Federação, não está incluída no rol do art. 103, CF-88, muito menos no seu inciso IX, pois que somente as confederações possuem tal legitimação. Não é também entidade de classe de âmbito nacional; 2) além da falta de legitimidade ativa, falta também a pertinência temática, tendo em vista que a Federação ataca interesses que não se relacionam diretamente com os citados trabalhadores, mas sim indiretos, tendo em vista a privatização.

### **Caso 17**

---

Ação Popular 1282/RJ (Agravo Regimental em AP) – Requerente: Alexandre Otávio de A. Lima – Ministro Relator: Sydney Sanches – Julgada em 26.05.97 – Decisão: Agravo Regimental improvido, por unanimidade de votos.

---

Como era Ação Popular (art. 5º, LXXIII, CF88), o STF alegou que não é competente originariamente para julgá-la. O STF não indicou quem é competente, sustentando que tal orientação venha a se transformar em norma orientadora para outros casos e assim fez porque não é obrigado pelo RISTF a indicar juízo competente, e nem tampouco esse é um caso de conflito de competência, caso que, aí sim, deveria ser obrigado a indicar.

### **Caso 18**

---

MS 22829/RJ (Agravo Regimental em MS) – Requerente: Nilmário Miranda – Ministro Relator: Ilmar Galvão – Julgada em 01.08.97 – Decisão: Agravo Regimental improvido, por unanimidade de votos.

---

O impetrante, Nilmário Miranda, Deputado Federal, entrou com MS visando impedir o leilão de privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

STF alegou ilegitimidade ativa do agravante tendo em vista que: a) agravante não está buscando direito individual seu; b) nem direito subjetivo público decorrente de participação na elaboração e votação de projeto de lei.

**Anexo 03**

**Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**

(artigos referidos ao longo da Dissertação)

**Art. 3o.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (...).

**Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

**Art. 21.** Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...).

*(XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos, c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres. Nova redação dada pela Emenda Constitucional no. 8, de 15 de agosto de 1995).*

**Art. 37.** A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

*(A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Nova redação dada pela Emenda Constitucional no. 19, de 1998).*

**Art. 46.** O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. § 1o. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

**Art. 61.** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (...).

**Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. **Parágrafo Único.** As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

**Art. 68.** As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. (...).

**Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. **Parágrafo Único.** Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

*(Parágrafo Único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou*

*pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Nova redação dada pela Emenda Constitucional no. 19 de 1998).*

**Art. 74.** Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. (..)

**Art. 82.** O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

**Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República: I – nomear e exonerar os Ministros de Estado; II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente; VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei; VII – manter relações com os Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio; X – decretar e executar a intervenção federal; (...) XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais na forma da lei; (...).

**Art. 87.** Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo Único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição: I – exercer orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; (...).

**Art. 99.** Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados

conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2o. O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados compete: I – no âmbito da União, aos Presidente do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; (...).

*(I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação Declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...).* Nova redação dada a esse inciso pela Emenda Constitucional no. 3, de 17 de março de 1993).

**Art. 103.** Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido nacional com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou o texto impugnado.

*(§ 4º. A ação declaratória de inconstitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional no. 3, de 17 de março de 1993).*

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

**Art. 171.** São consideradas: II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

*(Hoje revogado pela Emenda Constitucional no. 06, de 15 de agosto de 1995.)*

**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

**Art. 176.** As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

*(A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei que*

*estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. Nova redação dada pela Emenda Constitucional no. 6, de 15 de agosto de 1995).*

**Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; (...) IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas.

*(II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador. Nova redação dada pela Emenda Constitucional no. 13, de 21 de agosto de 1996).*

**Art. 236.** Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1o. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. (...) § 3o. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.