

## DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E PESSOAS PRIVADAS

(PASSADO, PRESENTE E FUTURO DE UMA PERENE TRANSFORMAÇÃO)\*

*Egon Bockmann Moreira\*\**

RESUMO: O Direito Administrativo brasileiro e sua relação com a economia estão passando por transformações radicais. Esse novo cenário exige a formulação de novas perguntas, que revelem a compreensão do que hoje de fato se passa no Direito brasileiro – sobretudo na integração público-privada.

ABSTRACT: The Brazilian Administrative Law and its relation with the economy are suffering dramatic changes. This new scenario demands new questions, which can reveal an understanding of what actually is happening today in Brazilian Law - especially in the public-private integration.

### INTRODUÇÃO

Logo ao início do século passado, em 1913 propriamente, L. DUGUIT lançou na

introdução de um de seus livros uma série de dúvidas que se tornaram célebres: “*Pourquoi étudier spécialement les transformations du droit public? Le droit, comme toutes les choses sociales, n’est-il pas en un état perpétuel de transformation? Toute étude scientifique du droit n’a-t-elle pas nécessairement pour objet l’évolution des institutions juridiques? Étudier les transformations du droit public, n’est-ce pas étudier tout simplement le droit public?*”<sup>1</sup>

Esse desafio acenava para a inutilidade de se investigar de forma autônoma algo que,

---

\* O presente texto foi a base da exposição do autor no “VII Encontro Cainã: o Direito e o futuro, o futuro do Direito”, realizado no Bussaco Palace Hotel, em Portugal, de 21 a 23 de janeiro de 2008. Agradeço em muito a honra do convite que me foi formulado pelo Professor Doutor Antônio José Avelãs Nunes. O texto é o resultado da consolidação das notas referentes a algumas palestras feitas pelo autor no segundo semestre de 2007. A decisão pela forma escrita deve-se sobretudo ao incentivo recebido do Professor Doutor Almiro do Couto e Silva, a quem agradeço pela gentil (e firme) recomendação de que eu transformasse algumas das notas em um artigo. Meu muito obrigado também às revisões feitas pelos amigos Andreia Cristina Bagatin, Bernardo Strobel Guimarães e Lauro Antonio Nogueira Soares Junior. Os erros, desvios e as omissões são de exclusiva responsabilidade do subscritor.

---

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>1</sup> *Les transformations du droit public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999 (reprod. da ed. de 1913), p. ix.

por si, só já era a principal característica dessa disciplina, quem sabe a sua própria razão de existir. Tão entranhado que é com o político (basta a lembrança às palavras de GOMES CANOTILHO, da Constituição como *o estatuto jurídico do político*), o Direito Público seria algo em constante transformação. Ora, se pesquisar as alterações significa simplesmente estudar a principal característica do Direito Público, para que se perder tempo e escrever um livro a respeito de algo que não possui dignidade científica? Não haveria aqui um problema de foco, de abordagem autônoma de algo por demais elementar? Talvez fosse mais fácil e prático deixar as mutações para os cientistas políticos ou sociólogos do Direito e reter o Direito Público como ele desde sempre se apresentou (nunca a mesma coisa).

Como se sabe, DUGUIT não ficou só na instigação. Segundo a sua tese, o Direito Público exigia essa investigação porque então passava por “transformações particularmente profundas e ativas”, reveladoras “de um período crítico”. Viviam-se um momento de alterações extraordinárias, que atingiam as raízes da disciplina. O sistema de Direito Público das nações ocidentais, estruturado em torno da soberania do Estado e do direito natural dos indivíduos (subjetivo e inalienável), era aquele construído pela Declaração dos Direitos de 1789. Essa concepção, “metafísica e individualista”, estava a ser trocada por um sistema jurídico “realista e socialista”, o qual suprimia a hierarquia entre os sujeitos e fazia com que o conceito de serviço público substituísse mesmo o de soberania. O serviço público, com caráter desenvolvimentista de integração nacional e bem-estar social, tornava-se a quintessência do Direito Público. Daí a

utilidade do estudo apurado da especificidade de tais transformações radicais, quase equivalentes à própria Revolução. Havia mudanças em certos temas que instalavam esse “período crítico”, as quais somente um observador atento detectaria, e fazia-se necessário cravar um ponto estático, um alfinete no mapa cronológico, estabelecendo o antes e o depois do Direito Público.

Mal sabia ele o que ainda estava por vir.

Quase um século depois, não só em França, mas também nos demais países influenciados pelo sistema francês de Direito Público, todos estão a passar por transformações ainda mais céleres e revolucionárias do que aquelas vivenciadas por DUGUIT. Alterações que não são periódicas nem sistemáticas nem circunscritas a um ou outro aspecto da disciplina e muito menos se submetem a juízos de probabilidade. As fronteiras estão a ser transpostas – importando, p. ex., a coabitação entre institutos típicos da *common law* em países cujos sistemas outrora lhes eram antagônicos (e vice-versa). Melhor dizendo: hoje, todo o Direito, Público e Privado, é objeto de sérias e constantes mutações – algumas simpáticas, outras nem tanto; algumas explícitas, outras imperceptíveis – muitas das quais incutem perplexidade nos aplicadores. Sem exagero, passa-se por um *continuum* de transformações esparsas e fragmentadas.

Como vivemos no olho desse furacão, é difícil compreender o que *efetivamente* nele se passa – o porquê e o para quê disso tudo, o seu começo e o seu fim (se é que este um dia existirá). O incontornável subjetivismo existencial, ao mesmo tempo em que torna parcial a interpretação, exige um esforço superlativo para tentar entender para onde

se vai. Isso num cenário que revela a pressa histórica; a mundialização dos temas culturais e econômicos; o *forum shopping* (e também o *legal shopping*); a aridez a que foi submetida a soberania dos Estados e, *last but not least*, a retirada do Poder Público de alguns setores relevantes e a sua ocupação por pessoas privadas (com tudo o que isso pressupõe e acarreta para o Direito Público).

Este acanhado ensaio colocará foco especial em algumas das transformações ora cotidianas e pretenderá alinhar o início de novas perguntas a ser feitas, sobretudo no cenário brasileiro. Guardadas as devidas proporções e contextualizações, parece que não só persistem os desafios instalados ao início do século passado, mas que a resposta para este século XXI é justamente a primeira das incitações postas por DUGUIT: hoje em dia, estudar o Direito Público é meramente estudar as transformações dele (num plano bastante mais amplo). O transcorrer de quase um século o consolidou com um núcleo duro dinâmico cuja metamorfose é constante. Há uma alteração de foco no objeto de investigação, pois se há algo de estável no Direito Público contemporâneo é a certeza da incontinência de suas mudanças.

Estamos portanto diante da necessária *redefinição das perguntas* a ser postas. Não porque as respostas tenham sido encontradas (ou sejam mais facilmente detectáveis com novas perguntas), mas sim porque o problema mudou, as dúvidas estão num outro plano e o objeto da investigação deve ser outro. Quem hoje se perguntar a respeito de se vale a pena estudar as transformações do Direito Público (ou, o que é pior, tentar impedi-las) perderá o seu tempo. Estará num momento lógico anterior ao exigido pelo tempo presente e

instalará um obstáculo desnecessário. De nada adianta falar em “crise” do Direito Público e de sua contingência, se em verdade esta é a sua estrutura atual. Não se trata de gostar desse novo paradigma, mas de tentar compreendê-lo (e quiçá transformá-lo). Aliás, e como o próprio DUGUIT esclareceu há quase cem anos atrás, a evolução não merece ser compreendida como algo que um dia chegará e tornar-se-á estanque e exaurida, como se algo pudesse interromper um processo histórico-dialético. Mas por ora não vale a pena adiantar algumas das considerações finais deste ensaio.

Em assim sendo, este texto não aspira a explicar esse fenômeno complexo, mas apenas a modestamente lançar luzes sobre um aspecto relevante – que aqui é tido como revelador de várias facetas do que hoje se vive. O eixo central da exposição está na habitualidade do estabelecimento e satisfação de políticas públicas por meio de pessoas privadas – as quais ocuparam o espaço vazio deixado pelo Poder Público – e em algumas das repercussões dessa constatação para o Direito Público. Ou melhor: uma vez que não há vácuo no poder (ou se o ocupa ou alguém já o ocupou), o que “era do”/“era o” Estado já foi preenchido. Isso exposto na condição de uma novidade estrutural no Direito Público (mais propriamente no Direito Administrativo) e nos limites da atribuição de tarefas públicas a particulares como uma das matrizes do desenvolvimento nacional. Ao que tudo indica, está em curso uma nem tão sutil mas muito profunda transformação nas relações público-privadas (sem que ela se apresente como consumativa).

Para além desta introdução, o texto é dividido em três partes: a *primeira*

trata da inconsistência *lato sensu* das políticas públicas brasileiras; a *segunda*, da configuração tradicional do Direito Público brasileiro (em face da economia e políticas públicas) e a *terceira* diz respeito às mutações do Direito Público e à participação das pessoas privadas nas políticas públicas desenvolvimentistas (o que isso significa e como se apresenta em termos de Direito Administrativo material, com um par de exemplos). Será proposta uma correlação dessas perspectivas, com dois objetivos: detectar uma explicação quanto ao passado e propor a respectiva dinâmica da transposição para o presente e futuro. Ao encerramento, serão apresentadas as considerações finais (*rectius*: algumas provocações).

## 1 A INCONSISTÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

1. Chega a ser um lugar-comum a afirmação de que o Brasil não dispõe de tradição em políticas públicas estáveis, compreendidas como o planejamento em longo prazo das ações estatais de estrutura. Embora seja maçante essa repetição, fato é que não se deu a consolidação funcional na ação do Estado para o desenvolvimento do País. O que desde sempre ocorreu foram medidas *ad hoc*, premidas pelos prazos das eleições. Situação hoje agravada pelos conflitos de personalidade entre os poderes constituídos (o Executivo a legislar “provisoriamente”; o Judiciário a estabelecer políticas públicas e a legislar; o Legislativo a julgar e a implementar as leis criadas pelo executivo). Uma visão otimista poderia descrever que isso vem aos poucos se alterando, com a preservação e o prestígio a diretrizes públicas ao longo do tempo. Mas infelizmente a compreensão

hodierna do que vem a ser política brasileira de desenvolvimento acaba por se tornar circunscrita a “subsídios tributários” e “guerras fiscais” entre os Estados-Membros (muitas delas postas por terra pelos governos subseqüentes ou mesmo pelo controle de constitucionalidade do STF<sup>2</sup>).

São escassos os exemplos históricos quanto a políticas de desenvolvimento em sentido próprio, sobretudo se examinados em termos de consistência para o longo prazo e seus balanços finais. Até a década de 1980, o País sobreviveu às custas de um programa de substituição de importações, depois sucedido por nada que se estendesse no tempo (e que houvesse sido implementado com esse desiderato). Nesse percurso, nem mesmo o “Plano de Metas” do Governo KUBITSCHKER alcançou homogeneidade: por um lado, limitou-se a implementar indústrias que aplicavam técnicas desenvolvidas no estrangeiro (sem capacidade de inovação<sup>3</sup>) e

---

<sup>2</sup> Há várias decisões que suspendem programas desencadeadores da “guerra fiscal” na federação (v.g., ADI-MC 3936-PR, Min. GILMAR MENDES, *DJ* 9.11.2007; ADI 3246-PA, Min. CARLOS BRITTO, *DJ* 1º.9.2006; ADI 1308-RS, Min. ELLEN GRACIE, *DJ* 4.6.2004).

<sup>3</sup> Como pontifica A. J. AVELÁS NUNES: “Quanto à penetração de tecnologia através de empresas multinacionais, é importante salientar que os empresários brasileiros sempre preferiram associar-se ao capital estrangeiro para obter a tecnologia de que careciam. O estado, por seu turno, nunca definiu uma política científica e tecnológica, nas universidades ou fora delas, tendo em vista as necessidades decorrentes da acumulação do capital e do desenvolvimento econômico num país como o Brasil e nunca pautou a sua presença e actuação no processo de acumulação capitalista no sentido de intervir como intermediário, na aquisição de tecnologia, entre o ‘capitalismo nacional’ e as multinacionais.” (*Industrialização e desenvolvimento: a economia política do ‘modelo brasileiro de desenvolvimento’.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 238-239).

se prestou a projetar a escalada da inflação; por outro, há quem afirme que nem sequer um planejamento *stricto sensu* ele chegou a configurar.<sup>4</sup>

2. A situação se agrava nos dias de hoje, sobremodo porque já se passou o tempo da cogitação a propósito de uma política industrial de “grandes projetos”, das “grandes empresas nacionais”. Mesmo no que respeita às subvenções, o que existe é uma ampla heterogeneidade dos objetivos e programas, conjugada com a especificidade das pesquisas científicas e respectivos mercados. Por exemplo, o Estado já não estimula a construção de uma ferrovia norte-sul, ligando toda a Nação, mas sim projetos de nanotecnologia, íntimos a certo setor de determinada indústria. A finalidade orienta-se a empreendimentos que podem desencadear grandes inovações tecnológico-industriais. Também por isso há uma preocupante ausência de homogeneidade nos programas de desenvolvimento.

A rigor, existe uma certa *confusão* no setor: misturam-se *políticas públicas* de desenvolvimento (plano macroeconômico de

longo prazo) com *negócios administrativos* do Estado (plano microeconômico de médio ou curto prazo). Não há nitidez que permita dissociar os planos. O que se agrava em decorrência da combinação de projetos heterogêneos com a falta de coordenação entre os executores (basta o exemplo das autoridades ambientais vs. as de política energética). A título de anunciar um planejamento arrojado, o governo leva à imprensa os contratos administrativos que pretende celebrar e os subsídios fiscais para o próximo exercício fiscal. Logo, não existe a política pública concebida como um *plano de longo prazo* com foco num determinado setor da economia *vital ao país* e em *toda a rede* a ele circundante. O que se dá é a divulgação de determinado *contrato público* ou certo *ato de regulação pública* da economia ou de medidas esparsas de *desoneração tributária*. Se há alguma articulação entre tais atos, é contingente e não um pressuposto formal/substancial para a sua implementação.<sup>5</sup>

Esse desvirtuamento de foco vem fazendo com que micro torne-se macro e o circunstancial, estrutural. Em decorrência, a visão macro e a concepção estruturalista de projetos perdem a sua razão de ser. Dá-se uma seqüência interminável de eventos desconectados entre si: onde está escrito “política pública” lê-se “empreitada de obra pública”, “concessão de serviços públicos” ou “empréstimo bancário”. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão tornou-se apenas um “Ministério do Orçamento”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Quanto à inflação, M. H. SIMONSEN, *30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: FGV, 1995, pp. 16-19; quanto à inexistência de planejamento, E. R. GRAU, *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978, p. 138 ss. A teorização jurídica a propósito de políticas públicas no Brasil pode ser vista em: F. K. COMPARATO, “Juízo de constitucionalidade de políticas públicas” (in C. A. BANDEIRA DE MELLO (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359); M. P. DALLARI BUCCI, *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; T. L. BREUS, *Políticas públicas no Estado constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; E. BOCKMANN MOREIRA, “Anotações sobre a História do direito econômico brasileiro (Parte II: 1956-1964)”, *RDPE* 11/121-143. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2005.

<sup>5</sup> A leitura do Plano de Aceleração de Crescimento do Governo federal confirma a tese. V. <http://www.brasil.gov.br/pac/>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

<sup>6</sup> Em tese, ao nível federal o órgão central é o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O que o Estado brasileiro tem proposto como política pública é uma seqüência de momentos desenvolvimentistas independentes, em velocidade e falta de conexão incompatíveis com o que se pode conceber como planejamento estatal da economia.

3. No entanto, isso não é novo (nem tampouco se poderia imputar responsabilidade a este ou a aquele Governo). Inclusive, é possível a cogitação a propósito de ser (ou não) esse o modelo próprio ao sistema capitalista contemporâneo, fragmentado e dinâmico, que não sobrevive sem o Estado, mas que dele se vale com outras técnicas. O ritmo imposto pela nova realidade mundial exige essa dúvida (não o conformismo, mas a consciência a respeito dela). Por isso que a tentativa de explicação (parcial) demanda a diminuição da abrangência da pesquisa e encaixa-se melhor na segunda parte desta exposição, que diz respeito ao modelo tradicional de Direito Público brasileiro e à antiga configuração (assim se espera) da economia brasileira.

## **2 O DESENVOLVIMENTO NACIONAL, AS INTEMPÉRIES ECONÔMICAS E O DIREITO PÚBLICO**

4. Até pouco tempo, Direito Público e desenvolvimento econômico eram temas

(setores) antagônicos em boa parte da academia brasileira, numa constante síndrome de tensão e disputa, com escassez de estudos abrangentes.<sup>7</sup> Os temas pertinentes à economia, dentre eles o desenvolvimento, eram tratados como secundários e (ou) irrelevantes. Sem dúvida, havia e há exceções, mas os motivos para essa dissociação são muito difíceis de estabelecer. Cinco apostas merecem ser colocadas em debate, todas simbióticas entre si.

4.1 A *primeira* diz respeito à superafetada influência kelseniana-normativista de boa parte dos juristas brasileiros, somada à formação francesa de significativa parcela de nossos publicistas. Ora, KELSEN publicou alguns de seus textos mais afamados ao início do século XX, praticamente no mesmo período em que se consolidou a primeira grande fase da escola francesa do Direito Administrativo. Contexto que trazia as repercussões do fim do século XIX. Essa combinação gerou uma estrutura normativa fechada e auto-suficiente para a compreensão do Direito Público, com lastro em modelos paradigmáticos que se pretendiam mundiais e atemporais. Ambos persistiram fortes quando menos até a década de 1980, com importantes reflexos na formação dos juristas brasileiros.<sup>8</sup>

---

Digo em tese porque quem estabelece e implementa as políticas públicas é sobretudo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com sucessivos presidentes de escolas e escopos diferenciados, além do Banco Central do Brasil (BACEN), com seu garrote rentista. Quem sabe um dia haverá participação da enigmática Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (Lei 11.080/2004 e Decreto 5.352/2005). Não sem uma pitada de ironia, permito-me chamar a atenção para o fato de que, também na esfera pública, são os bancos que definem a política brasileira.

---

<sup>7</sup> Salvo a memória falha, até o início da década de 1980 havia no Brasil só dois livros dedicados aos aspectos jurídicos do planejamento: E. R. GRAU, *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978, e W. P. ALBINO DE SOUZA (Org.), *Direito econômico do planejamento*. Belo Horizonte: Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

<sup>8</sup> Ressalve-se que não existe um levantamento estatístico, o que põe em xeque a assertiva, mas o estudo do Direito Público no Brasil é apto a gerar esse sentir (aliás, até pouco tempo era comum a assertiva jocosa

Assim, relevante parcela do Direito brasileiro foi concebida como um sistema fechado, imune e incomunicável com outras ciências sociais. As normas jurídicas eram o único tema sobre o qual o jurista deveria se debruçar; a economia era assunto dos economistas. As repercussões econômicas das normas e de sua aplicação eram assuntos impertinentes e irrelevantes para os juristas. Por outro lado, o Direito Público era aquele oriundo do longínquo Pacto de Westfalia, que firmou o Estado como o titular único dos assuntos públicos e o soberano representante da Nação (ao seu interno e para fora dela). A soberania estatal então concebida (consolidada nas revoluções burguesas do século XVIII) instalava esferas excludentes: *ou* o assunto era público *ou* era privado. Ao Estado cumpria exercer e fazer respeitar de forma coativa a ordem pública, em nome do interesse público por ele exclusivamente detido – que o transformava também em monolítica fonte normativa. Às pessoas privadas supostamente se garantia a liberdade, a individualidade e a autonomia para gerir os seus interesses pessoais – e só eles (patrimônio, contrato e família – esses eram os assuntos privados).

Como até meados do século passado o tempo demorava a transcorrer (não é devido a um descuido que se fala no “longo século

XIX”) e as distâncias eram muito maiores, essas perspectivas foram-se consolidando mais e mais, demorando a chegar e a passar, tal como camadas geodésicas que com o transcorrer dos anos se acomodam e firmam a base para as próximas gerações (de juristas e de disciplinas jurídicas).

4.2 Pois a *segunda proposta* está exatamente na juventude do Direito Econômico. Como descendente do Direito Administrativo, nasceu há pouco tempo na História e ainda não definiu com precisão os seus limites e o seu conteúdo. Não existem lindes perfeitos, mas sim a constante seqüência de expansões dilatadoras de seu espectro e respectivas retrações definidoras de uma disciplina em evolução. O Direito Público da Economia é um jovem pouco mais de meio século de existência – que gera intensos debates, inclusive quanto à sua denominação, autonomia e relações com as demais disciplinas jurídicas.

Refletindo tese de ampla aceitação, Comparato sintetizou a compreensão acerca da origem histórica do Direito Econômico como uma disciplina que nasceu depois da Primeira Guerra Mundial.<sup>9</sup> Situação acentuada pela Grande Depressão da década de 1930, em razão da qual: “A posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha razão de ser, desde o momento em

---

de que havia juristas brasileiros “mais kelsenianos que o próprio KELSEN”). Afinal, não foi por acaso que surgiram e assumiram a dimensão que hoje têm as teorias do “Direito Alternativo” e do “Neoconstitucionalismo”. Igualmente, não se tem a ousadia de imputar nada de mal a isso (ou de “errado”), mas se está apenas a tentar descrever um momento histórico com firmes reflexos na compreensão do papel do Estado e do Direito na economia. De mais a mais, o subscritor também bebeu e bebe naquelas fontes (o primeiro parágrafo deste ensaio prova demais).

---

<sup>9</sup> “O indispensável direito econômico.” RT 353/15. São Paulo: RT, 1965. No mesmo sentido: W. P. ALBINO DE SOUSA, *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 48 ss.; F. F. SCAFF, *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81 ss.; V. MOREIRA, *Economia e Constituição*. Coimbra: FDUC, 1970, p. 135 ss. Acerca do período anterior, v. A. DE LAUBADÈRE, *Direito público econômico*. Trad. M. T. COSTA. Coimbra: Almedina, 1985, p. 36 ss.



que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar no otimista 'laissez faire', ter-se-ia na prática um 'laissez ne pas faire'. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado."<sup>10</sup>

Com variações de Estado para Estado (regimes totalitários, regimes democráticos, fascismo, capitalismo liberal, socialismo etc.), só há pouco tempo a integralidade da economia tornou-se uma questão da política pública superior brasileira, instaurando-se também a planificação e o planejamento econômico. A intervenção estatal passou a envolver não só os sistemas tributário, financeiro e monetário, mas igualmente a participação direta, o planejamento, os incentivos, a fiscalização e o controle de toda (ou quase toda) a economia. De um mero espectador, alheio à dramaturgia econômica, o Estado tornou-se seu principal produtor, roteirista, diretor e ator. (Mas isso não persistiu, como será mais bem examinado abaixo.)

4.3. Neste ponto se pode passar ao *terceiro palpite* para a mútua exclusão acadêmica entre Direito e economia, que se refere à ilegitimidade da economia brasileira. Desde a década de 1930, com clímax nas de 1980 e 1990, o Brasil viveu os fenômenos da inflação (depreciação do poder aquisitivo da moeda combinada com alta contínua e substancial dos preços), estagflação (inflação simultânea ao aumento da taxa de desemprego) e hiperinflação (índices de inflação muito elevados e fora de controle). A rigor, a economia brasileira demonstrou que

equivocadas estavam algumas das premissas neoclássicas, pois a inflação deixou de ser um desvio circunstancial e passou a fazer parte da lógica interna ao sistema, no qual ela convivia com o desemprego crescente num mercado oligopolista, onde quanto menor o poder aquisitivo da população, maiores os custos automaticamente imputados aos produtos. O quadro era genuinamente caótico.<sup>11</sup>

Para se ter uma idéia da balbúrdia em que se vivia no auge dessa incompreensibilidade, de 1986 a 1992 o Produto Interno Bruto (PIB) teve a média de 0,6% ao ano (com 4,40% negativos em 1990). No período mais crítico, a inflação foi de: 65,00% (1986); 416,00% (1987); 1.038,00% (1988); 1.783,00% (1989); 1.476,71% (1990); 480,23% (1991); 1.157,84% (1992) e 2.708,17% (1993). O salário mínimo sofreu variação negativa de 18,50% em 1987 e 1993. A fatura dos

---

<sup>11</sup> Sobre a evolução e complexidade da economia brasileira, consulte-se: 1) para uma compreensão panorâmica, desde os albos da República até os dias de hoje: W. BAER, *A economia brasileira*. 2.ed. São Paulo: Nobel, 2002; M. DE PAIVA ABREU (Org.), *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989*. 16ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1990; 2) para o período de 1930 até o "milagre" e seus percalços: R. BIELSCHOWSKY, *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo, 1930-1964*. 4.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000; A. J. AVELÃS NUNES, *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do 'modelo brasileiro de desenvolvimento'*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; 3) a respeito da inflação e seus remédios amargos: M. H. SIMONSEN, *30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: FGV, 1995; F. LOPES, *Choque heterodoxo: combate à inflação e reforma monetária*. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1986; L. C. BRESSER-PEREIRA e Y. NAKANO, *Inflação e recessão: a teoria da inércia inflacionária*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1991; 4) sobre o passado e o futuro do "plano real": L. G. BELLUZZO e J. G. DE ALMEIDA, *Depois da queda: a economia brasileira da crise da dívida aos impasses do real*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

---

<sup>10</sup> F. K. COMPARATO, "O indispensável direito econômico." *RT* 353/16. São Paulo: RT, 1965.



excessos – públicos e privados – já não mais esperava o passar dos anos; os abusos do presente passaram a ser cobrados à vista (somados aos custos do passado).

Tome-se como exemplo os anos de 1992 e 1993. Respectivamente, o PIB foi de (-)0,90% e 4,92%; a inflação de 1.157,84% e 2.708,17%; o salário mínimo variou de 20,00% a (-)18,50%. Constata-se com facilidade quão inacessível era a economia brasileira, tornando proibitivo um planejamento econômico consistente (público ou privado). Nem mesmo as projeções mais conservadoras poderiam estimar os riscos numa economia cuja inflação ultrapassava os dois mil por cento ao ano. Viviam-se no reino das aplicações *overnight*. Assim, como pensar no longo prazo em termos jurídicos? De que maneira seria possível dedicar-se à compreensão jurídica dos fenômenos econômicos? Ora, se nem mesmo os economistas conseguiam interpretar esses hieróglifos estatísticos, o que se poderia exigir dos juristas?

4.4 Pois a *quarta aposta* é uma derivação das três anteriores: ela reside no relacionamento jurídico do Estado brasileiro com a economia. O modelo da intervenção direta (a gestão empresarial pública) foi instalado e consolidado a partir da década de 1930 e teve seu apogeu na de 1970. Boa parte dos principais setores da economia, tanto em volume de investimentos como em importância socioeconômica, eram de titularidade e administração públicas (petróleo, energia, telecomunicações, aço, portos, ferrovias, aeroportos, bancos etc.).<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Alguns poucos dados comprovam a tese: os investimentos de empresas públicas na formação total de capital eram de 10,3% em 1973 e aumentaram para

Deu-se um notório alargamento do espaço jurídico-econômico do Estado, que se espraiou até hoje tanto nos serviços públicos (que abrangem desde as ferrovias até a TV a cabo, passando pelas loterias) como nos monopólios legais (petróleo, energia radioativa) e nas atividades econômicas privadas (bancos, informática etc.).

Logo, há décadas o modelo jurídico-econômico é o de uma economia eminentemente pública, com os bens e fatores de produção de propriedade direta ou indireta do Estado (não obstante as Constituições celebrarem o sistema capitalista). O Poder Público domina a economia nacional de forma assistemática, mediante gestão e por meio de incentivos ou regulação (esta mais prestigiada a partir da década de 1990). Em economias como esta, pode-se dizer que algumas das principais questões são estatais *interna corporis*, máxime nos períodos de repressão.

---

quase 30% em 1976/77. Em 1974, mais de 39% dos ativos líquidos das maiores companhias pertenciam a empresas públicas. Percentual que aumentou para 48% em 1985 (com 43% de empresas privadas – os investimentos deveram-se aos empréstimos do BNDES no setor de bens de capital, com juros subsidiados – e 9% de multinacionais). Em 1985, os bancos estatais respondiam por 40% dos depósitos e 44% dos empréstimos comerciais (entre os 50 maiores bancos); os bancos de desenvolvimento respondiam por 70% dos empréstimos destinados a investimentos. Em 1990, as estatais representavam o seguinte faturamento entre as maiores companhias dos respectivos setores: serviços públicos, 100%; aço, 67%; químicos e petroquímicos, 67%; mineração, 60%; transporte, 35%; distribuição de gasolina, 32%; fertilizantes, 26%; equipamentos de transportes, 21%. Tudo isso sintetizado nesta frase: “Essa intervenção multifacetada do ‘Estado’ na economia não é monolítica, mas, na verdade, tem sido freqüentemente caracterizada por uma ausência de coordenação e comunicação entre as várias entidades envolvidas.” (W. BAER, *A economia brasileira*. 2.ed. São Paulo: Nobel, 2002, p. 297 – fonte dos dados acima transcritos).

Foram mais de 30 anos de ditadura militar, antecedida pelas caricaturas governamentais de Jango e Jânio, as quais repercutiram na prática os excessos de Vargas e Kubitschek. A *assimetria de informações* era brutal: o Estado possuía dados que as pessoas privadas (economistas ou juristas, tanto faz) não tinham acesso ou não conseguiam desvendar. Isso num cenário em que a aversão estatal ao planejamento de longo prazo era tratada com indiferença pelos juristas.

4.5. Por fim, e como *quinto indício* revelador da distância entre o estudo da economia e o do Direito, é de se mencionar o trauma causado pelos assim denominados “planos econômicos” (nenhum deles um plano em sentido estrito). Os principais foram batizados de “Cruzado”, “Bresser” e “Collor”. Em todos houve um entrechoque do jurídico com o econômico. Mal saído da ditadura, o País foi submetido a uma série de ações econômicas violentas por parte do Estado.

4.5.1. Em fevereiro de 1986, o “Plano Cruzado” instituiu o “cruzado” como moeda nacional. Deu-se o congelamento de preços, além da proibição de cláusulas contratuais de indexação. Não houve compensação pela perda da inflação (passada ou futura). Foi estabelecido um “fator de conversão” para a nova moeda e uma “deflação” dos pagamentos futuros, dando margem a uma série de litígios judiciais.<sup>13</sup> Tudo isso

---

<sup>13</sup> Uma rápida pesquisa é reveladora: só a expressão “plano cruzado” revelou 15 acórdãos no STF (<http://www.stf.gov.br>); 326 acórdãos no STJ (<http://www.stj.gov.br>); 689 acórdãos na jurisprudência unificada dos tribunais regionais federais (<http://www.jf.gov.br/juris/>); 403 acórdãos no TJSP ([www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)) e 219 acórdãos no TJPR ([www.tjpr.gov.br](http://www.tjpr.gov.br)). Acessos no dia 7 de janeiro de 2008.

recheado com aumento dos salários no setor público; prorrogação de medidas visando a resultados políticos (a composição da Assembléia Nacional Constituinte é devedora do congelamento de preços); subsídios e isenções; manipulação das taxas de *overnight* pelo Banco Central; transferência de renda para as empresas estatais; empréstimos compulsórios sobre combustíveis, compra de moeda estrangeira e passagens para o exterior; reajuste de preços públicos; aumento dos impostos indiretos etc.

O “plano” experimentou variações: ascensão com o “Cruzado” (queda da inflação até junho de 1986), declínio com o “Cruzadinho” (imobilidade do governo ante a escassez de produtos e agravamento das contas externas, até outubro de 1986) e morte com o “Cruzado II” (até junho de 1987, com retorno das taxas altas de inflação).<sup>14</sup>

4.5.2. Em junho de 1987, surgiu o “Plano Bresser”, que se apresentava como um algo híbrido (ortodoxo e heterodoxo) e também teve duas fases: a primeira, com o congelamento seguido da flexibilização (julho a dezembro de 1987), e a segunda (janeiro a dezembro de 1988), voltando à ortodoxia. Ao final de 1988, a economia matava a saudade da hiperinflação. Apesar de os preços terem sido congelados, antes disso houve aumentos para aqueles públicos e administrados (eletricidade, leite, telefone, aço, pão e combustíveis). O plano pôs foco

---

<sup>14</sup> E. MONDIANO, “A ópera dos três cruzados: 1985-1989”, in M. DE PAIVA ABREU (Org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989*. 16ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 360.

primário na preocupação com o déficit público (o que contribuiu para seu o malogro, pois os gastos do governo só aumentaram).<sup>15</sup>

4.5.3. Logo ao seu início, em 1990 o governo COLLOR promoveu o “Plano Collor” (ou “Brasil Novo”), que teve como notas principais: *a*) conversão da moeda nacional; *b*) congelamento de preços e salários; *c*) retenção de ativos depositados em instituições financeiras (80% de todos os que ultrapassassem os cinquenta mil cruzados novos); *d*) indexação de impostos (para afastar o *efeito Tanzi*) e cobrança do IOF sobre ativos financeiros; *e*) aumento dos preços dos serviços públicos; *f*) eliminação de incentivos fiscais, liberação do câmbio e extinção de órgãos públicos. Elevando à máxima potência as concepções monetaristas, deu-se a supressão da moeda circulante. Sem liquidez, as taxas de inflação baixaram – mas o mesmo se deu com a atividade industrial, o comércio, os salários ... Ou seja, se nos planos anteriores o congelamento foi parte substantiva, no “Plano Collor I, o congelamento foi adjetivo. O que derrubou a inflação, num primeiro momento, foi a brutal redução de liquidez resultante do confisco e seqüestro de 75% dos ativos financeiros em poder do público.”<sup>16</sup>

Além disso, houve uma alteração do índice para cálculo da correção monetária (conhecida como “expurgo”), que deu início

<sup>15</sup> Também aqui se faz menção a uma rápida pesquisa: o “plano Bresser” revelou 157 acórdãos no STF (<http://www.stf.gov.br>); 633 acórdãos no STJ (<http://www.stj.gov.br>); 1.057 acórdãos na jurisprudência unificada dos tribunais regionais federais (<http://www.jf.gov.br/juris/>); 1.505 acórdãos no TJSP ([www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)) e 208 acórdãos no TJPR ([www.tjpr.gov.br](http://www.tjpr.gov.br)). Acessos no dia 7 de janeiro de 2008.

<sup>16</sup> M. H. SIMONSEN, *30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: FGV, 1995, p. 107.

a mais uma enxurrada de ações judiciais.<sup>17-18</sup> Em 1991, deu-se o “Plano Collor II”, felizmente sem maior peso na História.

4.5.4. Foram mais de cinco anos de intenso descontrolado da economia unido a reiteradas medidas de choque – que produziam por pouquíssimo tempo os efeitos esperados e, devido à ausência de um planejamento de maior consistência, desmoralizavam-se e pioravam ainda mais a economia nacional.

Todas essas providências geraram forte reação no mundo do Direito. Além de a economia estar em convulsão, houve uma série de *normas jurídicas* baixadas unilateralmente pelo Governo federal (sob a forma de Decretos-lei ao tempo da EC

<sup>17</sup> A análise jurídica do “plano Collor” pode ser vista em: F. K. COMPARATO, “Recolhimento forçado, ao Banco Central, de saldos de contas bancárias”, in \_\_\_\_\_, *Direito público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 179-193; G. F. MENDES, “A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada ‘retenção dos ativos financeiros’ (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)”, *RDA* 186/26-92. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1991; D. F. MOREIRA NETO, “A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo”, *Revista de Informação Legislativa* 108/49-66. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1990; L. C. STURZENEGGER, “Expurgo da correção monetária no Plano Collor e situação dos mutuários”, *RDB* 1/85-93. São Paulo: RT, jan./abr. 1998. Para um exame quanto à constitucionalidade das variações dos índices de correção monetária, direito adquirido e respectiva jurisprudência temática, v. C. A. BANDEIRA DE MELLO, “Contrato administrativo – direito ao equilíbrio econômico-financeiro – reajustes contratuais e os planos Cruzado e Bresser”, *RDP* 90/98-110. São Paulo: RT, abr./jun. 1989; T. A. ZAVASCKI, “Planos econômicos, direito adquirido e FGTS” *RTDP* 22/64-76. São Paulo: Malheiros, 1998, e L. R. BARROSO, “Crise econômica e direito constitucional”, *RTDP* 6/32-63. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>18</sup> Em breve pesquisa, o “plano Collor” revelou 225 acórdãos no STF (<http://www.stf.gov.br>); 1.472 acórdãos no STJ (<http://www.stj.gov.br>); 4.413 acórdãos na jurisprudência unificada dos tribunais regionais federais (<http://www.jf.gov.br/juris/>); 1.849 acórdãos no TJSP ([www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)) e 295 acórdãos no TJPR ([www.tjpr.gov.br](http://www.tjpr.gov.br)). Acessos no dia 7 de janeiro de 2008.

n.º 1/1969 e, a partir de outubro de 1988, na condição de Medidas Provisórias – sem se falar nos decretos, portarias e instruções normativas), muitas das quais modificando contratos e vínculos estatutários. As técnicas e os modelos jurídicos de que se valiam os choques econômicos prestavam-se a instalar conflitos com os temas mais caros ao constitucionalismo (estabilidade e segurança; separação dos poderes; limites ao exercício do poder público; devido processo legal; ato jurídico perfeito e direito adquirido; liberdade de empresa; direito de propriedade; vedação ao confisco etc.). Não era de se admirar que o estudo dos fenômenos econômicos criasse repulsa aos juristas.

5. Em suma, o que se pretende com a conjugação das cinco apostas acima é um esboço da compreensão em torno da qual o tradicional Direito Público brasileiro foi vivenciado a partir de meados do século XX, em específico na sua difícil convivência com a economia. Caso exista alguma concordância com tais prognósticos, poder-se-á avançar na redefinição das perguntas a ser feitas.

Por ora são relevantes as seguintes constatações: (1ª) vivia-se num Estado *titular único* do *interesse público* (esferas substitutivas: *ou* Estado *ou* particulares), no qual o Poder Público era o dono das tarefas econômicas relevantes; (2ª) a economia era *incompreensível* (presente e futuro); (3ª) não havia *planejamento* econômico; (4ª) boa parcela da academia jurídica era *naturalmente fechada* à economia; (5ª) deu-se uma *série de “planos”* que, valendo-se do Direito como instrumento de ação, instalaram o *debate jurídico contrário* às “soluções econômicas” então implementadas.

Não é de se admirar o significativo afastamento entre o pensamento jurídico e o econômico. Igualmente é natural a

consolidação ao longo do tempo das cinco constatações acima descritas e seus efeitos. Deu-se a implementação de algo assemelhado ao “racional ignorante” de Downs: a escolha consciente de não adquirir informação, já que o custo para a obter é muito maior do que o possível benefício que porventura decorreria de a possuir.<sup>19</sup> A informação econômica era muito cara e trabalhosa de ser digerida pelos juristas, sem assegurar quaisquer benefícios aos investigadores.

6. Como consideração secundária, pois isto não é um privilégio do sistema brasileiro, não é de se descartar o fato de que o planejamento econômico estanca as escolhas dos governantes, ao passo em que a atuação das pessoas privadas diretamente nas políticas públicas e nas alternativas de desenvolvimento suprime boa parte daquela esfera de poder. O enjaulamento não interessa ao animal político – em não existindo pautas fixas, as políticas de governo conduzem as de Estado (e não vice-versa). Além de não haver quaisquer incentivos, esvaziando os interesses e a pauta de tais temas, até pouco tempo não existia um controle efetivo dos gastos públicos (o que se deu ao início deste século XXI). Se essa exclusão ao planejamento e à participação da sociedade civil é própria dos regimes ditatoriais, ao que tudo indica alguns de seus vícios persistiram. Não causa perplexidade que fossem poucas as preocupações jurídicas quanto ao desenvolvimento econômico e escassa a integração imediata das pessoas privadas em tais projetos. O desenvolvimento brasileiro

---

<sup>19</sup> *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: EDUSP, 1999. V. também S. PELTZMAN, “How efficient is the voting market?”, in \_\_\_\_\_. *Political participation and government regulation*. Chicago: Univ. Chicago, 1998, pp. 78-115.

deu-se antes aos trancos e barrancos do que propriamente mediante uma perspectiva integradora de longo prazo.

### **3 A ECONOMIA BRASILEIRA TORNA-SE LEGÍVEL**

7. Ao menos em parte, esse cenário começou a assumir outra configuração a partir de meados da década de 1990. Ao mesmo tempo em que uma série de ações estatais foram suprimidas (planos agressivos; gastos excessivos e descontrolados, p. ex.), abriram-se as portas para a participação dos particulares. Ora, o País já havia passado pela “transição democrática”, que se tornou firme com a promulgação da Constituição brasileira em 1988. As eleições diretas; a estabilidade política decorrente do processo de *impeachment* do Presidente; os esforços pela estabilização sócio-econômica em patamares democráticos – a conjugação de todos esses fatores permitiu a instalação de um novo patamar histórico de transformações (isso consciente e influenciado pelo que se passava no mundo circundante: Mercosul, União Européia; globalização; liberalizações; queda do Muro etc.).

Sem que se pretenda fixar uma relação causal absoluta, fato é que a partir de 1994 foi implementada uma série de medidas de estabilização econômica (o “Plano Real”), a qual conferiu certa legibilidade à economia brasileira, que melhorou com o passar do tempo. A inflação foi contida por meio de um plano econômico gradual, sem choques ou agressões a direitos. A partir de 1994, o Estado e sua economia foram se tornando menos irracionais, atenuando os riscos e as incertezas.

Tampouco é de se desprezar o impacto – ainda que relativo – causado pelo Programa Nacional de Desestatização (PND), que desde 1990 é um instrumento oficial de política pública (Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, sucedida pela Lei 9.491, de 10 de setembro de 1997). O PND é um dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado, pois tem como objetivo fundamental “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (Lei 9.491/1997, artigo 1º, inciso I). Esta lei, que vige e é aplicada nos dias de hoje, começou a reordenar a convivência entre os espaços público e privado. O mesmo se diga quanto às Leis 8.987/1995 e 9.074/1995 (concessões e permissões de serviços públicos).

A mais recente Reforma Administrativa do Estado brasileiro, cujo referencial pode ser tomado na EC 19/1998 (e leis esparsas que a antecederam e a ela se seguiram), merece ser destacada como algo que atenuou alguns dos encargos do Estado (para o bem ou para o mal) e visou a instalar uma gama de novas diretrizes ao exercício das tarefas públicas. Para que essa mutação estatal pudesse ser implementada foi necessária a alteração da concepção da *gestão pública*, aproximando-a de modelos de gestão privada. A reforma pretendeu instalar alguns novos ângulos de abordagem da administração estatal, com temas extravagantes ao modelo anterior – que envolvem palavras algo heréticas (eficiência, usuário, administração gerencial, metas, incentivos, controle de resultados etc.). Aqui o modo de funcionamento da máquina estatal visou a se aproximar do estilo privado de gerência de atividades econômicas, tornando mais interligados os modelos.

Da mesma forma foi significativa a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), que pretendeu impedir o desequilíbrio orçamentário dos entes públicos – fazendo com que a receita seja vinculada à expectativa de arrecadação (medida levando em conta a conjuntura econômica, o recebimento da dívida e a renúncia fiscal), ao lado de despesas limitadas e ainda mais restritas no último ano do mandato eletivo. Desde então, há o dever de composição do orçamento com base no tripé equilíbrio fiscal, planejamento tributário e limites dos gastos públicos. O Estado viu-se impedido de emitir moeda irresponsavelmente e de gastar sem lastro orçamentário.

Se fosse possível resumir os temas a quatro frases que representam as tendências acima descritas, teríamos: estabilidade política e econômica; lógica da coordenação econômica (em sucessão às lógicas da substituição e da subsidiariedade); racionalidade das contas e administração públicas; atenuação das assimetrias de informação. Esses aspectos geraram incentivos à aproximação entre os juristas e a economia; entre o mundo do dever-ser e o desenvolvimento econômico. Mas a estabilidade jurídico-econômica decorrente dessa síntese história e respectivas mutações no mundo do Direito não envolveu nem resultou, como seria de se esperar pela experiência pretérita, num “momento crítico” seguido de um “período pós-crítico”. Ao contrário, o que se deu foi o incremento dos ânimos e dos ritmos de mudança – não há fases estanques, mas um processo intermitente.

#### 4 A COMPREENSÃO DO DIREITO NUMA ECONOMIA ESTÁVEL

8. Claro que há outros tantos dados a ser considerados, ao mesmo tempo em que não se pode apresentar tais mudanças como se possuíssem apenas aspectos positivos. Mas fato é que a economia brasileira começou a se tornar *legível* a partir da segunda metade da década de 1990 – tanto em termos econômicos como jurídicos, permitindo que o Direito encontrasse uma *nova função*, sobretudo em razão e em cumprimento aos termos da Constituição da República brasileira.

Desde então, o Direito Público não é mais visto apenas como o tradicional apaziguador das relações sociais e o obstáculo às agressões do Estado, tal qual o Direito Privado dos séculos XVIII e XIX (*estabilidade* nas relações e *paz* social, por meio da defesa do Estado, da propriedade e da família), mas também como condição essencial à *estabilidade* e *segurança* dos futuros projetos econômicos (públicos e privados) essenciais ao desenvolvimento nacional. Abdicando de uma função reativa e retrospectiva (solução dos conflitos já postos), o Direito é aplicado como *instrumento ativo*, formal e material, do *desenvolvimento econômico*. Abrem-se novos horizontes prospectivos aos juristas, que passam a agir mais intensamente na disciplina do planejamento e do desenvolvimento econômico (além das intervenções normativa e de gestão na ordem econômica). A visão está posta em outros ângulos e visa à aproximação a outras fronteiras.

Além disso, muitas das distinções entre o Direito Público e o Direito Privado tornaram-se frágeis, permitindo uma convivência franca



de alguns institutos marcantes das disciplinas (com o que se instalaram os dilemas da “constitucionalização do Direito Civil” ou “civilização do Direito Constitucional”, nos dizeres de GOMES CANOTILHO<sup>20</sup>).

9. Mas, infelizmente e não obstante toda essa evolução, o Direito é ainda um tanto quanto rude no trato com temas de economia. O mundo dos fatos persiste implacável, por mais bem redigida e mais minuciosa que seja a norma. O Direito muitas vezes pretende, mas jamais vergará a qualidade férrea do mundo do ser – e isso incomoda à compreensão fundada na estabilidade clássica das normas jurídicas e na caduca *voluntas legis* (afinal, se há vontades legais, boa parte delas não chega a ser satisfeita<sup>21</sup>). Até agora não foi

---

<sup>20</sup> “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no conceito do direito pós-moderno”, in E. R. GRAU e W. S. GUERRA FILHO, *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 108-115.

<sup>21</sup> Basta o exemplo do artigo 192, § 3º, da Constituição brasileira, que de 1988 a 2003 vigiu com a seguinte redação: “§ 3º – As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.” Já na ADI 4-DF, o STF consignou: “Não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do ‘caput’, dos incisos e parágrafos do art. 192, e que permitira a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.” (Min. SYDNEY SANCHES, *DJ* 25.6.1993). O limite nunca foi aplicado (a não ser em decisões judiciais) e foi posto por terra na EC 40/2003.

construída uma ponte segura, uma teoria jurídica consistente que permita a interligação entre os planos (o que derogou parte da arrogância dos juristas, que imaginam poder transformar o pobre em rico e a água em vinho por meio de leis). A esperança está numa das principais preocupações dos dias de hoje, que é a vivência e a integração entre o jurídico e o econômico. Dois exemplos confirmam a tese: tanto os estudos de Análise Econômica do Direito como as atuais concepções a respeito da função social do contrato e da propriedade.<sup>22</sup>

Mas, afinal de contas, neste instante integrativo do Direito Público e da Economia, como pode colaborar o Direito? Ou sob outro ângulo: qual a transformação que tais fatos promoveram e vêm promovendo na configuração tradicional do Direito Público? Quais os novos ângulos desenvolvimentistas,

---

<sup>22</sup> No primeiro caso, v. P. A. FORGIONI, “Análise econômica do Direito: paranóia ou mistificação?”, in J. N. DE MIRANDA COUTINHO e M. M. B. LIMA (Orgs.), *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 419-422; A. D. FARACO e F. M. SANTOS, “Análise econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil”, *RDPE* 9/27-61, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005. No segundo, C. SALOMÃO FILHO, “Função social dos contratos: primeiras anotações”. *RDM* 132/7-24. São Paulo: Malheiros, out./dez. 2003; “Direito como instrumento de transformação social e econômica”, *RDPE* 1/15-44. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003; “Breves acenos para uma análise estruturalista dos contratos”, *RDPE* 17/41-74. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2007; L. E. FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; E. CORTIANO JUNIOR, *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; P. NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007; E. BOCKMANN MOREIRA, “Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social”, *RDPE* 16/27-42. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2006.



para além daqueles exclusivos do Estado? Onde são colocadas as pessoas privadas e que papéis elas desempenham? E numa perspectiva integrada, posta com lastro no que foi acima consignado a propósito da lógica da coordenação: qual a racionalidade inerente a algumas das mudanças que contribui para uma transposição do modelo tradicional?

10. Chegou-se ao momento que exige um esboço do que se passa na essência do Direito Público contemporâneo, naquilo que acima foi consignado como lógica da cooperação, a suprimir a dissociação absoluta entre o Estado, os particulares e o desenvolvimento econômico. Trata-se da constatação de que as mutações do Direito Público permitem *flexibilizar* o modelo clássico de desigualdade, hierarquia e exclusão recíproca do relacionamento das pessoas privadas com o Estado.

Antes, o Direito Público vivia sob o primado de três máximas: *desigualdade* (um Estado detentor de prerrogativas extraordinárias, unilateral e com presunção de legitimidade *iuris tantum*); *hierarquia* (superioridade inquestionável do Estado, formal e substancial) e *exclusão recíproca* (*ou* Estado *ou* sociedade civil). Agora, quase tudo mudou: de produtor, roteirista, diretor e protagonista das mais importantes ações de desenvolvimento econômico, o Estado passa a coadjuvante e, quando muito, a produtor executivo. O cenário talvez seja o mesmo, mas quem elabora os argumentos, produz, dirige e protagoniza o espetáculo são as pessoas privadas. É o que se pretende tratar com o exemplo da última parcela desta exposição, antes das considerações finais.

## 5 A QUEBRA DA DESIGUALDADE E A PARTICIPAÇÃO DOS PARTICULARES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

11. Conforme acima demonstrado, até a década de 1990 o Estado brasileiro era o agente produtor e prestador de não só dos serviços públicos, mas também de algumas das principais atividades econômicas nacionais. Ele se arrogava a condição de *monopolista do interesse público*. Como nos monopólios privados, em que o monopolista é um *price maker*, não um *price taker*, no monopólio do interesse público o Estado é um *public interest maker*, não um *public interest taker*.

Considerações à parte o modelo de representação democrática das fábulas políticas de Rousseau e Montesquieu (e seus núcleos duros de abstração para a criação das respectivas teses), fato é que, uma vez firmado o titular da “vontade” pública, cabia a ele dizer o que era o interesse público. E a expressão “interesse público” passou a ser uma espécie daquilo que Jèze argutamente qualificou de “fórmulas-gazua”: uma fórmula de estilo, sem significações exatas, que permite ao administrador público abrir as portas que lhe convier.<sup>23</sup> Bastava a personificação de seu titular para que se pudesse dizer o que era o interesse público (tanto em termos de ação estatal pontual como nas escassas políticas públicas). O conceito antes era subjetivo-formal (e não objetivo-material). Por mais que se insistisse em remetê-lo à lei (instalando novamente o ciclo vicioso do princípio da legalidade,

---

<sup>23</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, vol. III. Trad. J. N. SAN MILLÁN ALMAGRO. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 235.

suas aberturas e fechamentos), o “interesse público” era a marca maior da Administração personalista (resta saber se, nos dias de hoje, resta-lhe alguma utilidade digna).

Igualmente devido a essa razão, a Administração sentia-se confortável no exercício de seus atos unilaterais e na posição de superior hierárquico (tanto nas relações *interna corporis* como na vivência com as pessoas privadas). Um só fato confirma a tese: a edição da lei de processo administrativo, que no Brasil só ocorreu em 1999 (Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Até então, as cogitações a respeito de um processo administrativo davam-se em sede de defesa contra atos unilaterais agressivos do Estado (autuações fiscais; desapropriação; sanções disciplinares de servidores etc.). Na medida em que havia duas esferas auto-excludentes, o processo era uma mera técnica de defesa, não o direito-garantia à formação democrática da decisão administrativa.<sup>24</sup>

12. Ocorre que, contemporaneamente às mudanças na economia brasileira, essa antiga concepção jurídica também começou a se alterar e a flexibilizar o modelo clássico da Administração Pública desigual. O que se desdobrou no relacionamento das pessoas privadas com o Poder Público e também no que respeita à definição e implementação de políticas públicas (ou ao menos em determinadas ações desenvolvimentistas).

A Administração Pública unilateral, impositiva e excludente, detentora única da “supremacia” do interesse público, que

confundia autoridade com autoritarismo, passa a ser parcialmente sucedida por uma Administração plurilateral, cooperadora e interativa (quicá democrática). As transformações no relacionamento da economia pública com os agentes privados (e vice-versa) foram igualmente marcantes, derivadas da atenuação da presença estatal e dos novos instrumentos normativos que então surgiram (além da legibilidade conferida à economia nacional). Com isso procurou-se introduzir na Administração Pública modelos de gestão empresarial, com a definição prévia de objetivos, a racionalização eficiente de recursos (públicos e privados), o alcance de metas e diretrizes e as formas contratuais de gerenciamento. Tudo isso em sucessão aos mecanismos de comando e hierarquia, muitos dos quais vítimas da degeneração do funcionamento da burocracia.

Constatação que se acentuou com o ritmo mais intenso do final século XX e início do XXI. O Estado-Administração abdicou de muitos monopólios públicos (deixou de os executar – mas não lhes virou as costas) e passou a regulá-los visando a fins que transcendem o clássico modelo unilateral: foram estabelecidos deveres de serviço público e metas de universalização a serem atendidas, pena de supressão do direito à exploração dos serviços. O Estado outrora *titular exclusivo* do interesse público vê-se sucedido por um Estado que se vale da iniciativa privada para *atingir fins públicos*, numa lógica cooperativa, horizontal e integradora (o Poder Público *ao lado da* iniciativa privada). O Estado outrora *monocêntrico*, que prestava os serviços públicos e definia quem os poderia prestar, vê-se envolvido num *processo de sucessão*

---

<sup>24</sup> Sobre o processo administrativo como uma mudança estrutural no Direito Público, v. E. BOCKMANN MOREIRA, “O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais”, *RTDP* 43/126-135. São Paulo: Malheiros, 2003.

por um Poder Público que *privatiza* (material e formalmente), *concede, autoriza e regula os serviços públicos* (e interage em outras das demais *atividades econômicas*), muitos deles com *características concorrenciais*. O antigo Estado definidor das *tarefas de interesse público* convive com a *instalação de atividades públicas* por iniciativa e gestão de pessoas privadas. O espaço público passa a ser espontaneamente ocupado pelos particulares. O Estado passa a ver o interesse público ser definido e implementado *extra muros*, deixando de ser apenas ele o *public interest maker*. Assim, responsabilidade de garantia atribuída ao Estado contemporâneo é muitíssimo mais complexa do que as outrora por ele detidas.

À evidência, não é um evento que teve começo, meio e fim – mas sim de uma contínua transformação. Na síntese de P. Gonçalves, ao menos em alguns setores trata-se de um processo de *acomodação do papel do Estado* às novas coordenadas jurídicas e económicas, por via da conversão de sua antiga *responsabilidade operativa ou de execução (Estado de serviço público)* numa nova *responsabilidade pública de garantia e de regulação (Estado regulador)*.<sup>25</sup>

Como que em um paradoxo aos conceitos do liberalismo, a regulação pública da economia presta-se a *criar mercados*. Quem desfaz o monopólio, instala e mantém o mercado é o Estado. Isso sobrecarregado pela visão de que essa concorrência é gerada a “golpes de regulação” e se dá em setores “cuja estrutura é hostil à livre concorrência” –

<sup>25</sup> “Regulação das comunicações electrónicas em Portugal”, *RDPE* 15/162. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2006.

enfim, áreas nas quais “não basta declarar a concorrência, é preciso construí-la.”<sup>26</sup> O capitalismo sabe bem forjar as suas armas, para utilizar a célebre expressão de RIPERT.

Igualmente de forma paradoxal ao liberalismo e ao monopólio estatal do “interesse público”, a iniciativa privada passa a desenvolver atividades de interesse público em favor de terceiros e por iniciativa própria – concretizando aquilo que até pouco tempo apenas o Estado poderia fazer (ou teria a legitimidade para).<sup>27</sup> Algumas delas têm fim lucrativo, mas o que interessa a este ensaio são aquelas que não possuem esse atributo, pois avessas ao que se convencionou chamar de “mercado”.

## 6 OS ATOS ADMINISTRATIVOS CONSENSUAIS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

13. Assim, e a propósito de descrever essas metamorfoses, a exposição poderia

<sup>26</sup> As expressões entre aspas são, respectivamente, de M. M. LEITÃO MARQUES, J. P. S. DE ALMEIDA E A. M. FORTE, “Regulação sectorial e concorrência”, *RDPE* 9/130. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005; P. DUTRA, “Concorrência em mercado regulado”, in \_\_\_\_\_. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283; e M.-A. FRISON-ROCHE, “Os novos campos da regulação”, *RDPE* 10/199; Trad. T. MORAIS DA COSTA. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2005.

<sup>27</sup> O artigo trata do universo da licitude das ações privadas em setores públicos, mas não é de se olvidar daquela zona cinzenta, com fortes tons de ilicitude, que envolve a segurança pública prestada por pessoas privadas armadas (tanto em termos individuais – as empresas regulares de segurança empresarial, domiciliar, bancária etc. – como em termos coletivos, nos “grupos paramilitares” e “milícias civis”, cujos exemplos mais notórios são os que existem em municípios do Estado do Rio de Janeiro).

agora tratar das parcerias público-privadas (que no contexto brasileiro são uma espécie de concessão de serviço público cuja instalação e execução são em tudo adversas ao modelo antigo dos contratos administrativos de concessão) ou mesmo da emanção de normas jurídicas por parte das agências reguladoras (e o seu processo de elaboração, que conta com a participação ativa não só dos agentes econômicos interessados, mas é aberta à comunidade, devendo o regulador apreciar fundamentadamente todas as propostas ao modelo normativo posto à consulta pública) ou quem sabe o processo administrativo instalado por quem dispõe não de um direito subjetivo, mas de um interesse (questões urbanísticas, ambientais, regulatórias). Porém, há um assunto que autoriza um exame específico em vista a sua contrariedade a alguns dos paradigmas mais tradicionais do setor público e mesmo dos mercados privados.

Isso porque esse Estado em incessante processo de transformação também *aceita, convive e admite*, senão *promove e estimula* (*rectius*: fomenta) a instalação por pessoas privadas de atividades públicas avessas aos “mercados”. Atividades prestacionais que não têm a pedra de toque do capitalismo, pois não geram lucro (ou ao menos não o têm como escopo primário – pois, se resultado positivo houver, deverá ser reinvestido e não distribuído). Empreendimentos os quais os particulares – indivíduos e pessoas jurídicas – realizam visando a beneficiar terceiros, usualmente aqueles mais carentes porque excluídos da cidadania. Tudo isso a incidir em setores cujo bom trato é essencial ao desenvolvimento econômico (educação, saúde, redução das desigualdades sociais,

pesquisa científica etc.). A percepção deste aspecto é o que mais interessa a esta parcela da exposição.

O que aqui se descreve é uma reforma administrativa do Estado *exógena* à própria Administração Pública, uma projeção e transfiguração do Direito Público para além de seu principal personagem. Sem expropriar o espaço público, as pessoas privadas avançam no trato da coisa pública. Sem abdicar de seu múnus, o Estado transfere tarefas públicas aos particulares. A política e o desenvolvimento coletivos são tarefas lançadas para o exterior do Estado-Administração, mediante a “publicização” (ao menos parcial) de atividades das pessoas privadas; a “privatização” (informal) de fragmentos do espaço público e a criação de um “setor público não-estatal”, cuja principal diretriz é a realização de tarefas públicas (de interesse público) por entidades alheias à estrutura do Poder Público. Por ação ou omissão, o Estado retirou-se de parte do setor público (ou ao menos deixou de nele ampliar o seu raio de ação), instalando os respectivos prolongamentos internos ao setor privado (contratuais e (ou) estatutários), com autonomia de ação e de regime jurídico para as pessoas privadas.<sup>28</sup>

Isso se dá tanto em serviços públicos cuja prestação é avessa à “lógica de mercado” quanto em atividades que não o são, mas têm por objeto o bem-estar social (direta ou indiretamente atingido). São empreendimentos de interesse público que a sociedade civil instala, organiza

---

<sup>28</sup> Isso sem se falar no complexo problema da atribuição de poder público às pessoas privadas – objeto da monumental tese de P. GONÇALVES (*Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005).

e presta sem quaisquer fins lucrativos. Tais atividades desenvolvem-se de forma autônoma (mas não independente) à estrutura estatal e, em sua maioria, são estabelecidas em setores essenciais ao desenvolvimento (pesquisa científica, educação, saúde, meio ambiente etc.). Isto é, a conduta (omissiva ou comissiva) do Estado faz com que o interesse público seja cogitado, definido, titularizado e administrado por pessoas privadas, num modelo normativo diverso daquele das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos (e antitético ao de mercado empresarial).

Para a implementação dessa metamorfose foram criadas novas figuras jurídicas, de difícil adaptação aos modelos antigos, que implementaram um outro tipo de convivência entre o público e o privado em setores essenciais às políticas públicas. Os exemplos mais próximos são os “contratos de gestão” e os “termos de parceria”, nenhum dos quais se encaixa no conceito tradicional dos contratos administrativos.<sup>29</sup> Aliás, se há algo de comum

---

<sup>29</sup> O legislador federal brasileiro utilizou-se da expressão “contrato de gestão” sem qualquer critério. O início deu-se no Decreto 137/1991 (“Programa de gestão das empresas estatais”), executado frente ao Serviço Social Autônomo “Associação das Pioneiras Sociais” (Lei 8.246/1991 e Decreto 371/1991); à Companhia Vale do Rio Doce (Decreto de 10/6/1992) e à Petrobras (Decreto 1.050/1994). Depois vieram a Lei 9.649/1998 e Decreto 1.487/1998 (“Agências executivas”), executadas frente ao INMETRO (agência executiva qualificada pelo Decreto Presidencial de 29/6/1998) e, finalmente, a Lei 9.637/1998 (Organizações Sociais). Objeto da ADI 1923-DF, o modelo da Lei 9.637/1998 foi prestigiado pelo STF, que manteve a eficácia dos artigos da lei (Min. CARLOS BRITTO, decisão liminar publicada no *DJ* de 21.9.2007). Os temas já foram objeto de estudos do subscritor (algo precários, com muitas idéias hoje já vencidas) – v. E. BOCKMANN MOREIRA, “As agências executivas brasileiras e os ‘contratos de gestão’” e “Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse

a todos os contratos de gestão criados pelo legislador brasileiro é que nenhum deles tem a natureza jurídica de um contrato. Constatção que autoriza uma abordagem com tons jurídicos ainda mais fortes, vez que teve reflexos num dos pontos cardeais do Direito Público clássico: o ato administrativo.

14. Como se denota com facilidade, a figura da Administração Pública unilateral, superior e mandamental remete de imediato à idéia de ato administrativo. Não foi devido a um acaso que esse era o conceito central, o eixo de sustentação do Direito Administrativo. Nada mais clássico em Direito Público do que o ato administrativo – e nada mais desigual em Direito do que esse mesmo ato, concebido secamente como a “decisão que executa a lei”, numa manifestação unilateral que permite à Administração impor os seus próprios desígnios, sem qualquer participação das pessoas privadas. Era o Direito Privado do século XVIII impondo a sua racionalidade personalista ao Direito Público (sem que este se atentasse para a essencial desarmonia entre ambos). O ato é a quintessência do modelo clássico de desigualdade, estampando a imposição do interesse público por meio da vontade de seu titular monopolista.

Pois também o ato administrativo mudou (nem tudo ao seu interior, tampouco todos os atos praticados pela Administração). Foi algo que se deu ao menos numa parcela deles, os chamados “atos administrativos consensuais” e “atos administrativos contratuais”.<sup>30</sup>

---

público e seus ‘vínculos contratuais’ com o Estado”, in L. CUÉLLAR e E. BOCKMANN MOREIRA, *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte, Fórum, 2004.

<sup>30</sup> O tema extrapola em muito este ensaio. Ampliar em M. REALE, “Atos administrativos negociais”,

Em mais um dos paradoxos das mutações contemporâneas do Direito Público, aquilo que outrora era somente unilateral, imperativo, exigível, auto-executável e ornamentado por presunção de legitimidade, vem carregado de notas da consensualidade. A rigor, essa figura jurídica existe de há muito, mas agora ela assume um papel decisivo e um conteúdo mais rico, que põem em xeque boa parte do Direito Público tradicional. Está-se diante de uma nova estruturação normativa das atividades público-privadas e da respectiva nova responsabilização delas (quicá de uma nova e difusa fronteira (?) entre o público e o privado).

15. Aliás, os atos administrativos consensuais fazem parte do cotidiano do Direito Público brasileiro. São figuras estampadas nas novas autorizações administrativas (máxime nas telecomunicações); nos termos de ajuste de conduta e nos contratos de gestão.

Por exemplo, uma autorização para a prestação de certos serviços públicos de telefonia. A Administração outorga, sem licitação, a prestação desse serviço público (não na condição de serviço público, mas na de atividade econômica com forte regulação intrusiva) a determinado agente econômico que cumpra os requisitos legais e regulamentares. A pessoa privada recebe

uma espécie de “autorização convencional” (distinta da tradicional autorização-licença), cujo conteúdo foi previamente submetido a debates e consulta pública – sem que se descarte a efetiva negociação entre os interessados e a Administração. Essa autorização condiciona o exercício da atividade econômica a determinados objetivos e à fiscalização estatal, bem como submete o autorizado a modificações futuras (sobretudo nos deveres estatutários que orientam o exercício da atividade autorizada).

Outro exemplo está nos termos de ajuste de conduta (TAC), cotidianos ao Direito Ambiental, à defesa de direitos difusos por parte do Ministério Público e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Por meio do TAC a autoridade pública celebra um acordo com a pessoa privada que figura como interessada (ou parte) num processo administrativo, pelo qual esta se compromete a alterar o seu comportamento (ambiental, econômico, social) e a se submeter a uma fiscalização pública mais intensa a fim de não enfrentar um processo que pode, em tese, resultar numa sanção (penal, civil e/ou administrativa). Aqui se está diante de um ato que põe fim a um processo (ou que pelo menos o condiciona ao cumprimento de determinadas diretrizes estabelecidas de comum acordo). A racionalidade dessa solução é típica dos foros econômicos e da avaliação de riscos vinculados a direitos disponíveis: ao mesmo tempo em que o Estado abdica de punir (despindo a sanção administrativa de sua natureza vinculada), o particular livremente anui em alterar a sua conduta e submeter a sua atividade a uma supervisão estatal (nos tópicos exaustivamente definidos no ajuste).

---

in \_\_\_\_\_. *Aplicações da Constituição de 1988*, pp. 133-161; R. E. DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual.” *Cadernos de Justiça Administrativa* 63/3-17. Braga: Cejur, maio/jun. 2007; D. F. MOREIRA NETO, “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, in \_\_\_\_\_. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315-349; L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO e L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de derecho administrativo*, vol. 1. 5.ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 750-771; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*. 4.ed. Milão: Giuffrè, 1972, pp. 41-75.



O TAC deriva justamente da consensualidade entre a pessoa privada interessada e o Poder Público.

Nos dois casos, não se trata de um contrato administrativo em sentido estrito nem de uma decisão unilateral da Administração Pública. Está-se diante de um ato administrativo consensual (ou, a depender de sua configuração, de um ato administrativo contratual), que ata ambas as partes signatárias ao cumprimento de seus termos. Mas o exemplo que mais interessa ao presente ensaio é o do contrato de gestão firmado com uma organização social, a seguir examinado à luz da Lei 9.637/1998.

16. O contrato de gestão dá forma jurídica a uma “parceria” estabelecida entre um *órgão estatal* e uma *pessoa privada* sem fins lucrativos, elaborada de comum acordo entre os “contratantes” e submetida a metas. Veja-se bem: na esfera pública não é celebrado pela pessoa jurídica estatal (a entidade), mas por um círculo de competências normativamente definido, sem personalidade jurídica (o órgão). Através dele estabelece-se a prestação de atividades de interesse público a terceiros (não ao órgão que o firma). Esse ato consensual é fiscalizado e sujeito a incentivos e modulações futuras. Os fatos e as vicissitudes interagem no objeto do contrato de gestão, permitindo adaptações destinadas a permitir a sua boa e eficiente execução.

Lendo-se o texto da Lei n.º 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais), constata-se que ela autoriza a celebração de “contratos de gestão” cujos pontos nodais são: (1) número limitado de atividades (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente,

cultura e saúde – art. 1º); (2) presta-se à “formação de uma parceria” (art. 6º); (3) é elaborado “de comum acordo”, mas submetido a um controle discricionário da autoridade administrativa competente – que pode “definir as demais cláusulas” (arts. 4º, inc. II, 6º, *caput*, e par. ún., e 7º); (4) é firmado entre o “Poder Público” (leia-se “órgão público”) e a entidade qualificada como OS (arts. 5º e 7º, par. ún.); (5) visa a objetivos públicos predeterminados, estranhos à esfera individual dos contratantes – os serviços são prestados pela OS diretamente ao público (não ao “Poder Público”); (6) não envolvem prestações equivalentes nem recíprocas entre os “parceiros”; (7) não podem visar ao lucro nem à distribuição de riqueza entre os “parceiros”.

Ora, à evidência não se trata de um contrato em sentido estrito nem de uma decisão unilateral da Administração: trata-se de um ato administrativo consensual (ou de um ato administrativo contratual, a depender de seu exame concreto). Por meio desse ato consensual a Administração e a pessoa privada envolvida dão aplicação, ponderada caso a caso, à Lei que estabelece os requisitos para que o particular exerça certa atividade econômica de interesse público e receba determinados benefícios públicos (servidores, bens, receita etc.). Se o conteúdo dessa relação jurídica é *secundum legem*, a definição do seu objeto não o é: há uma abertura normativa a determinados assuntos (ensino, pesquisa, desenvolvimento etc.), os quais, conjugados com a política pública estabelecida pelo Poder Público ou proposta pelo parceiro privado, dão nascimento a atos negociais *sui generis*, cada qual com a respectiva especificidade.



Em suma, a Administração Pública: (1º) estabelece determinados requisitos abertos para a execução de uma ampla gama de específicas atividades por particulares; (2º) constata que uma pessoa jurídica de direito privado os preenche (o que se dá normalmente mediante iniciativa desta); (3º) negocia uma “sintonia fina” dos requisitos legais e o caso concreto; (4º) emana um ato-condição com características negociais (que não emana *interna corporis*, mas advém da participação inclusiva da pessoa privada e/ou de terceiros). Ao seu tempo, a pessoa privada adere ao ato-condição de cuja elaboração ela participou ativamente, comprometendo-se a cumprir as obrigações de meio (conduta); as obrigações de resultado (metas) e os deveres estatutários (oriundos da lei ou do regulamento administrativo). E assim ambos o fazem em benefício de terceiros.

Logo, é um ato administrativo que se vale da técnica contratual para tornar concretas determinadas políticas públicas definidas ao abstrato em lei e dar cumprimento a diretrizes de desenvolvimento econômico. A sua construção não se dá exclusivamente *interna corporis* e a “vontade” estampada no instrumento é aquela comum ao Poder Público e pessoa privada. A concretização dessas políticas desenvolvimentistas é dependente da iniciativa privada e da definição do interesse público a ser atendido justamente por meio dos particulares que o executarão.

17. Essa nova forma de ato administrativo produz uma migração de institutos do Direito Privado contemporâneo para a sede do Direito Público e permite que cogitemos com mais firmeza a propósito do Direito Privado Administrativo e de suas alterações (com mais firmeza e sem preconceitos).

Mas essa estranha mutação, embora mínima num cenário macroeconômico, exige também algumas reflexões prospectivas a respeito dos desafios que estão por vir, sobretudo em termos do cruzamento de tais perspectivas: a integração público-privada; o planejamento estatal com a participação das pessoas privadas e o Direito como um instrumento de desenvolvimento. Estes sintomas relevam algo mais sério e autorizam a conclusão de que nada adianta a pesquisa desconectada destes três planos. Muito menos tem algum préstimo a investigação ou, o que é pior, a refutação a tais novidades com lastro em modelos pretéritos. Este é o desafio que a constatação da dinâmica e característicos das mutações atuais coloca aos juristas: como tornar o Direito algo menos rude no trato com temas de desenvolvimento econômico? É possível essa integração público-privada sem os preconceitos de outrora, despida da concepção autoritarista de um Direito Administrativo? Como conviver com a perda de consistência de alguns dos institutos nodais do Direito Público clássico e de que maneira construir algo perene em tempos instantâneos? Essas são algumas das provocações que este ensaio pretende formular.

18. Antes de apresentar as considerações finais, serão trazidas duas notícias de cunho pragmático. Com isso se pretende consolidar a necessidade da investigação acima proposta, pois as informações dizem respeito à real existência de mudanças, simultaneamente à ausência de diretrizes desenvolvimentistas firmes no tempo e no espaço.

18.1. No dia 7 de dezembro de 2007, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou a primeira pesquisa nacional

sobre “Entidades de Assistência Social sem Fins Lucrativos”.<sup>31</sup> São 16.089 entidades de assistência social no Brasil, cujo público-alvo são pessoas vulnerabilizadas ou em situação de risco social; com deficiência; em situação de rua; gestantes, crianças e adolescentes em situações precárias etc. – enfim, alguns dentre os muitos excluídos pela sociedade brasileira.

Dessa pesquisa merecem ser mencionados apenas dois dados para reflexão: (1º) a distribuição geográfica das entidades acompanha a do PIB: 51,8% estão na Região Sudeste (4.761 delas só no Estado de São Paulo), 22,6% no Sul, 14,8% no Nordeste, 7,4% no Centro-Oeste e 3,4% no Norte do País; (2º) o financiamento público e supervisão das verbas públicas alocadas: 55,7% recebem verba pública (federal, estadual ou municipal). Não obstante a Lei Orgânica da Assistência Social estabelecer que o funcionamento das entidades depende de prévia inscrição no Conselho Municipal de Assistência Social, apenas 72% estão inscritas (tais conselhos devem supervisionar o funcionamento das entidades, mas 35,8% não realizam qualquer supervisão).

Ora, essa dispersão geográfico-econômica e a ausência de controle, unida à inexistência de quaisquer dados (até dezembro de 2007), faz crer que não há uma política pública no setor. Por mais que haja iniciativa das pessoas privadas, ela é fragmentada e dissociada das mais íntimas necessidades brasileiras. Algo que permite a inferência de que o Estado

fomenta, mas de uma forma assistemática: em termos relativos, quem mais precisa é quem menos recebe. Porém, o levantamento dos dados faz crer que há a intenção de uma política pública desenvolvimentista a ser implementada por meio da ação, espontânea e despojada, das pessoas privadas.

18.2. Já a análise das Organizações Sociais (OS), criadas na Reforma Administrativa federal pela Lei n.º 9.637/1998, tampouco traz um quadro muito acalentador. A página do Ministério do Planejamento na Internet indica que existem apenas seis contratos de gestão celebrados com OS.<sup>32</sup> Esses projetos envolvem setores como a comunicação, ciência e tecnologia, meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

Dentre estas, a ABTLuS chama a atenção: é uma OS que, com o apoio do Ministério da Ciência e Tecnologia, administra um laboratório detentor de “uma infra-estrutura que inclui as linhas de luz com estações experimentais instaladas na fonte de luz síncrotron, microscópios eletrônicos de alta resolução, microscópios de varredura de ponta e espectrômetros de ressonância magnética nuclear. Nessas instalações, são realizados experimentos que contribuem para ampliar os conhecimentos nas áreas de Física, Química, Engenharia dos Materiais, Meio Ambiente e Ciências da Vida, entre outras áreas.”<sup>33</sup> Faz pesquisas de altíssima

<sup>31</sup> Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1047&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1047&id_pagina=1). Acesso em 12 de janeiro de 2008.

<sup>32</sup> Disponível em: <http://pgpe.planejamento.gov.br/>. Já as Organizações (OSCIP) são 4.436. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={59319A86-4583-4D9A-9A91-B6062A1E7CA6}>. Acessos em 12 de janeiro de 2008.

<sup>33</sup> Texto informativo constante do sítio da OS: <http://www.lnls.br/lnls/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>. Acesso em 12 de janeiro de 2008.

tecnologia com luz síncroton, essenciais ao desenvolvimento, com um laboratório único na América Latina. Como se trata de uma OS, existe um contrato de gestão que certamente define as metas a ser atingidas e os recursos públicos que deverão lá ser alocados (por óbvio, recursos previstos no orçamento da OS e da União, em cumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal).

Pois bem. Em dezembro de 2007 a página da OS consignava que, por razões de contenção de gastos, estava temporariamente suspendendo as atividades em determinados laboratórios e os programas de auxílio aos usuários. Não obstante existir um contrato de gestão a tornar previsíveis os custos e receitas, os relativos projetos de pesquisa foram postos em compasso de espera. Recentemente, foi comunicada a retomada das atividades.<sup>34</sup>

19. Também tais dados permitem a mesma conclusão acima descrita: por mais que os modelos normativos incentivem (ou ao menos possibilitem) a implementação de projetos públicos pela mão das pessoas privadas, ainda há sérios e incompreensíveis acidentes de percurso. Ora, justamente para que não existam tais contratempus é que se faz necessário o planejamento, a fixação de metas e o controle público-privado de tais atividades. Neste ponto o Direito precisa assumir uma especial função para a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas. De nada adiantam as boas intenções (normativas, econômicas e administrativas; estatais ou privadas) se não

existir uma perspectiva de confiabilidade, certeza e segurança futuras. A velocidade das mudanças não é tamanha a ponto de fazer com que o seu objeto transforme-se em energia indetectável. O que mais uma vez remete a algumas das funções básicas do Direito e aos novos desafios que se põem aos juristas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que a nota de abertura deste ensaio foram as instigações de Duguit, nada mais adequado que o trabalho se encerre com mais uma citação dele. Isso porque Duguit não foi ingênuo a ponto de reputar que as transformações ali se encerravam. No fechamento de seu livro, consignou: “*L'évolution est-elle achevée? Évidemment non. En réalité elle ne sera jamais. L'évolution sociale est une chose infiniment complexe et qui dure indéfiniment; or le droit n'est en réalité que la sorte d'armature que revêt cette évolution. Nos pères avaient cru que le système juridique métaphysique, individualiste et subjectiviste était définitif et immuable. Ne commettons pas une erreur pareille. Le système juridique, réaliste, socialiste et objectiviste est l'œuvre d'un jour dans l'histoire. Avant même que son édification soit achevée, l'observateur attentif apercevra les premiers signes d'un nouveau système. Heureux nos fils s'ils savent mieux que nous s'affranchir des dogmes et des préjugés!*”<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Informações disponíveis em: <http://www.lnls.br/lnls/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>. Acessos em 7 de dezembro de 2007 e em 12 de janeiro de 2008.

<sup>35</sup> *Les transformations du droit public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999 (reprod. da ed. de 1913), p. 281.

Ao que se infere da persistente precariedade do trato do Direito com os temas de desenvolvimento econômico e nada obstante os percalços acima narrados, o vaticínio de Duguit foi apenas parcialmente alcançado. A premissa da constante evolução permanece firme – e se ela existe tão intensamente, é porque não foi alcançada. Mas se contudo é bem verdade que as transformações não param jamais, é também real que os juristas persistem firmes em alguns de seus dogmas e prejulgamentos. A constatação, ao invés de trazer tristezas (pois, afinal de contas, a profecia foi confirmada apenas quanto ao mundo do ser, não no mundo do dever ser e em seu desenvolvimento acadêmico), é o mais firme incentivo. Somente com a consciência de que a empreitada é muito mais custosa do que inicialmente vislumbrada

pode-se transcender os desafios. Cabe ao jurista conscientizar-se e *realizar* que o trabalho felizmente é árduo e começa pela redefinição das perguntas. É uma tarefa a ser desenvolvida pelo Direito do futuro, para consolidar o futuro do Direito.

Como fechamento, é irresistível o apelo a uma paráfrase de Zizek, pois do que se precisa é uma construção dialética: nem a imersão espontânea nas velhas tradições, nem a necessidade de adaptar-se às novas condições e fazer concessões. O que é imperativo é a necessidade de reinventar a própria noção de Direito Público (e políticas públicas desenvolvimentistas) sob as novas condições e exigências históricas.<sup>36</sup> Assim estar-se-á reinventando a própria eternidade do Direito.

Curitiba e Lisboa, janeiro de 2008.

---

<sup>36</sup> O texto original, escrito a propósito do movimento islâmico Wahhabi, cujo princípio básico é “exercício do *ijihad* (o direito de reinterpretar o Islã com base na mudança de condições)”, é este: “*Ijihad* é uma noção dialética: nem a imersão espontânea nas velhas tradições, nem a necessidade de ‘adaptar-se às novas condições’ e fazer concessões, mas a necessidade de *reinventar a própria eternidade* sob as novas condições históricas.” (*Bem-vindo ao deserto do real!* Trad. P. C. Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 69).

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

*João Gualberto Garcez Ramos\**

RESUMO: O princípio do devido processo legal nasceu na Inglaterra, no ano 1215. Teve um desenvolvimento diferente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, especialmente por causa do papel da Suprema Corte norte-americana. O devido processo legal também está no coração do Direito brasileiro desde o seu início. A Constituição do Império, de 1824, em seu art. 179, inciso II, trazia um aspecto substancial do princípio. A Constituição brasileira de 1988 apenas o enfatizou em nosso ordenamento jurídico.

ABSTRACT: The Due Process of Law was born in England, in the year 1215. It had a different development in England and in the United States of America, especially because the role of the American Supreme Court. Also, the Due Process of Law is in the core of the Law in Brasil since the very beginning. In the second half of the eighth century, many classics of the Brazilian Law wrote about it. The 1824 Brazilian Imperial Constitution, in its art. 179, inc. II, had a substantial vision of the standard. The 1988 Brazilian Constitution just stressed it.

### DELIMITAÇÃO DO TEMA

Pode-se dizer sem medo que já faz muito tempo que o princípio do devido processo legal se encontra no centro do nosso sistema processual. Ele é a verdadeira e própria essência do processo, em todas as suas manifestações. O processo legítimo, justo, equilibrado, é o devido processo legal. Daí que todas as irregularidades do processo

que conspurcam esse equilíbrio, essa justeza intrínseca, violam o princípio do devido processo legal. E, “puxando a sardinha” para o nosso lado, posso afirmar que essas irregularidades são muito mais graves quando atingem o processo penal.

Essa visão corresponde ao que já escreviam processualistas antigos.

Na obra clássica de José Antonio Pimenta Bueno, por exemplo, está escrito:

As formalidades dos atos e termos do processo são frutos da prudência e razão calma da lei.

---

\* Professor Adjunto da UFPR. Procurador da República.

É de muita importância que a luta que se estabelece entre o acusado e o Poder Público não sofra outra influência ou direção que não seja dela.

Os termos e condições que a lei prescreve, são meios protetores que garantem a plenitude da acusação e da defesa: são faróis que assinalam a linha e norte que os magistrados e as partes devem seguir, precauções salutares que encadeiam o arbítrio e os abusos, que esclarecem a verdade, e dão autenticidade ou valor legal aos atos. O seu fim é conciliar o interesse da justiça repressiva com a proteção devida à inocência que pode existir.<sup>1</sup>

Até na “Praxe Brasileira” do conselheiro Joaquim Ignácio Ramalho, insuspeito praxista, encontram-se, aqui e ali, exortações ao respeito às formas processuais e ao direito de defesa.<sup>2</sup>

O senador do Império Vicente Alves de Paula Pessoa, também ele um praxista tardio, escreveu ser fundamental a sabedoria e o equilíbrio dos juízes, a fim de garantir que suas “decisões, conscienciosamente inspiradas e ditadas pelo único respeito das leis, sejam acatadas pelos cidadãos e invioláveis para o poder: Tribunais acessíveis a todos, permitindo a acusação e a defesa com completa liberdade, e garantias da publicidade”.<sup>3</sup>

Para Antônio Luiz da Câmara Leal, outro antigo processualista, “a forma processual representa uma garantia de direitos, tanto para

a sociedade que acusa, como para o acusado que se defende”.<sup>4</sup>

Todas essas passagens se referem, com maior ou menor grau de penetração, ao Devido Processo Legal, enquanto garantidor das formas processuais.

Essa visão, portanto, não se constitui em novidade alguma no Brasil.

Ocorre que, sobretudo a partir da Constituição de 1988, surgiram novas interpretações desse secular princípio. De uma hora para outra, vieram à baila expressões extravagantes como “razoabilidade das leis” para, com base nelas, impugnar-se a constitucionalidade de normas jurídicas substanciais.

Meu objetivo neste estudo é demonstrar que essa virada não é a-histórica, isto é, que há uma evolução lenta e cheia de avanços e retornos por detrás dela. E, ao final, discutir se e até que ponto essa evolução, de fato, atinge o ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira pista para revelar essa linha evolutiva encontramos-na na Inglaterra, perto do ano 1.066.

## 1 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA INGLATERRA

Após ter derrotado o rei Haroldo II na batalha de Hastings, em 1066, e conquistado a ilha da Inglaterra, o conquistador Guilherme deveria ser coroado rei. Percebeu que a população inglesa tinha verdadeira adoração por um antigo monarca saxão, Eduardo, dito

---

<sup>1</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileiro*, ed. anot., atual. e compl. por José Frederico Marques, facsimilar à ed. de 1857. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 228.

<sup>2</sup> RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe brasileira*, São Paulo: 1869, pp. 5, 8, 51, 52 etc.

<sup>3</sup> PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código do Processo Criminal*, 1880, p. 20.

---

<sup>4</sup> LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 20.

“o Confessor”, misto de rei e pastor, que foi, afinal, canonizado pela Igreja Católica menos de cem anos depois de sua morte.

O conquistador talvez estivesse cansado de tantas guerras e pretendeu construir um período de estabilidade administrativa. Além disso, não podia esquecer de que era um rei invasor. Teve de ter muito cuidado e tirocínio. Tomou diversas providências políticas que garantiram essa estabilidade por muitos e muitos anos.

Uma das providências foi de ordem litúrgica.

O conquistador foi sagrado Guilherme I em uma cerimônia solene em que confirmou as leis de Eduardo, o Confessor. É mesmo significativo que não tenha se preocupado em confirmar as leis de Haroldo II, que era um rei derrotado, mas as de Eduardo, um rei amado pelo povo.

Ao jurar as leis de Eduardo, o rei normando Guilherme I obteve diversos efeitos, alguns dos quais ele próprio talvez não tenha percebido. O primeiro efeito foi declarar-se a si próprio um continuador do rei saxão. Com isso, não salientou tanto sua imagem de conquistador, mas construiu uma imagem de revente continuador da tradição jurídica posta.

Outro efeito foi o de, pela primeira vez, construir um conceito que se tornaria essencial para o Direito.

Trata-se do dever do governante de não respeitar apenas as suas leis, mas também a dos seus antecessores. As leis editadas pelos monarcas anteriores se tornam, com sua morte, leis da terra (*Legem Terræ*).

Essa tradição se transferiu aos monarcas que se seguiram a Guilherme I.

É por isso que, em 1215, os barões ingleses exigem do rei JOÃO I o respeito às leis da terra. Fazem com que ele se comprometa que “nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”.

O uso da expressão “devido processo legal” (*due process of the law*), ocorre pela primeira vez em 1354, quando o rei Eduardo III, seguindo a velha tradição, confirma as leis da terra e, entre elas, a Magna Carta das Liberdades. O texto de Eduardo III dispõe que “que nenhum homem de qualquer estado ou condição que ele seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem ser antes levado a responder a um devido processo legal”.

Com o tempo, o poder de fazer leis do país passou do soberano ao Parlamento. E o dever de respeitá-las – que já atingia o povo – passou cada vez mais a afetar o soberano.

Assim, a evolução do devido processo legal, na Inglaterra, está ligada ao poder do povo de fazer leis e ao dever de todos de respeitá-las. O Parlamento inglês – representante dos comuns – é o único Poder na Inglaterra.

Hoje, o sistema jurídico inglês vive uma crise – no sentido construtivo da palavra, isto é, como ocasião de renascimento e reconstrução. Trata-se de sua integração à União Européia, fato que interferirá na concepção de que o Parlamento é o único poder político a que os ingleses devem, de fato, reverência.



Essa integração redundará em uma modificação – muitas vezes radical – no ordenamento jurídico inglês, a fim de adaptá-lo aos contornos do Direito Comunitário europeu.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS EUA

A história dos EUA, por sua vez, conecta-se de maneira muito peculiar à história da Inglaterra.

Como primeiro ponto de ligação encontra-se a mesma tradição lingüística. Falar a mesma língua é, evidentemente, um formidável traço de união. Apenas por essa razão, aparentemente trivial, entre os EUA e a Inglaterra haverão sempre mais semelhanças que diferenças.

Outrossim, as tradições cultural e educacional estão fortemente conectadas. As universidades americanas, especialmente as mais tradicionais, são claramente influenciadas pelas universidades inglesas, especialmente Oxford e Cambridge. Para ficar com um exemplo bastante trivial dessa influência, a sede da Universidade Harvard, a mais antiga dos EUA, fica em uma cidade do estado de Massachusetts chamada justamente Cambridge.

Por outro lado, os EUA viram a Inglaterra, por muitos anos, como a potência dominante e repressora. Neste passo, é interessante sublinhar que a tradição democrática da Inglaterra não se aplicava nas relações com suas colônias.

O *founding father* Benjamin Franklin, por exemplo, relata um diálogo que teve com o primeiro-ministro inglês George Grenville em 1757, quando foi enviado a Londres

para resolver problemas entre as colônias e a Inglaterra. Ouviu de Grenville o seguinte:

Vocês, americanos, têm idéias erradas sobre a nossa Constituição. Pretendem que as instruções que o rei dá a seus governadores não têm força de lei, e consideram-se livres para aceitar ou recusar essas instruções, conforme lhes parece. Mas essas instruções não são como recomendações pessoais dadas a um embaixador para ajudá-lo a conduzir-se num cerimonial pouco complicado. Em primeiro lugar, são elaboradas por juizes versados em direitos; são em seguida estudadas, discutidas, por vezes emendadas pelo Conselho; finalmente, assinadas pelo rei. Então, tornam-se a lei do país para os americanos, porque o rei é o legislador das colônias.

E segue Franklin:

Respondi a Sua Senhoria que era semelhante teoria inteiramente nova para mim. Sempre pensei que, de acordo com nossas cartas constitucionais, as nossas leis deveriam ser elaboradas por nossas assembléias e apresentadas em seguida ao rei para serem aprovadas; uma vez aprovadas, o rei não poderia mais aboli-las, nem alterá-las. E, do mesmo jeito que as assembléias não podiam fazer leis permanentes sem sua aprovação, assim também o rei não podia fazer leis sem a aprovação das assembléias. Assegurei-me que eu estava inteiramente errado. Mas não concordei”.<sup>5</sup>

Tal como hoje ocorre entre os EUA e seus satélites, a democracia é, mais do que tudo, um produto de consumo interno.

Por tal razão, as relações entre a Inglaterra e os EUA têm componentes de amor e de ódio.

No caso da tradição jurídica, a Constituição dos EUA reflete a preocupação de rompimento com certas práticas jurídicas da Inglaterra. São exemplos disso o art. 1º, seção 9ª,

---

<sup>5</sup> FRANKLIN, Benjamin. “Autobiografia”, apud BRUCKBERGER, R. L. *A república americana*, trad. de Mercedes Zilda Cobas Felgueras, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960, p. 51-52.

cláusula 3ª, primeira parte, que proíbem as leis condenatórias (*acts of attainder*) e o art. 1º, seções 9, cláusula 8ª, primeira parte e 10, cláusula 1ª, última parte, que proíbe a concessão de títulos de nobreza tanto pela União quanto por qualquer estado-membro.

No entanto, uma tradição permaneceu e conectou para sempre os sistemas jurídicos da Inglaterra e dos EUA.

A 5ª emenda da Carta de Direitos, que entrou em vigor em dezembro de 1791, dispôs que “ninguém (...) poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal”.

Essa evolução é, porém, muito diversa da que se deu na Inglaterra. Foi radicalmente moldada por componentes políticos e étnicos que, na época da formação do princípio do devido processo legal, inexistiam na Inglaterra.

O componente político foi a existência de duas correntes durante a Convenção da Filadélfia, os federalistas e os antifederalistas. Os federalistas, representados especialmente por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, advogavam a adoção de um modelo federativo, em que os estados-membros abriam mão de uma parcela significativa de suas competências – especialmente a liberdade para adotar a forma de Estado e de governo, a soberania e o poder de negociar diretamente com nações estrangeiras.

Os antifederalistas, representados por George Mason, Thomas Jefferson, Patrick Henry e Richard Henry Lee, sustentavam que a nova ordem constitucional deveria assumir a forma de uma confederação de Estados independentes. Essa seria a melhor forma de preservar as tradições culturais de cada uma das antigas colônias.

A solução que se obteve foi a adoção de uma federação. Ponto, portanto, para os federalistas. Contudo, a Constituição adotada foi escrita por Jefferson e deixou de enfrentar, por exemplo, questões cruciais como a da escravidão. Ponto para os antifederalistas.

Com isso, a União foi formada sobre a idéia de que os homens – todos os homens – nasceram iguais e devem como tais ser tratados. Alguns estados-membros dessa União, especialmente os do sul, seguiram com a idéia de que alguns homens nasceram para servir os demais na condição de escravos. Assim, embora aceitassem que a União dos estados-membros tivesse um estatuto de direitos humanos mais completo, não aceitavam praticá-lo em seus territórios.

O tempo passou e verificou-se um desenvolvimento econômico desigual, se comparados os estados-membros do sul e do norte. O norte desenvolveu sua economia com inúmeras indústrias. O sul, por sua vez, formado por estados-membros fortemente escravistas, seguiu com a economia agrícola. Estava explicada essa opção tendo em conta a utilização de mão-de-obra escrava.

Contudo, a economia do norte já exibia a vocação do expansionismo. Queria instalar indústrias também no sul, a fim de dar conta da demanda crescente. Queria vender seus produtos industrializados aos estados-membros do sul. Contudo, os negros do sul não eram bons operários, porque não treinados. E os aristocráticos brancos do sul, naturalmente, não se sujeitariam a trabalhar como operários. Daí a dificuldade de instalar indústrias. Além disso, o potencial de compras do sul estava reduzido pelo menos à metade, pois os escravos negros estavam à margem do mercado, impossibilitados de consumir.

Daí porque os estados-membros do norte começaram a pressionar os estados-membros do sul para acabar com a escravidão. Essa pressão se deu por meio dos órgãos de imprensa do norte, que começaram a mostrar os aspectos injustos e bizarros da escravidão.

A pressão também se deu por meio do Congresso, instalado no Distrito de Columbia, no norte do país. Os políticos e industriais do norte influenciaram o Congresso a, por exemplo, votar uma lei que proibia a importação de negros cativos da África (1808); ou a considerar pirataria, punida com a morte, essa atividade (1820).

Os conflitos – que no fundo eram conflitos sobre duas concepções do capitalismo – se acentuaram.

Atingiram um primeiro clímax em 1856, com o caso *Dred Scott v. Sandford*.<sup>6</sup>

O caso *Dred Scott*, como ficou conhecido, é importante por inúmeras razões.

Foi a segunda vez que a Suprema Corte estadunidense anulou um ato do congresso por inconstitucionalidade. A primeira havia sido em 1803, com *Marbury v. Madison*.<sup>7</sup>

Foi a primeira vez, porém, que a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei com base em uma visão substancial do princípio do devido processo legal.

E, por último, foi um dos fatores que desencadeou a Guerra de Secessão, tamanha foi a revolta que causou nos abolicionistas.

Dred Scott nasceu escravo no Estado da Virginia. Um de seus proprietários, o cirurgião do Exército John Emerson, levou-o consigo para o Forte Snelling, no território do Wisconsin. Estava em vigor, então, a “Lei

do Compromisso do Missouri” (*Missouri Compromise Act*), de 1820, que proibia a escravidão em territórios federais acima de uma linha por ela estabelecida. Com a morte de John Emerson, sua viúva transferiu a “propriedade” de Scott para o seu irmão, John Sanford, que levou-o de volta para St. Louis. SCOTT iniciou, então, uma luta judicial para ver-se declarado livre; argumentou que com o período que viveu em território federal adquiriu a condição de “cidadão dos Estados Unidos” e, portanto, não poderia ser escravizado. Tentou, em juízo, caracterizar seu aprisionamento como um seqüestro, a privação ilícita da liberdade de um homem livre, um cidadão e portador de direitos na ordem civil. Essa ação foi inicialmente julgada procedente por um tribunal do Missouri e, depois, por um tribunal federal, não conhecida. Tornou a propor a ação e perdeu na Suprema Corte do Missouri – corte que catorze anos antes havia reconhecido a libertação de diversos escravos na mesma situação de Scott – e, posteriormente, na Justiça Federal. Conseguiu levar o caso à Suprema Corte.

O juiz-presidente Taney apresentou a decisão da Suprema Corte, com os seguintes itens: *a)* os fundadores dos EUA não tencionaram tratar o negro como ser humano; *b)* conforme a tradição do direito estadunidense, portanto, negro não é ser humano, é coisa; *c)* viola o princípio do devido processo legal uma lei que considerasse o negro um ser humano e, com isso, privasse alguém de sua propriedade; *d)* o Congresso não poderia ter editado lei que contraria a tradição jurídica dos EUA; *e)* a Lei do Compromisso do Missouri (*Missouri Compromise Act*, 1820) é inconstitucional, por violação da 5ª emenda;

<sup>6</sup> 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

<sup>7</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

f) sendo coisa, o negro não tem capacidade de ser parte; correta, portanto, a decisão que o considerou uma coisa, e não um “cidadão dos Estados Unidos”.

Em sua opinião, de triste memória, o juiz-presidente Taney escreveu:

A questão é simples assim: pode um negro, cujos ancestrais foram importados para este país, e vendidos como escravos, tornar-se membro da comunidade política formada e instituída pela Constituição dos Estados Unidos, e assim tornar-se titular de todos os direitos, privilégios, e imunidades, garantidas por esse instrumento ao cidadão? Um desses direitos é o privilégio de propor uma ação em uma corte dos Estados Unidos nos casos especificados na Constituição. (...) Pensamos que não, e que eles não estão incluídos, e que não se intentou que fossem incluídos, sob a palavra ‘cidadãos’ na Constituição, e que não podem reclamar nenhum dos direitos e privilégios por ela criados e garantidos aos cidadãos dos Estados Unidos. Ao contrário, eles foram naquele tempo considerados como uma subordinada e inferior classe de coisas, que foram subjugados pela raça dominante, e, ainda que emancipados ou não, continuam sujeitos à sua autoridade, e não têm direitos ou privilégios, mas apenas aqueles que o poder e o governo eventualmente lhes conferir. (...) Ninguém dessa raça jamais imigrou para os Estados Unidos voluntariamente; todos foram trazidos para cá como mercadorias. O número dos que estavam emancipados, ao tempo da elaboração da Constituição, era muito menor do que os que eram mantidos escravos; e estavam identificados, na opinião pública, com a raça à qual pertenciam, em não com a população livre. É óbvio que eles não estavam na mente dos autores da Constituição quando eles conferiram direitos e privilégios aos cidadãos de um Estado em qualquer parte do território pertencente à União.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> TANEY, Roger B. “Opinião”, em *Dred Scott v. John F. A. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-405, 411-412 (1856), em [www.findlaw.com/casecode/supreme.html](http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html) (acesso em maio de 2005).

Eis aí o primeiro momento – infeliz primeiro momento – do princípio do devido processo legal.

A tensão racial cresceu e, com a eleição de Abraham Lincoln para a presidência dos EUA, os estados-membros do sul declararam a secessão e o país mergulhou em uma guerra fratricida.

Ao final da guerra, foram editadas duas emendas à Constituição dos EUA. A 13<sup>a</sup> e a 14<sup>a</sup>. A 13<sup>a</sup> acaba, definitivamente, com a escravidão.

A 14<sup>a</sup> é ainda mais importante, pois afirma:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do estado-membro onde residam. Nenhum estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá retirar-lhes a vida, a liberdade, ou a propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis.

Essa emenda foi editada com o objetivo imediato de revogar uma antiga jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, *Barron v. Baltimore*,<sup>9</sup> para a qual a Carta de Direitos da União não se aplicava aos estados-membros. Outro objetivo, mais amplo, foi assegurar um desenvolvimento uniforme dos estados-membros.

Contudo, para que se tenha uma idéia da resistência que sofre esse conceito de submissão dos ordenamentos jurídicos estaduais ao ordenamento da União, diga-se que a Suprema Corte levou aproximadamente cem anos para começar a dar-lhe aplicação no âmbito do processo penal.

<sup>9</sup> 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

Quanto ao devido processo legal substancial, na década de trinta do século vinte ele serviu primacialmente como ferramenta de proteção da propriedade e da liberdade, vista primacialmente como liberdade de iniciativa.

Um exemplo dessa visão privatista do devido processo legal se deu quando do período do “Novo Acordo” (*New Deal*), proposto e colocado em prática pelo presidente Franklin D. Roosevelt. A Suprema Corte impugnou essa política através de diversas decisões que consideraram que a intervenção do Estado na economia uma forma desarrazoada de retirada da propriedade “sem o devido processo legal”. O enfrentamento entre a Corte e o presidente Franklin D. Roosevelt foi tamanho que, no início de 1937, ele elaborou e enviou ao Congresso um pacote de leis, conhecido como “Pacote da Suprema Corte” (*Court Packing Plan*). Esse pacote visava aposentar diversos juízes antipáticos às medidas e aumentar o número de magistrados da Suprema Corte. Assustados com essa possibilidade, os juízes da Suprema Corte passaram a, paulatinamente, diminuir a oposição ao “Novo Acordo”.

Hoje, a Suprema Corte dos EUA evoluiu na sua compreensão do princípio do devido processo legal. Pode-se dizer que não o utiliza mais como um instrumento de manutenção do *statu quo*, como já o utilizou outrora.

Concentra-se na solução de questões relacionadas com a igualdade substancial das pessoas – o que a Constituição estadunidense denomina de “igual proteção das leis” (*equal protection of the laws*). A questão das políticas de ação afirmativa, as questões relacionadas com a família e outras, estão na pauta de discussões da Suprema Corte.

### 3 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL E UMA TENTATIVA DE CONCLUSÃO

A primeira Constituição brasileira a fazer expressa menção ao princípio foi a de 1988, no inciso LIV do art. 5º.

Até então, conforme vimos no início desta exposição, prevaleceu, na doutrina e jurisprudência, a visão formalística do princípio.

A primeira notícia, no Brasil, do princípio do devido processo legal substancial vem com o livro “A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano”, da Professora Lêda Boechat Rodrigues, publicada em 1958.<sup>10</sup> Nessa notável obra, ao comentar o caso *Chicago Milwaukee and St. Paul R. Co v. Minnesota*,<sup>11</sup> a querida professora carioca escreveu que, nesse julgamento, “iria a Corte converter a cláusula de *due process* numa restrição positiva, sustentando dever o Judiciário dar-lhe, obrigatoriamente, força executiva, sempre que os departamentos dos Estados procurassem, a seu ver, impor tarifas arbitrárias e irrazoáveis”.<sup>12</sup>

E segue a grande pesquisadora, a respeito da cláusula do devido processo legal:

Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame do seu acordo com a

---

<sup>10</sup> RODRIGUES, Lêda. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

<sup>11</sup> 134 U.S. 418 (1890).

<sup>12</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 96.

razão (*reasonableness*). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se (...) na consideração mais importante do direito constitucional americano. E, uma vez que, pela aplicação da ‘regra da razão’ (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo.<sup>13</sup>

Em 1989, pouco menos de um ano após a promulgação da Constituição cidadã, veio a lume o livro “O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil”, do Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro.<sup>14</sup> Nessa obra, que já nasceu um clássico do Direito Constitucional, defende o autor que a Constituição brasileira albergou o princípio do devido processo legal e da razoabilidade das leis.

Tenho cá minhas dúvidas de que se precisasse chegar a tanto. Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 é em tudo diferente da Constituição estadunidense. As diferenças partem do próprio título. Enquanto é sempre necessário designar a Constituição brasileira a partir do ano de sua promulgação, tantas foram nossas aventuras constitucionais, a equivalente norte-americana foi somente uma. Seu corpo é rigorosamente o mesmo, desde 1787. Embora seja correto dizer que foi alterada inúmeras vezes desde sua promulgação, as 27 emendas ratificadas por três quartos dos estados-membros não a mutilaram.

Além disso, a Constituição brasileira é analítica e está plena de princípios e de regras.

---

<sup>13</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *Idem*, p. 139-140.

<sup>14</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

É discutível que devêssemos lançar mão de um único princípio, posto que amplo, para resolver todos os problemas.

E é da tradição constitucional brasileira que as leis devam obediência a toda a Constituição, tanto aos princípios quanto às regras. A diferença é que as leis podem violar as regras constitucionais e, quanto aos princípios, a violação é sempre tendencial: uma lei tende a violar um princípio.

Quanto à razoabilidade minhas dúvidas são ainda maiores. É óbvio que as leis devem ser razoáveis, como qualquer ato jurídico. A regra da razão, no sistema constitucional brasileiro, não existe senão como instrumento hermenêutico e não de construção de regras abstratas fora do Congresso.

Como o Juiz Associado da Suprema Corte dos EUA, Hugo Lafayette Black, temo que a regra da razão sirva como uma farmacopéia para que um tribunal qualquer – que, afinal, é formado por profissionais que não foram eleitos para suas funções – anule todo e qualquer ato emanado dos demais poderes que não se adapte à sua visão particular de uma questão qualquer. Não todas, mas muitas vezes, para citar o testemunho insuspeito do Juiz Hugo Black, o argumento de falta de razoabilidade das leis carece de seriedade.<sup>15</sup> Afinal de contas, não foi com base na razoabilidade da lei que a Suprema Corte dos EUA afirmou que um negro não é gente e que qualquer lei que tenhar atribuir-lhe essa qualidade é inconstitucional?

Eu sequer penso em negar a importância de estudar e compreender a tradição

---

<sup>15</sup> BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*, trad. de Luiz Carlos F. de Paula Xavier e Paulino Jacques, Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 44.



constitucional norte-americana. Essa compreensão somente se justifica, porém, na medida em que servir para que possamos compreender a nossa própria.

E a primeira lição que os americanos nos passam é a importância de compreender nossas próprias origens e usá-las como baliza para os futuros caminheiros. E a nossa tradição constitucional, coitadinha, é tão esquecida.

A propósito e sem o desejo de chegar a uma firme e inapelável conclusão, deixem-me fazer ao menos uma tentativa de conclusão.

Ao analisar as leis e os atos normativos públicos em face da Constituição, poderíamos – à maneira dos “originalistas” ianques – resgatar um belo dispositivo da nossa Constituição do Império e transformá-lo em um norte para a interpretação constitucional das leis.

Trata-se do art. 179, inciso II, que dispôs:

A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...) Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.

De fato. Desde que dado o devido peso a cada uma das palavras, a questão da legitimidade da lei face à Constituição principia e se esgota nessa singela realidade. As leis são írritas se não corresponderem aos valores constitucionais. São inválidas se não atenderem à utilidade pública substancial.

Nesta época, em que inúmeros e inconfessáveis interesses privados muitas vezes se contrapõem e negam o interesse público, quando a legislação é feita aos empurrões, o respeito a esse dístico seria um notável avanço para o todo de nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileiro*, ed. anot., atual. e compl. por José Frederico Marques, facsimilar à ed. de 1857. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 228.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FRANKLIN, Benjamin. “Autobiografia”, apud BRUCKBERGER, R. L. *A república americana*, trad. de Mercedes Zilda Cobas Felgueras. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960. p. 51-52.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 20.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código do Processo Criminal*, 1880, p. 20.

RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe brasileira*, São Paulo: 1869, pp. 5, 8, 51, 52 etc.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

TANEY, Roger B. “Opinião”, em *Dred Scott v. John F. A. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-405, 411-412 (1856), em [www.findlaw.com/casecode/supreme.html](http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html) (acesso em maio de 2005).