



A Leitura

Caderno da Escola Superior
da Magistratura do Estado do Pará

11

Volume 6 / Número 11

Novembro / 2013



A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.6, n.11, p. 1-120, novembro, 2013

Belém/Pará
2013

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



Equipe de Editoração

Editora responsável

Laís Zumero

(Chefe da Divisão de Editoração e Publicação/ESM-PA)

Talita Valéria Trindade de Souza

Ezequiel Noronha

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira

(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca/ESM-PA)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

Abstracts e key words

Silvia Benchimol

Fotos

Elza Lima

Ricardo Lima (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Marcus Vinícios Rocha (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Projeto gráfico e capa originais

Casa Brazilis Design

Impressão

Sidnei Folini Monteiro - EPP

Triunfal Gráfica e Editora

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____ Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
ENTREVISTA	
<i>Milton Augusto de Brito Nobre</i>	9
CONFERÊNCIA I	
As Inovações Processuais do Novo CPC	15
<i>Fátima Nancy Andrighi</i>	
CONFERÊNCIA II	
25 Anos de Direito à Saúde: considerações introdutórias sobre a reflexividade do novo modelo	23
<i>Milton Augusto de Brito Nobre</i>	
RELATO	
O Tribunal de Justiça vai aonde você está	36
<i>Cristiano Arantes e Silva</i> <i>Francisco Fiuza</i>	
ARTIGOS	
Técnicas de Mediação para Magistrados.....	44
<i>Roberto Portugal Bacellar</i>	
Formar Juízes para o Século XXI: Formar para Decidir. Formar para Garantir	58
<i>José Antônio Mouraz Lopes</i>	
Notas sobre e empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli	72
<i>Fabício Vasconcelos de Oliveira</i>	
A Equalização Fiscal.....	80
<i>Grace Osvaldina Pontes de Sousa Amanajás</i>	
LITERATURA	
Cartas de amor	108
A voz do sentimento	110
<i>Ernani Malato</i>	
RESENHA	
Reflections on Judging	114
<i>Paulo de Tarso Dias Klautau Filho</i>	



THE HISTORY OF THE

REIGN OF

CHARLES THE FIRST

BY

JOHN BURNET

OF

GLASGOW

AND

EDINBURGH

PRINTED BY

JOHN BURNET

AT THE

PRINTING-HOUSE

OF

JOHN BURNET

IN

GLASGOW

AND

EDINBURGH

1704

Este ano de 2013 foi marcante para a ESM/TJPA tanto pelo atingimento das metas estabelecidas pelo CNJ, como pela regularidade da periodicidade de nossa revista e a ampliação de sua divulgação, enfatizando ainda a proximidade da realização de acalentada aspiração desta Escola em oferecer Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito, na linha de pesquisa Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, o que contribuirá significativamente para a ascensão na qualificação de *A Leitura* no Qualis Periódico da CAPES/MEC.

Este volume 6, nº 11, entrevista o Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre que recentemente assumiu a Presidência da Comissão Executiva do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, pretendendo “Desenvolver maior integração regional com o objetivo fundamental de melhor qualificar o desempenho dos Tribunais e Juízes Estaduais, contribuindo mais efetivamente para o aperfeiçoamento do acesso à justiça no Brasil”. A eleição do Desembargador muito honra a magistratura paraense, que vê reconhecida sua atuação no Poder Judiciário Nacional. Traz ainda artigos de grande impacto e significação na atualidade jurídica, em especial atenção aos magistrados em seu fazer jurídico

O Des. do TJPR, Roberto Portugal Bacellar, “Coordenador Nacional do Programa Cidadania e Justiça também se Aprendem na Escola da Associação dos Magistrados Brasileira” aborda a temática Técnica de Mediação para Magistrados, enfatizando que habilidade e procedimentos são instrumentos relevantes nestes novos tempos, do mesmo modo a importância do conhecimento inter e multidisciplinar, principalmente nas áreas humanas. Elenca técnicas a serem utilizadas, dando destaque ao fechamento de acordos, em manifestação livre da vontade das partes.

O Procurador e Professor Doutor, Fabrício Vasconcelos de Oliveira discorre sobre Direito Empresarial em “Notas sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada/EIRELI”, um novo instituto que, embora polêmico, é realidade no mundo jurídico, uma espécie nova de pessoa jurídica, interessante instrumento na prática das atividades empresariais.

A advogada e mestranda da UFPA, Grace Osvaldina Pontes de Sousa Amanajás envereda pelo Direito Tributário, numa visão interdisciplinar, em seu artigo “A Equalização Fiscal”, cujo foco se concentra no atual sistema constitucional da transferência de receita entre os entes federativos, considerando a diminuição das desigualdades regionais, objetivando a

Editorial



homogeneização entre as regiões do país, em novo modelo para as transferências, qual seja, o Sistema de Equalização.

Nossa revista vem extrapolando os limites nacionais e publica artigo do Professor lusitano, Dr. José António Mouraz Lopes, Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas de Portugal e Presidente da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, intitulado "Formar Juizes para o Século XXI. Formar para Decidir. Formar para Garantir". Consoante o próprio autor "Só uma formação aprofundada, diversificada, disposta a encarar o grau de complexidade do mundo e de seus problemas multiculturais permitirá responder a esse desafio. Por outro lado apenas uma formação em permanência permite satisfazer as respostas suscitadas".

Duas são as conferências apresentadas. A primeira coube à Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, que a proferiu durante o II Encontro Jurídico da ESM/TJPA 2013, em outubro passado, no Centro de Convenções da Amazônia/ Hangar, sobre algumas das "Inovações Processuais do Novo Código de Processo Civil", ora em tramitação no Congresso Nacional.

A outra Conferência, proferida pelo Desembargador Milton Nobre, "25 Anos de Direito à Saúde: considerações introdutórias sobre a reflexividade do nosso modelo", abriu o Seminário 25 Anos de Direito à Saúde; integralidade, responsabilidade e interdisciplinaridade, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

O Professor, Doutor, Paulo de Tarso Dias Klautau Filho, Procurador do Estado, resenhou uma das obras de referência da atualidade "Reflection on Judging" de autoria do Prof. norte-americano, Richard Posner, autor de mais de 40 obras, com uma minibiografia

desse eminente jurista que assevera que "O Direito não é arte, nem ciência, mas um serviço".

"O Tribunal de Justiça Vai Aonde Você Está" é o relato de uma experiência exitosa do TJPA que há algum tempo tem buscado aproximar-se cada vez mais da sociedade. A Presidente do TJPA, Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento e a Coordenadoria dos Juizados Especiais, que tem à frente a Desembargadora Diracy Nunes Alves, assumiram conduzir a administração da Justiça do Estado com base no programa, hoje denominado, "O Tribunal de Justiça Vai aonde Você Está", e dentro desta dinâmica várias ações são desenvolvidas, como, "Projeto Futebol com Justiça"; "Projeto Verão com Justiça"; "Projeto Museu sobre Rodas"; "Conciliando na Transamazônica"; "Cidadania Total", entre outros. A tônica hoje reinante no TJPA é o resultado de reflexão profunda acerca do reconhecimento do que se deve dar aos direitos pleiteados pelas camadas mais carentes da população, e assim o Poder Judiciário deve despir-se de parte de sua pompa e tradicionalismo, para levar a sua função judicante até aonde o povo está.

Completando este número, crônica e poesia do Juiz Ernane Malato, que é membro da Academia Paraense de Letras.

Os tempos passam, mudanças ocorrem, a contemporaneidade dita novas regras e costumes, mas Platão é atemporal:

"O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis".

Boa Leitura!

Rômulo Ferreira Nunes
Diretor-Geral da ESM-PA





Entrevista

Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre*

Por Laís Izabel Peres Zumero
Divisão de Editoração da Escola
Superior de Magistratura do TJPA.

A Leitura: O senhor foi eleito Presidente do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, o que isso significa para a magistratura paraense e para sua carreira?

Des. Milton Nobre: Antes de responder à pergunta, parece-me conveniente esclarecer que o Colégio Permanente de Presidentes é um órgão criado em 1992, pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, com as finalidades estatutárias de defender os princípios, prerrogativas e funções institucionais do Poder Judiciário Estadual, promover a integração dos Tribunais de Justiça, o intercâmbio de experiências funcionais e administrativas, bem como o estudo e o aprofundamento de temas jurídicos e das questões judiciais que possam ter repercussão em mais de um Estado da Federação, buscando a uniformização de entendimentos, respeitadas a autonomia e as peculiaridades locais.

O Colégio, portanto, não tem qualquer objetivo corporativo, o que fica integralmente reservado às associações de magistrados. Busca, na verdade, suprir algumas lacunas resultantes do fato de a Constituição de 1988 ter criado



Os nossos Tribunais de Justiça, embora sejam autônomos e de diferentes portes, a ponto de o CNJ já os ter classificado em grandes, médios e pequenos, enfrentam alguns problemas regionais comuns e que podem ser resolvidos de maneira mais rápida com a contribuição do Colégio através de diretorias ou coordenadorias regionalizadas.

o Conselho da Justiça Federal e o Conselho da Justiça do Trabalho, porém, por dificuldades políticas de momento, não haver previsto um órgão semelhante para Justiça Estadual, o que certamente poderia ser feito, desde que sem qualquer competência correccional ou tendente a ferir o pacto federativo e a autonomia dos Tribunais Estaduais, isto é, para exercer as atribuições que o Colégio tem hoje.

Quanto à primeira parte da pergunta, que envolve o significado da minha eleição para a magistratura paraense, acredito que a resposta deve ser dada pelo Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Pará (AMEPA). Para mim, todavia, posso assegurar que foi um motivo de grande satisfação

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), biênio 2009/11.

ter sido honrado com a confiança dos Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil e tudo farei para não decepcioná-los.

AL: Além da morosidade que se reclama de toda a justiça brasileira, quais são os grandes problemas que o nosso Poder Judiciário enfrenta?

DMN: Bem, essa pergunta é muito ampla e envolve a menção de questões complexas. Não vou cometer a leviandade de tentar esclarecer, em uma entrevista, todos os grandes problemas da nossa justiça. Farei apenas algumas observações sobre o que me parece mais grave.

Começo, referindo-me a morosidade que é, realmente, um defeito preocupante e mais sério porque, segundo penso, não estigmatiza apenas a justiça, mas tudo o que é Público no Brasil. A morosidade do Legislativo Nacional, por exemplo, explica em parte o abuso das medidas provisórias. A morosidade do Executivo responde, ainda que não totalmente, pela nossa carência de equipamentos de infraestrutura (portos, estradas, ferrovias, etc.) e, de modo integral, pelo tormentoso atendimento dos serviços disponibilizados à população. Quanto à da Justiça, precisamos colocar o guizo no pescoço de cada um dos responsáveis: há, em verdade, uma grande parcela de culpa atribuível ao Judiciário, mas não falta a contribuição do Ministério Público e da advocacia, especialmente da advocacia pública e dos carentes (Defensorias).

O Judiciário, e isso ninguém pode negar, tem-se empenhado a dar cumprimento ao princípio constitucional da duração razoável dos processo, especialmente após a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a adoção nacional de metas. Contudo são notórias as limitações resultantes da legislação processual brasileira, com sua multiplicidade de recursos e, sobretudo, a falta de força executória imediata das decisões judiciais monocráticas e dos tribunais de apelação.

Em 2012, tramitaram no Judiciário brasileiro cerca de 92,5 milhões de processos, sendo que

aproximadamente 25 milhões ingressaram nesse ano e foram julgados em torno de 24 milhões. Esses números, ao mesmo tempo em que são indicativos da existência de uma *judicialização* excessiva das relações sociais entre nós, revelam um desempenho extraordinário do Poder Judiciário, porém, ainda assim, longe da altura da demanda. De qualquer modo, para dar uma ideia mais precisa do esforço do Judiciário, como que temos no Brasil, em números redondos, 16 mil magistrados (incluindo os integrantes de tribunais), julgar 24 milhões de processos significa uma média anual de 1500 processos julgados por magistrado, ou seja, 125 feitos a cada trinta dias e, considerando 20 dias trabalhados/mês, 6,5 processos por dia.

Creio, no entanto, que o maior problema continua sendo a falta de recursos financeiros necessários a aparelhar e manter o Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias em reais condições de responder, de modo eficiente, à demanda. No Brasil, sempre foi histórica a carência de recursos para o Poder Judiciário e o Ministério Público os quais, sobretudo no âmbito estadual, ainda dependem da boa vontade dos donos da chave do cofre, é dizer, dos integrantes do Poder Executivo.

Ora, como o Judiciário Estadual responde por aproximadamente 70% da Justiça Brasileira, quer em número de magistrados, quer no volume de processos em tramitação, torna-se evidente que as suas deficiências, também proporcionalmente, são maiores. E isso contribui para a falsa impressão, ainda dominante, de que o Judiciário Federal e o Judiciário Trabalhista são melhores do que o Judiciário Estadual, porém a cada novo “justiça em números” do CNJ vai ficando mais claro que não é bem assim.

AL: Mas há quem alegue que a Justiça Federal é melhor para sustentar o aumento do número de Juízes Federais nos Tribunais Eleitorais. O que o senhor acha disso?

DMN: Em primeiro lugar, tenho para mim que esse tipo de comparação é, no fundo, tacaña. Comparar segmentos de um mesmo Poder que o Supremo Tribunal Federal já assentou que é nacional, parece-



me apequenar todos... Mas, deixando isso para lá, vou, para objetivar a resposta, ao que acho do aumento do número de Juízes Federais nos Tribunais Regionais.

Não sou contra esse aumento. Sou contra a aprovação do que se pretende com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 31, isso porque, mesmo superando a sua inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, essa proposta parece-me equivocada pelas seguintes razões: em primeiro lugar, porque, como se diz vulgarmente, coloca a carroça na frente dos bois, na medida em que busca promover alterações na composição dos Tribunais Eleitorais e aumentar o número dos seus membros antes da aprovação da reforma política, ou seja, antes de se dimensionar a demanda dos serviços sob encargo desses órgãos judiciários que irá resultar dessa tão reclamada reforma; em segundo, porque apenas aumenta o número de magistrados desses Tribunais, passando-o de sete (7) para nove (9), mediante o acréscimo de dois (2) juízes federais, conservando o seu principal defeito de composição, que costumo chamar de sua "síndrome de simetria", em decorrência da qual os Tribunais Regionais dos Estados com grandes colégios eleitorais como, por exemplo, de São Paulo, Minas ou Rio de Janeiro, têm o número de integrantes idêntico ao dos Tribunais Regionais dos Estados com contingentes

eleitorais pequenos como Acre, Amapá e Roraima; e, finalmente, porque essa proposta fixa que o Juiz Corregedor dos Regionais não será mais um desembargador, passando essa relevante função a ser exercida por um dos juízes federais, o que é um grande erro, pois pelo menos no caso do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, quando isso ocorreu, causou alguns problemas de hierarquia.

Em síntese, penso que qualquer alteração nos Tribunais Regionais Eleitorais deve primeiro aguardar a reforma política. Mais ou menos juízes, não pode depender, senão

de necessidade real estabelecida pela demanda de trabalho. Qualquer outro parâmetro coloca o assunto na esfera do *achismo*.

Acrescento que a única virtude dessa PEC, no meu entendimento, reside em vincular a escolha dos ocupantes das vagas de juristas à formação de uma lista sextupla organizada pela Ordem dos Advogados, a qual deve ser submetida aos próprios Tribunais Regionais Eleitorais para escolha de uma lista tríptica a ser enviada ao Executivo. Parece-me recomendável, por sinal, que essa lista seja mandada aos Presidentes dos próprios Tribunais para nomeação, terminando-se, assim, com essa influência negativa do Chefe do Executivo.

AL: A pesquisa do CNJ "Justiça em Números", que o senhor já referiu, revela que há um percentual elevado de processos que tramitam perante o Judiciário Estadual, por força de competência delegada, isso não acarreta uma sobrecarga de trabalho e prejudica o bom desempenho?

DMN: O exercício da competência delegada não é um problema. Na verdade, parece-me a única solução viável para atender eficientemente à necessidade de garantir o direito fundamental ao amplo acesso à justiça em um país como o nosso, de dimensões continentais,

organizado de forma federativa, cujo Judiciário Federal não tem hoje e dificilmente terá no amanhã a mesma capilaridade do Judiciário Estadual.

O problema, que muito justamente é reclamado pelos Tribunais Estaduais, reside no fato do exercício dessa competência delegada gerar custos que não são reembolsados pela União. Basta determinar como esses custos serão cobertos que tudo fica resolvido, pois é fácil inferir, mesmo sem maiores estudos, que qualquer outra solução vai implicar em ônus certamente maiores e sem a mesma cobertura territorial que o Judiciário dos Estados propicia.

Ressalto, porém, que, como esses processos não apresentam diversificação relevante, sendo, na prática, repetitivos, não há uma sobrecarga de trabalho que não possa, com menores custos, ser suportada pelo Judiciário Estadual. Afinal, conforme disse antes, Poder Judiciário é nacional e, portanto, não há porque se inventar soluções quando o compartilhamento ainda se apresenta como o melhor caminho.

AL: Quais são os seus planos a frente do Colégio de Presidentes?

DMN: Eu pretendo continuar o bom trabalho desenvolvido pelos Presidentes José Fernandes e

Marcus Faver. De novo, se é que assim posso dizer, uma vez que se trata de algo que vem sendo debatido no plenário do Colégio e na Comissão Executiva, pretendo apenas adotar maior descentralização nas ações da instituição, de modo a garantir mais atenção aos problemas regionais. Os nossos Tribunais de Justiça, embora sejam autônomos e de diferentes portes, a ponto de o CNJ já os ter classificado em grandes, médios e pequenos, enfrentam alguns problemas regionais comuns e que podem ser resolvidos de maneira mais rápida com a contribuição do Colégio através de diretorias ou coordenadorias regionalizadas.

Espero, nos meus dois anos de mandato, desenvolver maior integração regional com o objetivo fundamental de melhor qualificar o desempenho dos Tribunais e Juízes Estaduais, contribuindo mais efetivamente para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça no Brasil. E tenho plena convicção, por conhecer os sentimentos e os propósitos que movem todos os Presidentes dos Tribunais de Justiça, a magistratura estadual e os demais membros da Comissão Executiva, que contarei com o apoio necessário para esse fim.

Conferências I

As Inovações Processuais do Novo Código de Processo Civil/CPC

II Encontro Jurídico da ESM-TJPA (Belém-PA / Outubro 2013)

As Inovações Processuais do Novo Código de Processo Civil¹

Fátima Nancy Andrichi*

* Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Saúdo a todos, na pessoa da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento, que exala sensibilidade ao afirmar que "...acredita no diálogo. Estou pautando a minha gestão em planejamento e gestão participativa e compartilhada", um exemplo a ser seguido por todos nós!

É embalada neste espírito que retorno ao Pará depois de tantos anos de saudades!

Distinguiu-me e honrou-me sobremaneira o convite para participar do II ENCONTRO JURÍDICO 2013, organizado pela Escola Superior da Magistratura (ESM-PA) do TJE-PA, o que só posso atribuir à bondade de todos os colegas paraenses e, em especial, à Presidente Desa. Nadja e ao Des. Rômulo Nunes, digno Diretor Geral da ESM-PA. Por este convite lhes serei eternamente grata.

Ahonoraria se exacerba quando se tem oportunidade de ouvir e dividir a mesa de trabalho com o Professor Mário Frota, jurista da maior envergadura, que Portugal nos empresta e, que, caridosa e amorosamente com sua esposa Profa. Angela, vem dividir conosco parte do seu imenso saber.

Devo, ainda, agradecer aos anjos que entoaram o meu nome aos organizadores deste evento, porque me oportunizaram reencontrar os colegas, compartilhar experiências, fazer reflexões, mas também, poder participar, pela primeira vez, do grandioso e abençoado Círio de Nossa Senhora de Nazaré, para a qual suplico,

neste instante, que abençoe a magistratura do Estado do Pará e de todo o Brasil.

Penso que nos é permitido acreditar que vivemos os "Tempos de Kalyuga" que, na palavra dos hindus, representa a era das máquinas, em que não há espaço para a sensibilidade humana, já que esta cedeu lugar às reações automáticas, regidas por um senso comum previamente estabelecido.

Trata-se de um tempo que representa a era da morte, quando podemos constatar e presenciar milhares de mortes súbitas, por acidentes e por atividade violenta da natureza.

Trata-se de um tempo que representa a era dos problemas e conflitos, notadamente no que concerne aos relacionamentos humanos, que acabaram se tornando fluidos e de uma fragilidade outrora impensável.

Os efeitos desse "tempo" também perpassa e atinge o Poder Judiciário, provocando uma profunda mudança na vida dos seus integrantes, provocando forte impacto no íntimo de cada juiz, minando, inexoravelmente o que temos de melhor: que é o idealismo e o amor à missão de prestar a jurisdição.

¹ Conferência proferida no II Encontro Jurídico da Escola Superior da Magistratura (ESM-PA)- Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), em Belém a 10 de outubro de 2013.

Buscando os efeitos desse “tempo”, podemos encontrá-los nas contínuas e insistentes notícias da mídia acerca de eventual defeituosa administração de Tribunais, da imputação, sem o devido processo legal, de culpa aos juízes, em qualquer das suas formas, por causa da demora na condução do processo, de responsabilização do juiz pelos alvarás de soltura ou então pela superpopulação nas penitenciárias.

Trata-se de informações que, pelo seu conteúdo negativo, além de trazerem insegurança ao cidadão, criam uma egrégora negativa em torno do trabalho de cada juiz, provocando efeitos e gerando um panorama nunca imaginado, repleto de distorções e geradoras de intencional desprestígio da figura do juiz na sociedade.

Apropriando-me, neste momento, da célebre frase: “O tempo é o senhor da razão”, não há dúvidas de que os efeitos desse comportamento social, em algum momento entregará à sociedade brasileira os resultados amargos produzidos pela violação da imprescindível reverência que se deve nutrir pelo Poder Judiciário e seus membros, isso porque é vedado desrespeitar o instrumento de alcance da paz social e um dos pilares de sustentação do regime democrático.

Penso, respeitosamente, que podemos mudar esse pano de fundo, e venho a esse magnífico II ENCONTRO JURÍDICO 2013, com a determinação de abraçar a cada colega e dizer: podemos juntos mudar essa imagem, porque ela não retrata a verdadeira magistratura brasileira.

Para tanto, impõe-se ter presente que o juiz não desempenha uma função repleta de poder e glamour. Nós desempenhamos uma missão que deve ser cumprida com humildade e profundo respeito à cena judiciária contida em cada processo, especialmente no que concerne à dor e ao sentimento das pessoas envolvidas no litígio.

E, a propósito, não posso deixar de mencionar que o Projeto do novo CPC art. 12, determina que o juiz passe a julgar os processos observando, rigorosamente, a data de conclusão para proferir a sentença ou acórdão.

A ideia contida no artigo é interessante, conferindo aos jurisdicionados uma perspectiva do tempo restante até que determinado processo seja julgado. Todavia, no meu modo de ver, a ordem legal traz um perigo iminente de retrocesso a todo o trabalho desenvolvido em prol da humanização no trabalho jurisdicional, porque os processos devem serem julgados com prioridade de acordo com o grau de dor que eles carregam.

Infelizmente a prioridade, salvo as exceções legais, ficará relegada a uma questão puramente numérica ou de datas.

Noutro giro, percebo que a nova regra também contraria uma constatação que fiz após quase 39 anos de exercício na magistratura, qual seja: os prazos processuais jamais correspondem aos prazos emocionais.

Ou seja, o futuro Projeto do CPC contará os prazos atrelado exclusivamente a números e datas, olvidando a necessária humanização dos atos jurisdicionais, uma vez que os prazos emocionais estão sempre entrelaçados às dores da alma, sendo de todo impossível ou de todo inapropriado se definir, matematicamente, o tempo e a profundidade das dores da alma.

Precisamos mudar a cena judiciária! Devemos ir mais longe, e um dos caminhos penso que passa por uma importante reflexão: **se é justa a sentença que proferimos, ou se fazemos justiça com a sentença.**

Para demonstrar a importância dessa reflexão é oportuno trazer à baila uma cena judiciária por muitos certamente conhecida, mas que pelo seu valioso conteúdo deve ser lembrada:

La Guardia, sábio juiz nova-iorquino, atraía multidões à expectativa de suas sentenças.

Certa feita foi levado ao tribunal um pobre cidadão que fora surpreendido furtando um pão, ouvidas as testemunhas e confessado o crime, La Guardia, do alto de sua magistratura, expediu o seguinte veredicto: “Fica o réu condenado à pena de recolher em juízo a multa de 50 dólares[...].”

Todos se espantaram e perplexos entreolhavam-se em face da absurda punição imposta ao miserável infrator.

Fez-se uma pausa silenciosa, e prosseguiu o juiz, dirigindo-se à plateia atônita:

*“E todos os senhores, respeitáveis cidadãos americanos, estão condenados a se cotizarem até o valor da multa: **porque** numa terra onde um homem rouba um pão para mitigar sua fome, todos nós somos culpados[...].”*

Esse relato é paradigmático e mostra a exigência de um novo perfil de juiz que precisamos alcançar: aplicar a lei, mas ao mesmo tempo dar-lhe um toque de altruísmo, caridade, equidade, em outras palavras, significa aplicar a lei na sua forma humanizada.

O mundo contemporâneo exige um juiz com formação pacificadora. Na verdade a nossa missão é ser um serenador de almas e não apenas um proferidor de sentenças, porque por mais belas que elas sejam, sempre cortarão a carne viva e apontarão um vencido.

Por causa de todas essas necessárias e impostergáveis mudanças é **proibido ao juiz envelhecer**.

Envelhecer é pensar-se tudo feito e acabado – é bom que fique tudo como está!

Envelhecer é a desistência diante dos novos desafios que a vida nos apresenta a todo o instante!

O processo clássico envelheceu, por isso a vida está cobrando a mudança de postura do juiz.

Afinal, nunca, nós juízes, consideramos a mágoa das partes para julgar, muitas e muitas vezes, nas audiências, sequer olhamos nos olhos daqueles que estão aflitos à espera da sentença, ou simplesmente da nossa palavra ou do nosso olhar...

Induvidosamente esta é a nova toada que envolve a **missão de julgar**: sem um propósito de transcendência a tão propalada mudança de mentalidade dos juízes passa a ser apenas uma ideia vazia e estreita, podendo ensejar, inadvertidamente, apenas um instrumento de simples manifestação dos poderes sociais.

Feitas estas reflexões, acerca da **nossa missão de julgar**, pinçarei do Projeto do CPC, neste exato momento em votação na Câmara dos Deputados, que reputei importantes para o conhecimento e reflexão dos colegas.

A nova roupagem do CPC é a divisão em Parte Geral e Parte Especial, com 1.083 artigos.

A **Parte Geral** é composta por seis livros:

1. Livro I – das normas processuais civis (art. 1 a 15)
2. Livro II – da função jurisdicional (art. 16 a 69)
3. Livro III – dos sujeitos do processo (art. 70 a 187)
4. Livro IV – dos atos processuais (art. 188 a 294)
5. Livro V – da tutela antecipada (art. 295 a 312)
6. Livro VI – formação, suspensão e extinção do processo (art. 313 a 318)

A **Parte Especial** é composta por quatro livros:

1. Livro I= do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença (art. 319 ao 786)
2. Livro II=- do processo de execução (art. 787 ao 941)
3. Livro III= dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (art. 942 ao 1057)
4. Livro complementar= das disposições finais e transitórias (art. 1058 ao 1083).

1 PARTE GERAL

1.1 LIVRO I – das normais processuais civis

O **Capítulo I** aglutinou todas as normas fundamentais do processo civil, seus princípios, regras de comportamento das partes desde o ajuizamento do processo, salientando o dever de cooperação dos sujeitos do processo para se alcançar o tempo razoável instituído pela Constituição Federal.

O **Art. 12** chama especial atenção porque determina o julgamento em ordem cronológica.

1.2 LIVRO II – da função jurisdicional

O Livro cuida da jurisdição nacional e internacional, devendo ser dado especial destaque à previsão **Do auxílio direto**, regulando as medidas quando não decorrerem de autoridade jurisdicional

estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil.

Art. 42 – competência

Institui a chamada **cooperação nacional** para a prática de qualquer ato processual, elevando a dever a recíproca cooperação quer por meio de magistrados quer por servidores.

O denominado **pedido de cooperação jurisdicional** pode ser formulado e executado por meio de:

- auxílio direto;
- reunião ou apensamento de processos;
- prestação de informações;
- atos concertados entre os juízes cooperantes (podendo ser inclusive, para obtenção de provas, efetivação de tutela antecipada, de medidas ou providências para recuperação e preservação de empresas, etc.).

1.3 LIVRO III – dos sujeitos do processo

Art. 73 – O parágrafo quinto exclui a união estável do dever de citação de ambos os cônjuges para determinados tipos de ação que envolve a entidade familiar.

A exclusão é inconstitucional considerando que a união estável encontra abrigo na Constituição e para fins de casamento foi equiparada.

O Art. 85 cuida dos honorários advocatícios especificando, detalhadamente a sua fixação, bem como deixando expresso que se trata de direito do advogado e insere o caráter alimentício cristalizado na jurisprudência.

Parágrafo primeiro é uma inovação, trata da aplicação de honorários advocatícios a cada recuso interposto, cumulativamente.

O Parágrafo terceiro, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, instituiu critério próprio, especificado o mínimo e o máximo em face do proveito econômico em salários mínimos

O Parágrafo quatorze veda a compensação de honorários nas hipóteses de sucumbência parcial.

O Art. 119 modificou a intervenção de terceiros, mantendo a assistência simples e a litisconsorcial; a

denúnciação da lide e o chamamento ao processo apenas.

O Art.133 instituiu e disciplinou o Incidente de descon sideração da personalidade jurídica, concedendo legitimidade para fazê-lo ao Ministério Público e a pedido da parte.

Obrigatoriedade de anotação no distribuidor e gerará a suspensão do processo.

Dispensado a incidente caso o pedido tenha sido formulado na petição inicial, e será admitida sua instauração em todas as fases do procedimento.

É obrigatória a citação do sócio ou da pessoa jurídica.

Haverá instrução e da decisão caberá agravo de instrumento.

Acolhido o pedido de descon sideração todos os atos de alienação ou oneração praticados após a instauração do incidente serão considerados em fraude de execução, gerando a ineficácia dos mesmos.

O Art. 138 regula a participação do *amicus curiae*, deixando a cargo do juiz, na decisão que admitir a intervenção, definir os poderes do mesmo.

O Parágrafo terceiro concede ao *amicus curiae* a faculdade de recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Art. 149 – dos auxiliares da justiça

O Art. 156 atendeu a um sonho antigo dos juízes de primeiro grau, concedendo o assessoramento judicial direto por um ou mais servidores e arrolando os tipos de atribuições e, o que pode ser delegado pelo Juiz aos assessores.

O Art. 166 inclui no rol dos auxiliares da justiça os conciliadores e medidores judiciais.

Segue, na essência, a resolução 125 do CNJ para a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos os quais serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação em prol do estímulo da autocomposição.

O Parágrafo segundo serve para conscientização dos tribunais para instituir o cargo de conciliador e mediador judiciais, mediante concurso público, de acordo com o **parágrafo sexto**, aliás o que o marco civil da mediação também deixou preconizado.

A expressão “desde que conduzidas por conciliadores e mediadores” nas hipóteses das audiências serem realizadas nos próprios juízos (quando não houver os centros judiciários de solução consensual), realinha a atividade do juiz, que foi treinado para conduzir processos. Assim, o juiz continua na sua atividade-fim que é processar e julgar os processos, remetendo eventuais processos, sempre que vislumbrar possibilidade de composição aos novos auxiliares da justiça.

É dever da administração dos tribunais não desviar a função precípua de julgar, considerando o alto custo da hora de trabalho do juiz.

O Parágrafo terceiro conceitua a atividade do conciliador.

O Parágrafo quarto conceitua a atividade do mediador.

O Art. 168 disciplina, a partir deste artigo, a atividade dos mediadores e conciliadores, capacitação, registro, credenciamento, remuneração e a atividade das câmaras privadas de conciliação e mediação.

O Art. 173 disciplinou os impedimentos e as hipóteses de exclusão do quadro de mediadores e conciliadores, mediante processo administrativo.

O Art. 175 instituiu o dever da União, Estados e Municípios de criarem câmaras de conciliação e mediação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Essa providência indubiosamente proporcionará uma considerável diminuição de demandas envolvendo o Estado que assoberbam o Poder Judiciário.

1.4 LIVRO IV – dos atos processuais

O Art. 193 disciplina minuciosamente a prática eletrônica de atos processuais para a sua produção, comunicação, armazenamento e validação por meio eletrônico, estendendo as novas técnicas para a prática de atos notariais e de registro.

Art. 218 – dos prazos

Art. 219 – Esta disposição legal poderá acarretar inúmeras discussões, mas vale a pena uma reflexão sobre a dimensão da lei.

Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis.

Primeiramente a regra tem que ser limitada aos prazos do Código de Processo Civil, sob pena de alterar todas as contagens de prazos em leis especiais.

Penso que a regra atende ao anseio dos advogados por causa dos prazos mais exíguos (5 dias), assim, o melhor seria estabelecermos todos os prazos do CPC em 15 dias, salvo os embargos de declaração para 10 dias, assim estaria contornado o problema.

As dificuldades e incidentes na contagem dos prazos, pelo fato de serem contados apenas nos dias úteis não serão eliminadas por causa dos feriados estaduais e municipais, ficando os prazos diferenciados para cada Estado ou Município individualmente.

Art. 260 – das cartas, adotando o meio eletrônico para a sua expedição e cumprimento.

O Parágrafo terceiro instituiu a carta arbitral indicando os requisitos que deverão ser cumpridos.

1.5 LIVRO V – da tutela antecipada

Foi eliminado o processo cautelar e instituído um livro próprio para as tutelas antecipadas que podem ser:

Art. 301 – Tutela antecipada de urgência que será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Art. 306 – Tutela da evidência que será concedida, em caráter liminar e independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas por documentos ou a tese tenha sido firmada pelo processo repetitivo ou súmula vinculante.

Art. 307 – procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, mediante petição que indique a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar, bem como o perigo da demora na prestação da tutela jurisdicional.

Citado o réu e contestado o pedido cautelar seguirá o procedimento comum.

1.6 LIVRO VI – da formação, suspensão e extinção do processo.

Art. 318 – dentro do capítulo da extinção do processo, chama a atenção o disposto neste artigo, porque estabelece a obrigação de conceder o juiz à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, contudo não especifica o tipo de vício e, mais que isso, ignorando o princípio da preclusão na prática dos atos processuais.

2 PARTE ESPECIAL

2.1 LIVRO I – do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença.

O Art. 322 fixa o dever de o juiz indicar, com precisão, o que deve ser corrigido ou completado na petição inicial, eliminando qualquer barreira entre a atividade do advogado e a atividade do juiz, certamente em prol do aproveitamento do processo em favor da economia processual.

Art. 334 – da conversão da ação individual em coletiva.

Trata-se de uma novidade processual e exige para tanto que haja relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio, faculta-se ao juiz, a requerimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, a conversão em coletiva de ação individual, desde que veicule pedido de alcance coletivo ou relação jurídica plurilateral.

O parágrafo segundo, veda a conversão em processo coletivo quando a tutela de direito for de individuais homogêneos.

No parágrafo quarto, determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que adite ou emende a inicial para adaptá-la à tutela coletiva.

Parágrafo nono – a conversão independe da vontade do autor e seu pedido estritamente individual deverá ser processada em autos apartados.

Parágrafo décimo – haverá obrigatória participação do Ministério Público.

Art. 335 – audiência de conciliação ou de mediação.

A nova proposta altera o momento da audiência de conciliação e mediação, que ocorrerá como o primeiro ato do processo, e o réu será citado para a audiência.

A citação do réu deverá ter antecedência mínima de vinte dias e audiência designada com mínimo de 30 dias de antecedência da data.

Parágrafo oitavo – Há um detalhado procedimento para não querer a realização da audiência de conciliação, e a ausência injustificada será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida para a União e não ao Fundo de Modernização Judiciário criado pelo novo Código.

Art. 344 – da reconvenção

Foi mantida e ampliada, isto é, a reconvenção pode ser proposta contra o autor e um terceiro, trazendo mais complexidade ao instituto.

O Parágrafo sétimo admite a reconvenção da reconvenção em manifesto retrocesso alongando, sobremaneira, o processo e tornando muito mais complexo o julgamento, quando, na verdade, poder-se-ia admitir para todos os procedimentos o pedido contraposto, com maior simplicidade para as partes.

O Art. 345 instituiu um verdadeiro incidente de alegação de convenção de arbitragem que deverá vir em petição autônoma e oferecida na audiência de conciliação ou de mediação.

Art. 363 – do julgamento antecipado parcial do mérito.

Esta é outra novidade que foi inserida para o juiz obrigatoriamente decidir um ou mais pedidos formulados quando se manifestar incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento nos termos do art. 362 (revelia ou desnecessidade de produção de provas).

Haverá a duplicação de recursos e, ainda, paralela à instrução do restante da lide, uma execução provisória da parte julgada antecipada.

O **Parágrafo quarto** indica o cabimento do agravo de instrumento para a decisão que julgou antecipado parcialmente um ou alguns dos pedidos formulados na inicial.

Art. 364 – do saneamento e da organização do processo.

Parágrafo primeiro – saneado o processo pelo juiz, as partes tem direito de **pedir esclarecimento** ou **solicitar ajustes**, norma que causa perplexidade porque poderá gerar cizânia num importante momento processual, inclusive ser objeto de agravo de instrumento, com alongamento no andar do procedimento.

Parágrafo segundo – as partes podem apresentar para homologação do juiz uma delimitação consensual das questões de fato e de direito, deixando o juiz limitado no seu trabalho.

Art. 495 – da sentença e da coisa julgada.

Art. 498 – possui inúmeras alterações, mas chama atenção seu conteúdo que afirma: desde que possível, o órgão jurisdicional resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria o pronunciamento.

Há muito mais novidades que deixarei de abordar devido ao tempo, sem olvidar que esse Projeto voltará ao Senado Federal que tem o poder de adotar as emendas sugeridas ou simplesmente recusá-las, mantendo, então o texto inicial.

O Projeto do CPC, oferecido pelo Senado Federal, possui 970 artigos com a seguinte sistemática: Parte Geral – Livro I; Do Processo de Conhecimento – Livro II; Do Processo de Execução – Livro III; Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das decisões judiciais – Livro IV e Das disposições finais e transitórias – Livro V

Nas sábias palavras do Livro dos Eclesiastes: **há um tempo para tudo.**

Auguro que o nosso tempo seja lembrado pelo despertar de uma nova reverência face à vida, como retratado na escultura **Justice and Mercy** localizada na Sanford University, no Alabama, em que o Anjo da Piedade sussurra ao ouvido da Themis, a deusa da Justiça, a seguinte frase:

“Busque a sabedoria para temperar justiça com misericórdia”.

Assim, rogo a Nossa Senhora de Nazaré que nos inspire a trabalhar em prol da consolidação do ideal propalado pelo Anjo da Piedade para a Justiça dos homens!

Conferência II

25 Anos de Direito à Saúde: considerações introdutórias sobre a reflexividade do novo modelo

Seminário 25 Anos do Direito à Saúde: Integralidade, Responsabilidade e Interdisciplinaridade – Afinal, do que se trata?

IMS/UERJ

(Rio de Janeiro-RJ / Setembro de 2013)

25 Anos de Direito à Saúde: considerações introdutórias sobre a reflexividade do novo modelo¹

Milton Augusto de Brito Nobre*

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), biênio 2009/11.

A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fracturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercute-se muito particularmente, tanto nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social. Daí que, uma vez transpostos os umbrais da transição paradigmática, seja necessário reconstruir uns e outros.

Boaventura de Souza Santos

No esforço de bem retribuir o gentil convite dos organizadores deste Seminário, realizado pelo Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS), do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IMS/UERJ), que me conferiu a responsabilidade de proferir esta fala de abertura, colhi

uma das perfeitas flores do grande jardim de agudas observações de Boaventura de Souza Santos sobre o nosso tempo para adornar o pórtico do meu breve e desprezioso pronunciamento, também na tentativa de motivar o distinto auditório para o imenso pano de fundo do cenário temporal no qual estão inseridos os 25 anos do direito à saúde no Brasil, tomando-se a data da promulgação da Constituição da República de 1988 como termo inicial de contagem, embora todos saibam que esse marco é mais simbólico do que real.

Digo, assim, embora todos saibam que esse marco é mais simbólico do que real, não para negar ou diminuir a concreta importância da Constituição Cidadã quanto ao direito à saúde no Brasil, mas apenas com o propósito de ressaltar que muito antes, mais exatamente durante os anos 70 do século passado, fincaram-se as primeiras vigas que serviriam de alicerce ao chamado Movimento da Reforma Sanitária, verdadeiro condutor do projeto aprovado na 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986 e que terminou se projetando na revolução promovida pelo Texto de 5 de outubro de 1988, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

¹ Conferência proferida no Seminário 25 Anos do Direito à Saúde: Integralidade, Responsabilidade e Interdisciplinaridade – Afinal, do que se trata?, realizado em 26 e 27 de setembro de 2013, no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IMS/UERJ).

Penso que essa ligeira menção é necessária, sobretudo num evento como este, de modo a lembrar e reverenciar um grupo de notáveis brasileiros, médicos, enfermeiros e outros profissionais da saúde, cujos nomes deixo de citar pelo temor de cometer alguma injustiça, que desenvolveram um grande e denodado esforço para suplantarem o esgotado modelo assistencial hegemônico de saúde, que prevaleceu durante décadas no nosso país, e substituí-lo pelo totalmente diverso hoje vigente, o qual, no meu modo de ver, não obstante padeça de um grave defeito estrutural que referirei adiante, bem ainda de inúmeras deficiências de operação, pode ser mencionado como a maior conquista da nossa nação em matéria de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

Referencio, pois, na abertura desta importante reunião científica sobre os 25 anos do direito à saúde todos aqueles que acreditaram na utopia alimentada pelos artífices daquele movimento reformista, que deu ressonância ao descontentamento da grande maioria da nossa população excluída, até então, de qualquer acesso ao direito à saúde. A esses brasileiros, mulheres e homens, que sonharam ser possível construir um modelo novo de saúde para o Brasil mais acessível, digno e igualitário, e conseguiram transformar esse sonho, em considerável parte, realidade, deve-se, quando pouco, a permanente lembrança da luta que encetaram por essa grande conquista afirmativa de um novo paradigma para um efetivo cuidado à saúde de todos aqueles que aqui vivem, ainda que temporariamente.

Mas, voltando a falar de mudanças paradigmáticas, parece-me apropriado também lembrar que estas não se consolidam nas revelações com datas certas ou termos iniciais simbólicos, pois o novo paradigma sempre depende de uma incessante luta para se firmar, e é isso que temos visto acontecer com o direito à saúde no Brasil, uma vez que, passados esses 25 anos da Constituição, embora tenhamos testemunhado grandes avanços tanto na efetiva implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto no aperfeiçoamento da regulação do sistema privado suplementar, ainda estamos longe da plena eficiência do novel modelo.

Contudo não parece conveniente tratar no momento de toda a marcha evolutiva da implantação desse modelo, revisitando topicamente os seus avanços e retrocessos ocorridos nestes 25 anos, por duas razões: a primeira, porque esse propósito não seria compatível com o tempo adequado a uma exposição que não deve passar dos limites da duração razoável; e a segunda porque certamente qualquer iniciativa nesse sentido seria assaz repetitiva, servindo apenas para ocupar a atenção do distinto auditório, sem nenhum resultado positivo.

Por esse motivo, ao receber o chamamento para participar deste seminário, através do prezado prof. Felipe Asensi, entendendo que o modelo de assistência à saúde em vigor, como antes referi, apresenta uma deformidade de difícil superação, optei por fazer nesta oportunidade algumas considerações a seu respeito como ponto de partida para um estudo profundo e mais a sério, como diria Dworkin, o que espero resulte do interesse dos que me distinguem com suas atenções.

Anoto que também me pareceu oportuno apresentar-lhes algumas considerações introdutórias a respeito da falha estrutural que objetivo esclarecer no curso desta exposição, porque a mesma não se origina de condicionantes externas ao modelo vigente e, embora por igual não resulte propriamente de fatores vinculados à sua prática, esta responde, no meu modo de ver, pelo seu agravamento e, em consequência, quanto mais tempo passar sem nenhuma medida corretiva, maiores e profundos serão os seus efeitos negativos para que seja alcançada a efetividade do direito à saúde, tal como tratado na Constituição em vigor.

Refiro-me ao fato de ter sido a assistência à saúde, em nosso país, a partir de 1988, estruturada constitucionalmente com o SUS, consagrado como um sistema público de saúde único, porém tendo, ao seu lado, um sistema privado de saúde, dito suplementar, mas que, por falta de maior delimitação das suas atribuições ou do seu campo de atuação no Texto Constitucional, terminou na prática possuindo finalidades semelhantes e com tais dimensões a ponto

de ser muito mais do que um sistema¹ que acrescenta ou adiciona algo ao primeiro, suplementando-o, para se configurar como um sistema paralelo e alternativo integrante do mesmo conjunto de que se origina a constante *reflexividade* desse modelo, a qual tem efeitos permanentes na sua eficiência.

Abro aqui um parêntese para esclarecer que tomo por *reflexividade* um voltar-se para si próprio, vale dizer, algo que se lastreia na ideia de que a sua ocorrência existe numa relação de autoinfluência de uma determinada prática ou atividade, pela qual esta termina conformando em concreto a sua concepção teórica e refletindo na realidade.

No caso do modelo brasileiro de assistência à saúde, porém, a *reflexividade*, como penso existir, apresenta dupla face: uma decorrente desse modelo não apenas ser misto, na medida em que formado por dois sistemas, um público e outro privado, mas em razão de não haver sido fixado na Constituição, de modo claro, em que o segundo, isto é, o sistema privado, suplementará o SUS², acarretando, na prática, em especial após as ampliações de cobertura dos planos do sistema privado feitas pela Lei nº 9656/1998³, por regulamentações da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁴ ou

1 Gregori (2010, p. 36), prefere dizer que o sistema de saúde é formado de dois subsistemas: de um lado está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada/contratada ao SUS, e, de outro, está o subsistema privado, que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS.

2 Russo e Russo (2011, p. 185) fazem as seguintes observações sobre a denominação saúde suplementar: “a denominação saúde suplementar merece crítica, porque passa a ideia de acessoriedade a um objeto principal, como se o SUS fosse o principal e a saúde suplementar o acessório, na verdade os dois sistemas são independentes e têm fundamentos distintos.” Embora essa crítica seja procedente, ao mesmo tempo reforça a constatação de que há *reflexividade* entre ambos os sistemas, na medida em que termina revelando que, de algum modo, se espelham.

3 Especialmente com as alterações da Medida Provisória nº 2.177-44/2001 e acréscimos da Lei nº 10.223/2001, mandando incluir no rol de cobertura dos Planos a prestação de serviços de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, e da Lei nº 12.738/2012 no que se refere ao fornecimento de bolsas de colostomia, ileostomia e urostomia, sonda vesical de demora e coletor de urina com conector, para uso hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade.

4 Cabe mencionar, a título de exemplificação, a Resolução CONSU Nº 02, de 04.11.1998, alterada pela Resolução CONSU nº 15, de

por decisões judiciais⁵, que ambos disponibilizem serviços cada vez mais semelhantes, o que leva a qualidade do primeiro a se refletir na do segundo e vice-versa; e outra originária do fato de a realidade do desempenho do próprio modelo, por ser de um conjunto, voltar-se sobre cada qual dos seus sistemas integrantes, porém impactando-os de modo diverso, na medida em que não têm finalidades econômicas idênticas, com sérios riscos à sustentabilidade, principalmente do sistema privado⁶.

Quanto ao primeiro aspecto, ou seja, o que decorre não apenas do modelo ser misto, mas de

29.03.1999, que trata da cobertura às doenças e lesões preexistentes; a Resolução CONSU nº 11, de 04.11.1998, também alterada pela Resolução CONSU nº 15, de 29.03.1999, que dispõe sobre a cobertura de todos os transtornos psiquiátricos codificados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde; a RN nº 07, de 18.02.2000, que incluiu as consultas ambulatoriais no plano-referência, o que não constou expressamente no disposto no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998; a RN nº 186, de 14.01.2009, que permitiu a portabilidade da carência, evitando que o consumidor, sob determinadas condições, fique exposto a chamada “recontagem de carência”; e a RN nº 211, de 11.01.2010, que atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para a cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências.

5 Veja-se, *verbi gratia*, e sem qualquer preocupação de ordenar, além da Súmula 302 do STJ que solidificou o enunciado de que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”, os seguintes precedentes dessa Corte Superior: STJ - REsp. nº 668.216/SP, rel. Min. Menezes Direito, DJ 02.04.2007, firmando orientação de que os planos de saúde podem estabelecer quais as patologias cobertas, mas não dispor sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato, em razão do que não havendo exclusão do câncer, não podem aqueles negar cobertura à quimioterapia que é uma das alternativas possíveis objetivando a cura da doença, STJ - AgRg no AI nº 704.614/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 19.11.2007, determinando que se o plano celebrou o contrato sabendo que o consumidor sofria de enfisema pulmonar expressamente assumiu o risco de arcar com as despesas oriundas da evolução desse quadro clínico para pior; REsp nº 251.024/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.02.2002, que considerou abusiva a cláusula contratual limitadora do tempo de internação do consumidor; Resp nº 469.911/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 10.08.2008, declarando a abusividade de cláusula contratual que imponha limite de tempo para internação em UTI; e REsp. nº 729.891/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.05.2007, na esteira de reiterados precedentes sobre abusividade de cláusulas excludentes de moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória (AIDS), mantendo idêntico entendimento para casos de exclusão de cobertura para o tratamento de hepatite “c”.

6 A respeito da sustentabilidade das operadoras dos planos privados de saúde, o Presidente da ANS, André Longo Araújo de Melo, em recente audiência pública conjunta das Comissões de Justiça e Cidadania (CCJ), de Assuntos Econômicos (CAE) e de Assuntos Sociais (CAS) do Senado, conforme amplamente divulgado na imprensa (jornal “O Liberal”, edição de 21.06.2013) teria afirmado que “é o maior desafio enfrentado, hoje, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.”

apresentar o defeito de não terem sido delimitados claramente os contornos e as diretrizes para atuação dos planos privados, parece-me importante enfatizar, mais uma vez, que, existindo um sistema público único de saúde e, em paralelo, um sistema privado mais alternativo do que realmente complementar que, em 2012, teve a receita de R\$ 95 bilhões e despesas totais de R\$ 79,9 bilhões⁷, estas últimas bem superiores ao que a União despendeu com ações e serviços públicos de saúde no mesmo ano (em torno de 62 bilhões de reais)⁸, e que atende atualmente, sob vinculação contratual, cerca de 24,7 % da nossa população⁹, ou seja, quase 48 milhões de brasileiros¹⁰, os quais, inclusive não são excluídos do pálio protetor do SUS, há permanente repercussão recíproca das políticas adotadas para cada qual, bem como das distorções, disfunções ou problemas gerenciais de um sobre o outro, em especial porque, embora a Constituição Federal tenha sido clara, na delimitação do alcance das atribuições e responsabilidades do SUS, os planos do sistema privado, como antes mencionei, foram tendo as suas coberturas ampliadas ou, mais precisamente, fixadas *ad instar* das daquele.

Com efeito, enquanto em relação ao SUS a Constituição tenha sido expressa no estabelecimento dos princípios retores dos seus objetivos e da sua abrangência, afirmando a universalidade, a integralidade, a igualdade e a descentralização da assistência à saúde sob seu encargo, no que diz respeito aos planos privados se limitou a dizer que, como todos os demais serviços e as ações de saúde, estes têm *relevância pública*, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle¹¹, o que criou entre os seus

7 DIOPS/ANS/MS - 08.04.2013.

8 BRASIL.Ministério da Saúde (2012).

9 Conforme Ferreira (2011, p. 168) o mercado suplementar abrange em torno de 30% da população, compreendendo a soma da assistência médica e os planos exclusivamente odontológicos.

10 Segundo o Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS-12/2012, 47.943.091 beneficiários de assistência médica, com ou sem odontológica.

11 Como o art. 199, cabeça, da Constituição, dispõe que a assistência à

consumidores expectativas além da cobertura ofertada em cláusulas contratuais, ou seja, de que contratam prestações com regência semelhante a do sistema público, porém com melhor qualidade, uma vez que pagos mensalmente, e abriu espaço às ampliações do legislador ordinário e regulatórias, bem como à construção de uma jurisprudência que se firmou dando prevalência aos princípios da sociabilidade e boa fé, a partir do entendimento, assaz correto, de que versam sobre relações de consumo diferenciadas em razão das suas próprias características.

Nesse cenário, embora os planos privados não tenham sido originariamente concebidos como imagem e semelhança do SUS, já que muito anteriores a este (RUSSO; RUSSO, 2011, p. 186), começaram a ser vistos desse modo, por alguns segmentos de consumidores, apenas com o diferencial de que ofertariam serviços com melhor qualidade, em decorrência de serem custeados por mensalidades pagas em razão de contrato, o que tem contribuído para muitas pretensões de cobertura indevidas que terminam sendo atendidas pela via judicial.

Releva considerar que para reforçar essa concepção distorcida, além de algumas propagandas notoriamente enganosas, muito igualmente vem favorecendo o fato de que, como anota Cunha Júnior (2011, p. 296),

a maioria dos prestadores de serviço, atualmente, atuam em ambos os sistemas - público e privado - acarretando maior disputa pelas vagas. Levando-se em consideração o volume de recursos do setor privado, na categoria de baixa e média complexidade - onde há alta taxa de cobertura por planos, tendem a priorizar um dos sistemas, prejudicando o atendimento ao outro.

Somem-se a isso, as deficiências dos serviços prestados pelo SUS, sobretudo decorrentes dos fracos

saúde é livre à iniciativa privada, o constituinte, embora tendo prescrito que todos os serviços e ações de saúde são de relevância pública, deixou de estabelecer princípios retores para o sistema privado de saúde que, assim, ilumina-se pelo disposto no art. 170.

desempenhos da descentralização municipalizadora da atenção primária, as quais têm gerado não apenas fortes demandas de consumo dos planos privados, mas servem, também, de incentivo para que sejam ofertados por operadoras sem condições de sustentabilidade¹². E, de outra banda, o fato de que das negativas de cobertura dos planos privados resultam pressões sobre o SUS, sendo um exemplo dessa realidade a recorrência de ações judiciais, mediante as quais consumidores desses planos, mesmo para obter prestações que estão contratualmente cobertas, demandam-nas judicialmente do sistema público, vale dizer, do SUS, e sem chamar à lide a operadora contratada.

Agrava-se, ademais, esse quadro, porque a realidade desses planos terminou levando a que grande parte da atenção de média e alta complexidade fosse bancada pelo SUS, com repercussões sobre a capacidade de resposta eficiente da rede do sistema público e complementar contratada, gerando problemas sérios de ressarcimento.

No que diz respeito a este último, anota, por sinal com muito acerto, Cunha Júnior (2011, p. 299)

que no que tange ao ressarcimento ao SUS, o regulamento previu que as operadoras de planos de saúde devem ressarcir ‘... os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do (...) SUS’. O ressarcimento do SUS foi instrumento instituído para coibir abusos das operadoras que prometiam determinada cobertura sem garantir o respectivo acesso, acarretando dois efeitos principais: a) enriquecimento sem causa das operadoras; b) pressão sobre os serviços ofertados pelo SUS, principalmente em relação aos de alta complexidade e custo.

¹² Segundo o Presidente da ANS na audiência anteriormente referida, no final de 2012, das 1538 operadoras inscritas na ANS, 120 estavam submetidas a monitoramento especial de suas contas por um dirigente da Agência.

O certo é que, da constante *reflexividade*, decorrente de como foi estruturado o nosso modelo de assistência à saúde, com seus dois sistemas - tanto o público quanto o privado - reciprocamente refletidos, origina-se a permanente influência resultante das deficiências e disfunções de cada qual repercutirem sobre o outro, gerando efeitos negativos que, além de não poderem muitas vezes ser corrigidos onde aparecem, porque causados remotamente, dependem de vontade política e de iniciativas de diferentes órgãos de decisão para esse fim, o que torna o quadro mais complexo e, por que não dizer?, de difícil reversão.

Ao referir que são causados remotamente, não quero expressar que sejam provocados, com exclusividade, fora de cada sistema, mas, sim, que também são influenciados ou têm a contribuição refletida do sistema público sobre o privado e vice-versa e isso torna dificultosa qualquer correção porque, na prática do dia a dia, o SUS, ao lado de possuir órgão regulador diverso do que regula o sistema privado, os seus gestores seguem orientação política muito diferente da visão empresarial que direciona os planos.

Mas, como antes mencionado, a *reflexividade* desse modelo apresenta um segundo aspecto que resulta de ter sido organizado como um conjunto e que, portanto, se reflete, enquanto todo, sobre os seus dois sistemas integrantes.

Nessa segunda vertente, pode-se mencionar como exemplo a tendência burocrática que caracteriza a gestão e a operacionalização tanto do SUS quanto de alguns planos, a qual é reflexiva da forte burocratização do próprio modelo.

Para não ocupar demasiadamente o tempo e cansar o distinto auditório, falando a esse respeito em relação ao SUS, pois este é, como de geral conhecimento, à semelhança dos demais serviços públicos no Brasil, sobretudo burocratizado, parece mais apropriado apenas mencionar que, como reflexo do perfil burocracial do nosso modelo de assistência à saúde, embora a Constituição prescreva

que essa assistência é livre à iniciativa privada (CR: art. 199), como também definiu que todas ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (CR: art. 197), abriu espaço a normatizações da ANS burocratizantes dos planos do sistema privado, contribuindo para que algumas das suas operadoras adotassem organizações gerenciais e de fiscalização, além de complexas, cartoriais e que são coadjuvadas por consultorias, assessorias e estruturas onerosas de supervisão e de controle¹³.

Não resisto, porém, a deixar sem um comentário o fato de que, no Brasil, seja serviço público ou de relevância pública ou, ainda, seja apenas de interesse ou utilidade pública, qualquer órgão ou serviço qualificado por um desses modos já nasce burocratizado, mormente enquanto não alcançarmos o verdadeiro estágio de Administração/qualidade, o que parece se encontrar distante e ser de difícil conquista, mesmo porque não há nada mais eficiente para esconder a incompetência, o descaso e as carências de toda ordem que, no geral, caracterizam tudo o que entre nós é público, do que a nossa histórica burocracia¹⁴.

Acontece, todavia, que não se esgota aí a gravidade desse quadro, isto porque, para complicá-la ainda mais, essa *reflexividade* apresenta pontos de convergência com tendências autofágicas tanto do SUS quanto dos planos privados, tornando muito difícil a superação dos problemas decorrentes.

Esclareço, antes do mais, que chamo de *reflexividade convergente* àquela que resulta de os dois

sistemas do nosso modelo de assistência à saúde, tanto o público quanto o privado, refletirem efeitos negativos convergentes, isto é, ambos apresentam idênticos defeitos ou imperfeições que se espelham do mesmo modo para influir na própria realidade de cada qual e do outro.

Quando a *reflexividade* se configura de modo convergente, em razão de existir a mesma deformidade em todos os elementos de um conjunto ou, como no caso do nosso modelo de assistência à saúde, nos dois sistemas que o integram, refletindo-se negativamente sobre cada qual e reciprocamente, ficam redobradas as dificuldades de correção.

Mas não é só isto! Dependendo da gravidade da deformação e da permanência de seus reflexos negativos, em razão de impossibilidade ou de falta de medidas eficientes para corrigi-los, o modelo tende a ser autofágico. É isso que acontece, no meu modo de ver, com o nosso modelo de assistência à saúde, por duas imperfeições: a primeira é a concorrência que existe entre os seus dois sistemas por prestadores de serviços, uma vez que sejam empresas ou profissionais individualmente, há um mercado único no qual diretamente o SUS ou sua rede complementar e os planos privados disputam em busca das contratações necessárias para atender a seus usuários ou consumidores; e a segunda é o aviltamento dos preços constantes das tabelas adotadas, tanto pelo SUS quanto pelos planos, para remunerar os serviços médicos ou de outros profissionais de saúde.

Embora Silva Júnior e Gouveia (2012) apontem ser uma especificidade da assistência à saúde, no caso brasileiro, o hibridismo que caracteriza o seu sistema, o qual "gera uma série de impasses para a gestão pública dos serviços de saúde, que vão desde a falta de um planejamento integrado à formação de mecanismos de complementaridade", penso que a falta de um planejamento integrado constitui, na realidade, o primeiro efeito negativo da permanente concorrência

¹³ Isso acontece especialmente com algumas Cooperativas.

¹⁴ Para se constatar as deficiências de atendimento do modelo e do aparato burocrático que tenta escondê-las, não são necessárias horas de estudo e de pesquisa. No caso do sistema público, basta alguém entrar em uma lista de espera ou acompanhar uma das famosas filas de atendimento das unidades do SUS. E, no caso do sistema privado, ingressar numa das salas de recepção dos seus serviços verticalizados, com grandes fileiras de cadeiras, quase sempre todas ocupadas, totens ou distribuidores de senhas e televisores coloridos adequados ao conforto do paciente/consumidor.

entre o sistema público e o sistema privado para contratar prestadores de serviço numa mesma rede privada, ou melhor, num mercado único, isto porque os interesses paradoxalmente convergentes em disputa são reflexivos e importam em dificuldades práticas para se construir um planejamento integrado.

Por um modo mais direto de dizer, no particular, como o SUS e os planos privados necessitam de prestadores de serviços de saúde, profissionais e empresas, e não têm outra opção senão disputá-los, permanentemente, num mesmo e único mercado, ou seja, numa mesma rede privada, reflete-se daí, em convergência, interesses contrários que dificultam ou quase impossibilitam a formulação de um planejamento integrado para o modelo.

Essa realidade também contribui para a concentração de prestadores de serviços de saúde nas regiões mais desenvolvidas do nosso imenso território¹⁵ e zonas centrais das grandes cidades, em detrimento das regiões mais pobres e periferias urbanas, impactando de modo mais grave o sistema público que, além de ser descentralizado num país imenso, de organização federativa tridimensional, não tem carreiras únicas de profissionais de saúde e sujeita-se a regras legais complexas para a seleção de prestadores de serviços complementares que necessite contratar.

Em outra via, como essa concorrência mantém sempre aquecida a oferta de oportunidades para os profissionais e empresas prestadoras de serviços de saúde nas áreas centrais das grandes cidades das regiões mais desenvolvidas, não há incentivo para que dali se desloquem o que, a longo prazo, indica

15 Não foi possível no curto prazo dedicado à elaboração destas notas obter informações sobre os demais profissionais de saúde, porém, segundo dados do PNUD 2006 e do CFM - Demografia Médica 2013, o Índice de Desenvolvimento Humanos das cinco regiões brasileiras e a distribuição de médicos registrados para cada 1 mil habitantes, permitem a formação de um cenário no qual a região Norte apresenta o IDH 0,761 e tem 1,01 médicos por 1.000 h; Nordeste: IDH 0,716 e médicos 1,23/1000; Centro-Oeste: IDH 0,818 e médicos 2,05/1000; Sudeste: IDH 0,817 e médicos 2,67/1000; e Sul: IDH 0,831 e médicos 2,09/1000.

uma tendência autofágica do modelo, pelo menos na forma em que segue estruturado, porque se, por um lado, impede a expansão do atendimento do SUS para as localidades mais necessitadas, por outro, serve de limite ao crescimento dos planos. E esse cenário, em ambos os casos, é realmente revelador de uma tendência autofágica do modelo porque, tratando-se do SUS, impede que alcance uma considerável parcela da população brasileira, exatamente a mais necessitada, esvaziando de sentido os princípios da universalidade e igualdade, em negação, portanto, de dois dos seus fundamentos mais caros, bem como dos planos porque estes, sendo organizações empresariais, estão vocacionados de modo imperativo apenas para crescer e, em consequência, se não conseguem fazê-lo, poderão perder sustentabilidade e desaparecer.

A segunda flexibilidade convergente, e que a longo prazo tende à autofagia do nosso modelo de assistência a saúde, é o aviltamento dos preços dos serviços médicos no Brasil¹⁶, que se apresenta como característica constante não só nas tabelas praticadas pelo SUS quanto nas adotadas pelos planos do sistema privado¹⁷.

16 Ressalto que usei as expressões *preços dos serviços médicos* de propósito, pois não tenho espaço para aqui tratar das formas de remuneração dos serviços de saúde, embora não desconheça que exercem influência na fixação desses preços e que, portanto, numa abordagem mais aprofundada merecem ser examinadas em conjunto.

17 Antes de prosseguir, parecem-me necessárias três advertências: a primeira com a finalidade de esclarecer que as anotações a seguir levam em conta apenas alguns valores estabelecidos para remunerar serviços médicos (honorários), uma vez que os propósitos deste trabalho e seus naturais limites de espaço dispensam o esforço em busca de maior amplitude de modo a alcançar atos de outros profissionais ou serviços de saúde, como, *v.g.*, hospitalares; a segunda para explicar que, tendo em conta a extensão e a variedade das mencionadas tabelas, as quais são de todo justificadas ante a necessidade de especificar os preços remuneratórios da grande multiplicidade de atos médicos, mesmo correndo o risco de revelar uma visão muito parcial e incompleta, haverá o destaque apenas do número de exemplos estritamente imprescindíveis para atender à exigência de demonstração; e, finalmente, a terceira objetivando justificar que, em face dos preços constantes das referidas tabelas tanto do SUS quanto dos planos serem, no geral, muito próximos, salvo algumas exceções que não apresentam relevância para alterar as asserções a serem feitas, adotou-se, como exemplos, itens da tabela do sistema público e de um plano escolhido aleatoriamente, sendo que este toma por base a tabela CHBPM com o deflator em torno de 20%.

Segundo Bessa (2011, p. 14)

no Brasil, as tabelas de honorários médicos elaboradas pela Associação Médica Brasileira (AMB) e pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) são a referência principal utilizada para a remuneração do trabalho médico no setor de saúde suplementar. A última tabela de 2003, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), e feita com padrões técnicos pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, em conjunto com a Comissão de Honorários Médicos da AMB, foi implantada parcialmente nos serviços privados de saúde (AMB, 2010).

Ao lado da defasagem nos valores dos preços que resulta da observação de que o sistema privado implantou, parcialmente em 2010, uma tabela elaborada em 2003, como ressalta, em seguida, esse autor:

Trata-se de uma tabela com itens padronizados que respondem a uma hierarquização. Porém, itens de qualidade, resolutividade, segurança, resultados e satisfação dos clientes não são contemplados no documento (AMB,CFM, 2010).

O fato de tais tabelas desconsiderarem esses itens está correto, tendo em vista que a finalidade objetivada pelos seus órgãos elaboradores foi apenas padronizar, de modo hierarquizado, *valores* para procedimentos técnico-profissionais. Contudo, quando essa tabela, assim elaborada, isto é, não considerando itens de qualidade, resolutividade, segurança, resultados e satisfação do cliente, os quais são fundamentais para a fixação proporcional e adequada de *preços* de quaisquer serviços ou honorários profissionais, passa a ser adotada pelos planos do sistema privado como referencial na fixação dos preços a serem pagos aos seus prestadores de serviço, há evidente aviltamento desses preços, que se torna mais grave por também ignorar os *riscos* sempre presentes na prática de atos médicos.

Acontece que as tabelas do SUS igualmente desprezam esses itens e, em consequência, diferem muito pouco das tabelas dos planos privados, espelhando, em convergência, a mesma desqualificação remuneratória dos serviços profissionais prestados ao sistema público, como procuro demonstrar adiante com alguns exemplos escolhidos sob o critério da complexidade técnica do serviço.

Antes desses exemplos não parece irrelevante lembrar que o aviltamento começa com o preço depreciado da consulta médica em consultório que, pela tabela SUS, é de R\$ 10,00 e, segundo a maioria das tabelas dos planos do sistema privado, gira em torno de R\$50,00¹⁸, incluindo a cobertura do retorno do paciente, após resultado dos exames de laboratório ou de imagem recomendados pelo médico, quadro que contribui para alguns desvios que vão desde o encurtamento do tempo de consulta com risco de comprometimento da qualidade até o excesso daqueles exames, não raro dispensáveis em muitos casos.

Essa realidade, porém, apresenta-se mais dramática quando se constata que em procedimentos cirúrgicos de alta complexidade, tanto pela tabela do SUS quanto das operadoras de planos privados, os preços estabelecidos para os honorários médicos são igualmente amesquinçados, como demonstra, em sintético exemplo, o quadro a seguir:

18 Segundo o Caderno de Informação da Saúde Suplementar (set. 2012), o gasto médio das operadoras, por modalidade, com consulta em 2011 foi de: R\$ 60,74 nas seguradoras, R\$ 45,16 em planos de autogestão, R\$ 44,85 nas cooperativas médicas, R\$ 42,39 em medicina de grupo e R\$ 38,30 nos planos filantrópicos.

HONORÁRIOS MÉDICOS DE ALGUNS PROCEDIMENTOS (R\$)

PROCEDIMENTO	SUS	PLANO
Esofagectomia com Toracotomia e Esvaziamento (Câncer de esôfago)	581,18	960,00
Gastrectomia Total em Oncologia (Estômago)	610,21	1.244,00
Gastroenteroanastomose em Oncologia	180,15	576,00
Esplenectomia em Oncologia (Baço)	233,35	720,00
Ressecção múltipla de segmentos do tubo digestivo	704,39	480,00
Quimioterapia de Carcinoma Hepático	292,05	Hospital fecha pacote com a Seguradora

Não é difícil inferir que nesse cenário vicejam muitas transgressões éticas por parte de alguns profissionais, aos quais a resposta dos planos, a pretexto de defesa, são procedimentos não menos antiéticos, tais como o estabelecimento de fluxos retardados de pagamento, glosas lineares, interferências indevidas na autonomia de exercício profissional, direcionamento de clientela, etc.

Como a desqualificação remuneratória dos serviços profissionais do médico é uma característica comum dos dois sistemas, decorre daí *reflexividade convergente* que torna muito mais difícil a reversão do *status quo* em cada qual, indicando no tempo a autofagia do modelo por descrédito social.

CONCLUSÃO

A *reflexividade* que produz efeitos constantes sobre a eficiência e a qualidade dos desempenhos resultantes da aplicação do modelo brasileiro de assistência à saúde, como se tentou, ainda que em nível introdutório, problematizar, torna cada vez mais dificultosa qualquer medida corretiva. E, não obstante seja certo concluir que uma análise mais aprofundada e amplamente discutida por todos os envolvidos conduzirá a soluções de maior consistência, penso que três iniciativas, todas dependentes de vontade

política do Governo Federal, podem ser indicadas como um bom começo com aquela finalidade.

A primeira delas é a criação de um grande fórum de debate, com ampla participação social, sobre a necessidade de serem delimitados contornos mais precisos para o sistema de saúde suplementar, de modo a redesenhar o cenário atual, no qual temos uma certa área de conurbação entre o SUS e o sistema privado. A segunda é a formulação de um planejamento estratégico integrado para o modelo, de modo a superar os entraves causados pela concorrência existente entre o SUS e o sistema privado, em especial na busca de prestadores de serviços. E, finalmente, a terceira, embora tenha consequências maiores no âmbito do sistema público, mas com grandes reflexos sobre o sistema privado, é a criação no SUS de carreiras nacionais para os profissionais de saúde cuja estruturação merece ser bem pensada para evitar o erro cometido com os magistrados e membros do Ministério Público que terminaram, por força de disposição constitucional, sendo remunerados por subsídio fixado em parcela única, o que levou à eliminação do adicional de tempo de serviço desses agentes públicos, ou seja, de uma parcela remuneratória essencial à valorização da experiência decorrente do tempo de exercício em qualquer carreira.

REFERÊNCIAS

BESSA, Ricardo de Oliveira. **Análise dos modelos de remuneração médica no setor de saúde suplementar brasileiro**. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011. <Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8151/61090100005.pdf?sequence=1>>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento. **Despesas com ações e serviços públicos de saúde**. Brasília, 2012. Disponível em: http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Set/28/Despesa_total_saude.pdf. Acesso em: 19 jun. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de saúde suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERREIRA, Cláudia Galiberne. O sistema de saúde suplementar e as tutelas de urgência. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). **Curso de direito médico**. São Paulo: Conceito, 2011.

GREGORI, Maria Estela. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RUSSO, Juliana de Souza Gouvêa; RUSSO, Marlo. O plano privado de assistência à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. v. 1, p. 257.

SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. Saúde suplementar: regulação e jurisdição. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseli (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.





Relato

“O Tribunal de Justiça vai aonde você está”

Cristiano Arantes e Silva

Juiz Auxiliar

Francisco Fiuza

Analista Judiciário

INTRODUÇÃO

O Ministro Cesar Peluzo, então presidente do Supremo Tribunal Federal, em seu discurso de abertura do ano judiciário de 2012, perante a seleta platéia do Conselho Nacional de Justiça, afirmou que, nos últimos anos, “o Poder Judiciário ganhou estatura, enfrentou reformas, aproximou-se da sociedade, ...”. Essa frase, embora simples, encerra um dogma que vem sendo dissecado ao longo dos tempos recentes: o de que o Poder Judiciário, tradicionalmente, mantinha discreto afastamento dos beneficiários de sua atuação, imune, não raras vezes, aos anseios, às expectativas e às esperanças da sociedade. O eminente Ministro, enfim, enfatizava a introdução de uma nova ordem de comportamento voltada a aproximar o Estado-Juiz dos verdadeiros destinatários das normas de direito: o povo.

Historicamente, como se sabe, o Judiciário sempre adotou uma postura de circunspecto afastamento do tecido social, assenhoreando-se da função de julgar – do alto de suas tribunas – em consonância com uma equivocada interpretação do princípio da inércia, cuja essência, afinal, era a de que os magistrados permanecessem no aguardo de que o povo os procurasse na busca de solução às suas demandas, desonerando-se, assim, da pedagógica tarefa de orientar a grande massa quanto aos direitos que lhes são assegurados.

A tônica, entretanto, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, já de algum tempo, é a de buscar aproximar-se cada vez mais da sociedade. A cada biênio, à sua maneira, os Desembargadores que presidiram o Tribunal de Justiça avançaram nesse sentido e, na atual gestão, essa tão almejada aproximação tem-se mostrado como objetivo claramente perseguido.

Num pensamento moderno e mais consentâneo com as profundas transformações sociais dos últimos tempos, as Desembargadoras Luzia Nadja Guimarães Nascimento e Diracy Nunes Alves, aquela na Presidência do Tribunal e esta na Coordenadoria dos Juizados Especiais, assumiram conduzir a administração da justiça com base num programa/conceito hoje denominado de “O Tribunal de Justiça vai aonde você está!”, numa referência explícita ao fato de que juízes e servidores passam a adotar a postura de sair de seus gabinetes e administrar a justiça em ações o mais próximo da grande massa populacional.

Para tanto, uma variedade de projetos foram pensados e implementados, tendo como escopo o estreitamento das relações entre o Poder Judiciário e as camadas da população mais carentes da prestação jurisdicional, adotando-se como estratégia o deslocamento de juízes e servidores aos lugares em que, minimamente, pudesse haver concentração de pessoas, como é o caso, por exemplo, de praças, praias ou locais de prática de esportes, prestando-

lhes atendimento adequado à natureza do momento, quer seja o pronto-atendimento, quando se enfrenta a demanda gerada pelo agrupamento de determinada parcela da população (processual e pré-processual) ou mesmo para a realização de mutirões voltados ao enfrentamento de demanda represada nas unidades judiciárias. Passaremos a discorrer, doravante, acerca dos instrumentos que possibilitaram o estreitamento das relações do Poder Judiciário com as camadas sociais à que se destinam sua atuação.

O PROJETO “FUTEBOL COM JUSTIÇA”

O primeiro grande projeto levado avante no sentido de aproximar o Poder Judiciário dos jurisdicionados foi, sem dúvida, o *“Futebol com Justiça”*. Trata-se, em suma, de promover medidas concretas de pacificação social nos eventos esportivos de grande concentração popular, especialmente em competições de futebol. O conceito de pacificação abordado no projeto envolve a solução de conflitos entre torcedores e a repressão à prática de infrações penais de menor potencial ofensivo, conjugando-se, essas ações, com a aplicação das regras previstas no Estatuto do Torcedor.

O projeto estabeleceu parcerias com o Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e Federação Paraense de Futebol. As primeiras ações foram desenvolvidas durante os jogos de decisão da *“Taça Cidade de Belém”*, nos primeiros meses de 2013, com a participação dos dois maiores clubes do Estado, naquilo que já ficou conhecido como *“o grande clássico do futebol paraense, Remo x Paysandu”*, no Estádio Olímpico do Pará, popularmente conhecido como *“Mangueirão”*. Equipes de servidores do TJPA lideradas por juízes e acompanhadas de representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública passaram a manter postos avançados de atendimento às demandas surgidas no entorno do estádio, em eventos cuja expectativa de público fosse igual ou superior a vinte mil torcedores, independentemente de quem estivesse à frente da disputa.

Na implementação do projeto, o TJPA instalou no espaço do estádio dois ônibus adaptados às atividades da justiça itinerante, contando, cada um deles, com sala apropriada à realização de audiências e anexo para funcionamento de secretaria. A imprensa especializada na cobertura de competições de futebol acolheu a iniciativa e passou a divulgar amplamente a presença do Judiciário no estádio, gerando um efeito surpreendente sobre os frequentadores, a ponto de verificar-se expressiva queda no número de registro de ocorrências policiais, culminando, nos jogos mais recentes, com a absoluta inexistência de conflitos capazes de exigir a intervenção do Poder Judiciário.



Ônibus do TJPA no estacionamento do estádio “Mangueirão”

É uma mostra de que a presença ostensiva do Poder Judiciário nesses eventos contribui com a estratégia de segurança pública e, em última análise, garante a paz nos estádios.

O PROJETO “VERÃO COM JUSTIÇA”

Idealizado pela Desembargadora Diracy Nunes Alves e implementado pela Coordenadoria dos Juizados Especiais, o Projeto *“Verão com Justiça”* tem como objetivo específico contribuir com a paz dos veranistas, famílias e pessoas que frequentam o *verão paraense*, possibilitando o gozo tranquilo do período de férias escolares nas praias de maior movimento populacional do Estado.



Atendimento na Praia do Chapéu Virado

O Projeto foi executado, pioneiramente, em regime de revezamento, nos quatro finais de semana do mês de julho, nos seguintes locais: em Belém, na Praia Grande, Distrito de Outeiro, e na Praia do Chapéu Virado, Distrito de Mosqueiro; em Marapanim, na Praia de Marudá, e em Salinópolis, na Praia do Atalaia e na orla do Maçarico.

Na ilha de Outeiro, as unidades judiciárias volantes estacionaram na Praia Grande e, presididas pelos juízes Cláudia Favacho e Fábio Penezi Póvoa, permaneceram disponíveis para atendimento, logrando importante êxito como ação preventiva, de modo a garantir que nenhuma ocorrência fosse registrada, atingindo assim o objetivo maior de assegurar tranquilidade às famílias que ali se encontravam desfrutando de agradável momento de lazer.

Em seguida, a estrutura itinerante foi deslocada para a ilha de Mosqueiro, permanecendo estacionada na Praia do Chapeú Virado, talvez a de maior concentração de banhistas da ilha. Os trabalhos foram presididos pelos juízes Cíntia Walker Beltrão Gomes e Manuel Carlos de Jesus Maria, que deram encaminhamento a diversas transações penais propostas pelo representante do Ministério Público e acompanhadas por Defensor Público especialmente designado para o evento.

No terceiro final de semana do mês de julho de 2013, o TJPA garantiu a presença do Poder Judiciário

na praia de Marudá, Comarca e Município de Marapanim. Os magistrados Gabriel Veloso de Araújo e Fábio de Araújo Marçal presidiram as atividades nas duas unidades volantes estacionadas na praia, totalizando, ao final, três procedimentos encerrados, envolvendo cinco pessoas.



O TJPA na praia de Marudá

No último final de semana, a estrutura itinerante foi instalada na Comarca de Salinópolis. Como aquele local é o de maior concentração turística nesse período, foram montadas duas estruturas para atendimento jurisdicional: uma na praia do Atalaia e outra no prédio do Fórum da cidade. A juíza Cláudia Favacho atuou na unidade judicial da praia, enquanto o magistrado Fábio Póvoa atendia à demanda levada ao Fórum.



O Museu sobre rodas na orla do Maçarico

Todas as ocorrências encaminhadas às Unidades Judiciárias volantes foram resolvidas e finalizadas até o final do expediente da segunda feira seguinte, o que garantiu a solução quase *on line* dos conflitos.

O PROJETO "MUSEU SOBRE RODAS".

Durante a execução do Projeto "*Verão com Justiça*", percebeu-se que a estrutura montada permanecia sem utilização no período noturno, quando costuma ocorrer grande concentração de pessoas na orla do Maçarico, um espaço dotado de bares, restaurantes, lojas de vestuário e bijuterias, parque de diversões para a criançada e outras atrações para os veranistas. Daí nasceu o "*Museu sobre rodas*", cujo objetivo é o de apresentar à população aspectos interessantes da história do Poder Judiciário paraense.

Conduzido pela Analista Judiciária Cacilda Maria Saraiva Pinto, o *Museu sobre rodas* conta com a colaboração de outros servidores que recebem os visitantes e os conduzem por uma viagem que retrata parte da existência do Poder Judiciário do Pará, relatando fatos históricos e fazendo conhecer figuras proeminentes da construção histórica do TJPA.

A partir dessa primeira exposição em Salinópolis, o *Museu sobre rodas* ganhou vida própria e tem visitado diversas outras Comarcas do interior do Estado.

PROJETO "CONCILIANDO NA TRANSAMAZÔNICA"

O Juiz Alexandre Hiroshi Arakaki, Titular da Comarca de Itupiranga, município situado no sudeste do Pará, às margens da Rodovia Transamazônica, levou o Poder Judiciário à Vila Cajazeiras, distante cerca de 25 km da sede, através de estrada não pavimentada, onde reside uma população aproximada de 9.000 pessoas.

A Desembargadora Diracy Nunes Alves, Coordenadora dos Juizados Especiais, acolheu o projeto do magistrado e o submeteu à pronta aprovação da Presidente do TJPA, Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento, sendo enviada de imediato uma unidade judiciária volante, isto é, um



O Juiz Alexandre Arakaki palestrando para a comunidade de Vila Cajazeiras

ônibus da justiça itinerante adaptado à realização de audiências e outros atos processuais, proporcionando à comunidade de Vila Cajazeiras, carente de diversos serviços públicos, a oportunidade de reivindicar seus direitos sem o sacrifício de deslocar-se até a sede do município no precário transporte que lhes é rotineiramente ofertado.

Logo no primeiro dia de permanência na comunidade, o Juiz Alexandre Arakaki presidiu 25 audiências, dando solução ou encaminhando processos de interesse de moradores da Vila Cajazeiras. Além da atividade judicante, o magistrado realizou palestras e encontros de orientação à população beneficiária do evento que contou, também, com o auxílio de representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB/PA, Polícias Civil e Militar, além de parceria firmada com a Prefeitura de Itupiranga.

PROJETO "CIDADANIA TOTAL"

Imbuído do espírito informador do programa "*O Tribunal de Justiça vai aonde você está*", o juiz titular da Comarca de Augusto Correa, Antonio Francisco Gil Barbosa, buscando ampliar as ações de prestação jurisdicional, levando-as às comunidades carentes daquele município, no período de 18 a 22 de novembro, deslocou-se com uma equipe de servidores numa atividade que integra o Projeto denominado de "*Cidadania Total*", às localidades de Vila Araújo (dia 18),

Nova Olinda (dia 19), Aturiaí (dia 20) e Vila Verde (dia 21), encerrando a semana na sede do município, no dia 22.



Exposição do Museu sobre rodas

Outras ações reveladoras de que o TJPA tem ido aonde o povo está.

O comprometimento com a ideia de que o Poder Judiciário precisava ir até os lugares nos quais o povo costuma estar, espairou-se de tal forma que inúmeros juízes passaram a realizar ações junto à população de suas comarcas, invertendo assim o sentido da busca pelo reconhecimento de direitos. Seguindo esse novo conceito, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará fez-se presente em diversos lugares, deslocando magistrados e servidores para atendimento das necessidades da população quanto à prestação de serviços jurisdicionais.

Na Festa do Çairé, tradicional evento folclórico do povo de Alter-do-Chão, município de Santarém, e que costuma atrair milhares de pessoas, o TJPA fez-se presente e conjugou atividade jurisdicional com cultura histórica decorrente da exposição do *Museu sobre rodas*. Em Capanema, esteve presente nas comemorações do aniversário da cidade, assim como em Parauapebas, acompanhando a já conhecida Feira Agropecuária do município, polo aglutinador de iniciativas do agronegócio e da expressão popular dos costumes e tradições da região sul do Estado.

Em Canaã dos Carajás, numa saudável parceria com a Prefeitura do Município e com a Cia. Vale do Rio Doce, o juiz Lauro Fontes Júnior liderou ampla atuação de prestação de serviços jurisdicionais, de ações de cidadania e de atendimento médico-social à população carente da cidade. Em Cametá, os dois juízes que oficiam na Comarca integraram-se à Ação Cívico-Social realizada pelo Força Aérea Brasileira, em parceria com a Prefeitura do Município, e deslocaram-se até a comunidade de Vila Curuçambaba, às margens do Rio Tocantins, prestando atendimento jurisdicional durante três dias aos moradores do local e de diversas ilhas que circundam a sede do município, carentes, como se sabe, da oferta de serviços públicos essenciais à melhoria da qualidade de vida.

CONCLUSÃO

A cada novo dia deste ano de 2013, consolidam-se as diretrizes traçadas pelas Desembargadoras Luzia Nadja Guimarães Nascimento, Presidente do TJPA, e Diracy Nunes Alves, Coordenadora Geral dos Juizados Especiais, relativamente à concepção de que o Judiciário deve aproximar-se cada vez mais da sociedade, indo ao encontro daqueles que detêm, efetivamente, a prerrogativa do exercício do Poder: os cidadãos. As iniciativas que resultam na quebra de paradigmas historicamente fixados, como, o de que estabelece um cômodo afastamento dos administrados em relação aos seus governantes, já não subsistem. A tônica hoje reinante no âmbito do TJPA é o resultado de uma reflexão profunda acerca do reconhecimento que se deve dar aos direitos pleiteados pelas camadas mais carentes da população e isso se tem traduzido como um objetivo a ser alcançado: o de que o Poder Judiciário deve despir-se de parte de sua pompa e tradicionalismo para levar a sua função judicante até aonde o povo está.

E é isso que tem sido feito.





Artigos



Roberto Portugal Bacellar Técnicas de Mediação para Magistrados

Resumo

A Mediação como processo e como Técnica, enfatizando habilidade e procedimentos, é instrumental relevante nestes novos tempos no fazer jurídico inserido no método consensual. Quando o mediador é um magistrado sua figura reveste-se de importância ímpar, por seus conhecimentos inter e transdisciplinares, principalmente nas áreas humanas a fim de distinguir lide processual e lide sociológica. São destacados em alguns tópicos estas técnicas, tais quais: estabelecer “rapport” e edificar credibilidade a partir de apresentação pessoal; ouvir para escutar e redefinir o conflito; liderança servidora e situacional como ferramenta da mediação; resumo, sumarização retrospectiva positiva ou parafraseio; inversão de papéis; recuar estrategicamente quando necessário; ampliar o leque de opções e facilitar o recuo das posições; gerar visualização do futuro; mudar o jogo; identificar falhas e ruídos de comunicações, entre outras técnicas. O destaque é o fechamento de acordo, com sua respectiva redação clara, objetiva e acessível às partes, inclusive quanto aos aspectos jurídicos. Cabe ao magistrado o estabelecimento de normas de conduta, provenientes da vontade autônoma das partes, que propiciem a coordenação de interesses privados, convivência pacífica e harmonia entre as pessoas, na certeza de que quanto mais se pratica, mais se aprende mediação. Hoje o magistrado brasileiro passou a ser intérprete de princípios constitucionais, e as novas legislações apresentam cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, é o magistrado, pois, visto como cidadão referencial e ser humano integral. As técnicas e instrumentos autocompositivos, principalmente os de mediação, da comunicação não violenta, do pensamento criativo, da inteligência emocional e social, contribuirão para que o magistrado desenvolva qualidades e conhecimentos interdisciplinares úteis a quaisquer de suas atividades administrativas, jurisdicionais e de representação política que desempenhe perante a sociedade.

Palavras-chave

Técnicas de mediação - Audiências de instrução e conciliação, “Rapport”, Instrumentos autocompositivos, Método consensual. Ferramentas de Mediação, Escuta ativa, Parafraseio, Inversão de papéis, Lide processual e Lide sociológica (posição/interesse), Cláusulas abertas, Conhecimento interdisciplinar, Fechamento de acordo.

Abstract

Mediation as a process and Technique, emphasizing the abilities and procedures, is currently a relevant instrument for the juridical practice inserted in the consensual method. When the mediator is a magistrate, his figure is varnished with great and unequalled importance, in virtue of his inter and transdisciplinary awareness, mainly regarding the human fields of knowledge, and with the purpose of adjudicating procedural and sociological disputes. Some of these techniques are pointed out within the range of some topics in this study, namely: establishing rapport and reinforcing credibility based on personal presentation; performing non judgmental hearing for the purpose of redefining conflicts; acting in servant and situational leadership as a strategy of mediation; summarizing, providing positive retrospective characterization or paraphrasing; reversing roles; stepping back strategically when necessary; extending the range of alternatives to implement and facilitate the retreat of former stances; outlining future scenarios; changing the approach; identifying communication breakdowns and noises, among other techniques. The main target focus is the final agreement and its clear, objective and accessible edition to both parties, including the juridical aspects. Lies with the magistrate, the responsibility to establish the rules of conduct, sourced from the autonomous desire of both parties, serving the coordination of private interests, peaceful interaction and harmony among people, out of the conviction that, the more the mediation is practiced, the more effectively it will be performed by the magistrates. Nowadays, the Brazilian magistrate has come to be thought of as an interpreter of constitutional principles and the new legislations present open clauses and indeterminate juridical concepts by reason of magistrates being regarded as referential citizens and upright human beings. The techniques and the instrumentos autocompositivos¹, mainly those applied to mediation, non violent communication, creative thought, social and emotional intelligence will contribute for the magistrate to develop qualities and acquire interdisciplinary knowledge that will be useful for any administrative, jurisdictional and political activities he might embrace in society.

Key words

Mediation techniques - Conciliation and instruction hearings, “Rapport”, Instrumentos autocompositivos, Consensual method, Mediation tools, Active hearing, Paraphrasing, Reversing roles, Procedural and sociological disputes (stance/ interest), Open Clauses, Interdisciplinary knowledge, Agreement.

1 Instruments that present a solution or decision for the settlement of a dispute deriving from the.

Técnicas de Mediação para Magistrados

Mediation Techniques for Magistrates

Roberto Portugal Bacellar *

1 OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A mediação, como conjunto teórico, pode parcialmente facilitar o trabalho cotidiano do magistrado na medida em que este faça uso de algumas de suas técnicas, habilidades e procedimentos. Este conjunto teórico pode ser utilizado tanto em audiências de conciliação como em audiências de instrução como instrumental de apoio para a condução de audiências. Apresentam-se abaixo algumas dessas técnicas de mediação para uso pelo magistrado.

2 ESTABELEECER *RAPPORT* E EDIFICAR CREDIBILIDADE A PARTIR DA APRESENTAÇÃO PESSOAL

Rapport foi inicialmente traduzido no Brasil como empatia. Na verdade, promover Rapport é estabelecer qualidade no relacionamento para o desenvolvimento de uma conversa respeitosa, criando uma sintonia propícia e adequada de comunicação.

Promover, desenvolver e estabelecer um Rapport positivo é um dos desafios do mediador. Christopher

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Professor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Paranaense (UNIPAR). MBA em Gestão empresarial pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor convidado do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e Ministério da Justiça (MJ) (SRF) para capacitar magistrados estaduais e federais em técnicas de mediação e conciliação. Coordenador Nacional do Programa Cidadania e Justiça também se aprendem na Escola da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura (ENM).

Moore (1998, p. 114) adverte que os primeiros 5 a 10 minutos são os mais críticos para se estabelecer esse relacionamento de credibilidade pessoal, e o mediador deve se apresentar como uma pessoa aberta, calorosa, inteligente e interessada.

Em qualquer situação (adversarial com solução heterocompositiva ou consensual com solução autocompositiva), o magistrado ao início de uma sessão ou audiência deve se apresentar. Deve dizer ao início da audiência o seu nome, como prefere ser chamado, sua função, qual seu papel (no momento) e qual o objetivo da sessão ou audiência. Algumas ferramentas, técnicas e instrumentos da mediação como o estabelecimento do Rapport, portanto, são válidos e poderão auxiliar em todos os relacionamentos que o magistrado mantiver com sociedade.

Em alguns casos, quando o Rapport não se estabelece de maneira positiva, a comunicação acaba sendo prejudicada e pode até gerar antipatia.

Na época em que cursei a Escola da Magistratura no Paraná, os alunos precisavam assistir a cinco audiências. Ao assistir à quinta e última audiência

exigida pela Escola, com um determinado magistrado, na saída encontrei um colega que indagou: e aí já assistiu às cinco audiências? Confirmei que sim e ele indagou: como é o nome do juiz? Eu não soube responder embora tivesse assistido todas as audiências com aquele mesmo magistrado. Só fiquei sabendo seu nome posteriormente ao fotocopiar os termos (atas) de audiência.

Durante alguns anos mantive essa dúvida. Se nas relações sociais, quando as pessoas se conhecem elas se apresentam, porque será que o juiz não se apresenta ao iniciar uma audiência?

Pode-se conjecturar: a obrigação de saber o nome do juiz é das partes que devem perguntar ao escrivão; todos devem conhecer o magistrado por isso ele não precisa se apresentar já que ele é superior a todas as críticas. Lembro aqui novamente as lições de Calamandrei (apud COUTINHO, 1998, p. 8, mensagem):

Não é justo, quando se fala dos problemas da justiça, refugiar-se atrás da cômoda frase feita, segundo a qual a magistratura é superior a todas as críticas e a qualquer suspeita; como se os magistrados fossem criaturas super humanas, não atingidas pelas misérias desta terra e, por isso intocáveis [...].

O magistrado atual com um perfil que se pretende seja integral deve saber construir e edificar credibilidade perante os jurisdicionados. Para isso tem de ter qualidades sociais, e a ele é imprescindível ter conhecimento de como se faz uma boa apresentação.

Dizem que a primeira impressão é a que perdura, por isso, dependerá de uma boa apresentação a confiança dos interessados no magistrado. A apresentação pelo magistrado deve ser bem aproveitada: talvez ele não tenha uma segunda chance de causar uma “primeira boa impressão”.

Nos modelos consensuais (de solução autocompositiva) com maior razão deve o magistrado

procurar se apresentar de maneira simples e ao mesmo tempo segura. Uma vez que o magistrado (na condição de mediador) ou o próprio mediador conquiste a confiança dos mediados, deles obterá uma postura cooperativa no sentido de desejar a solução do problema.

Abrem-se parênteses para ressaltar algumas aplicações distintivas entre os métodos. Na Argentina, na Inglaterra, nos Estados Unidos (Flórida e Texas e mais alguns Estados), além de outros países, existe legislação estabelecendo que as questões, antes de serem submetidas ao Poder Judiciário, sejam objeto de mediação (GARCEZ, 2003, p. 46). O processo autocompositivo é estimulado fora do ambiente do Poder Judiciário e, quando acontece no ambiente do Poder Judiciário, é conduzido separadamente do processo heterocompositivo: suspende-se o julgamento, remetem-se as partes para a mediação (confidencial e sigilosa onde não haverá preocupação com provas); se a mediação resultar infrutífera, nada do que foi conversado será repassado ao magistrado.

O atual sistema processual brasileiro incentiva e estimula (a qualquer tempo), mas também ao início da instrução e julgamento (solução heterocompositiva), a tentativa de conciliação entre as partes (solução autocompositiva). Vimos também ser costume do operador do direito já armado para a batalha, segundo o prisma heterocompositivo, buscar a todo o custo os elementos de prova que fortaleçam a sua posição no processo. Essa premissa é verdadeira para o processo heterocompositivo: em que serão necessárias todas as provas a fim de que o juiz possa decidir. Quando se trata de processo autocompositivo (quando a solução é dos interessados), não deve haver qualquer preocupação com produção de prova, e a doutrina autocompositiva recomenda como fundamental o sigilo sobre tudo que for conversado. Caso os interessados não encontrem uma solução, esquece-se do que foi tratado na fase autocompositiva e, aí sim, cada parte vai procurar

produzir provas que demonstrem a veracidade de suas alegações. Os operadores do direito, no Brasil, muitas vezes, pretendem que o teor da conversa no ambiente autocompositivo seja utilizado como prova e requerem fique consignado no termo propostas, confissões, desabafos que possam fortalecer seus argumentos jurídicos. Fecho parênteses que teve o objetivo de registrar a incongruência, neste ponto específico, entre a doutrina jurídico-processual voltada para o processo judicial heterocompositivo e a doutrina de visão interdisciplinar/transdisciplinar que fundamenta o processo autocompositivo.

Voltando aos pontos comuns e congruentes entre os processos, destaca-se que cada magistrado ou mediador criará, de acordo com sua experiência de vida e os costumes locais, seu próprio estilo de apresentação pessoal¹.

A apresentação é o cartão de visita e deve sempre anteceder o início do procedimento propriamente dito. Deve conter uma breve explicação sobre a mediação e estabelecer um acordo prévio sobre a organização da conversa em um espaço dialógico de respeito. Além disso, será conveniente, ao bom andamento do procedimento, a observância de algumas regras:

a) O Magistrado ou mediador deve dizer quem é e qual a sua qualificação, indagar dos interessados sobre a maneira que preferem ser chamados, deixar

¹ Uma das formas de apresentação pode ser exemplificada: "meu nome é..., eu sou o magistrado designado para atender este caso e estou aqui para ouvi-los e auxiliá-los na resolução deste processo (conflito) e discutir com vocês (ou senhores) as divergências que estão ocorrendo. Deixo claro que não tenho qualquer interesse em beneficiar um ou outro e que meu objetivo é estabelecer uma conversa aberta para que, juntos, encontremos uma solução justa que atenda tanto aos interesses de um quanto de outro. Tudo que for falado ficará apenas entre nós, e por isso ninguém precisa ficar constrangido de falar sobre o problema (se for o caso de estabelecer a confidencialidade). Esclareço que o avanço da conversa e a continuidade do procedimento mediacional dependerá sempre de vocês (ou senhores – dependendo de como preferiram ser chamados) e, se resolverem interromper a mediação, podem fazê-lo a qualquer tempo e o processo terá continuidade. A autonomia de vontade de vocês vai prevalecer sempre (é princípio na mediação), portanto, nós daremos maior respeito a vontade de vocês (ou senhores)".

assentada a importância da livre manifestação de vontade (para chegar a um consenso) e do respeito mútuo durante a conversa. Entre outras informações iniciais que possam ajudar na facilitação da conversa inicial, deve o mediador (com as ressalvas descritas anteriormente) dizer que guardará sigilo sobre tudo que for conversado e espera que os interessados igualmente jamais comentem com quem quer que seja os eventuais desabafos recíprocos e as tratativas que ocorrerem durante as conversas.

b) Caso o mediador seja magistrado, deve deixar claro que naquele momento não está atuando como tal e seu papel é ouvir as partes e ajudá-las a encontrar soluções ao conflito. Alguns criticam a possibilidade de haver juízes mediadores exatamente porque na hipótese de não se chegar a um consenso, nada do que foi conversado ou tratado durante o procedimento mediacional poderia, em tese, fundamentar eventual e futura decisão. Há preocupação real de que o magistrado embora não fundamente sua decisão (verdade formal dos autos) nas tratativas infrutíferas da fase autocompositiva, certamente não conseguirá apagar o registro mental do ocorrido (verdade real dos fatos). Como vimos, a doutrina interdisciplinar que trata da mediação recomenda que não se deva fazer consignar propostas rejeitadas ou ofertas ocorridas no processo de mediação que se manterão sigilosas, salvo se os interessados desejarem ou concordarem. Também recomenda a doutrina que o juiz ou o mediador, na condução do processo mediacional, não deve sugerir soluções ou induzir a vontade das partes, muito menos utilizar de supremacia de poder perante os interessados; deverá estimular as partes a sugerir opções para a resolução da controvérsia.

c) Se os interessados vislumbrarem, em qualquer mediador, atitudes que demonstrem o exercício de autoridade, restará prejudicada a apresentação e será difícil resgatar a ideia básica de imparcialidade diante dos fatos.

d) Antes de concluir a apresentação, deve o mediador verificar se restou alguma dúvida e se os seus esclarecimentos foram compreendidos na integralidade.

Após a sua apresentação pessoal, o mediador pedirá que os mediados se apresentem e digam como preferem ser chamados, tudo deverá ser anotado pelo mediador. Pesquisas realizadas indicam que muitas pessoas não gostam de seus nomes ou preferem ser chamadas de forma diferenciada. São exemplos: Maria Angela que prefere ser chamada Angela, João Antonio que tem preferência por Toni, outros que gostam de ser chamados pelo sobrenome. É importante de anotar essas preferências e a pronúncia adequada. Chamar as pessoas pelo nome, na forma das preferências, gera proximidade, produz respeito e valoriza a identidade das pessoas.

Veremos mais adiante a reunião de informações, a identificação de questões, interesses e sentimentos, o esclarecimento das controvérsias e como deve se encaminhar a resolução das questões.

3 OUVIR PARA ESCUTAR E REDEFINIR O CONFLITO

Nas apresentações e na sequência é preciso desenvolver uma escuta ativa. Ouvir para escutar (de forma atenciosa, dinâmica e sensível) e assim procurar compreender o conflito com as suas variáveis. Conforme Plutarco: temos duas orelhas e uma só boca e não é por acaso.

Se ouvir é uma atividade biológica, escutar é um processo mais complexo que exige atenção, qualificação do tempo, persistência e treinamento. O conflito apresentado, segundo a visão das partes, normalmente precisa ser bem escutado e compreendido pelo mediador.

Maria Tereza Maldonado (2008, p. 118) indica como alguns dos efeitos da escuta ativa: a) o aumento da confiança e do respeito; b) o encorajamento da

expressão de sentimentos; c) a redução de tensões; d) o estímulo à colaboração. Resume a escuta sensível com a mensagem que transmite: "Entendo o seu problema e como você se sente, estou interessado no que você tem a dizer sem julgá-lo".

Um dos motivos que levam as pessoas a se sentirem estáticas para resolver seus problemas é a incapacidade de defini-los com clareza. Como um ouvinte ativo e dinâmico o mediador poderá, segundo a percepção clara da escuta, redefinir e clarificar o conflito.

Saber ouvir e escutar com serenidade é muito importante: é preciso deixar que as pessoas falem sem interrupções e buscar entender o que efetivamente pretendem dizer². A ansiedade do mediador em querer falar ou saber mais pode sufocar os interessados e abortar uma boa comunicação. O mediado, ao perceber uma escuta nervosa e sufocante, subliminarmente se recusa a falar, diminui seu ritmo até interromper a fluidez da comunicação; a retomada e o resgate do espaço dialógico, quando possível, faz as coisas voltarem à estaca zero.

A observação atenta da narrativa poderá dar ao mediador uma definição básica do conflito apta a identificar questões, interesses e sentimentos. Algumas vezes, a narrativa do problema tomará rumo completamente diferente daquela expressada inicialmente. A posição inicial (manifestada como o motivo do conflito) gradativamente irá desaparecendo e transparecerão os verdadeiros interesses. Ainda não vão estar claras todas as questões e interesses que envolvem o conflito e nem os sentimentos que afligem os mediados, mas isso não é motivo de preocupação por parte do mediador. A escuta ativa e cuidadosa dos interessados conduzirá à descoberta integral dos interesses.

Depois que há a percepção, pelo mediador, de que a questão central do conflito não é aquela

² Completar frases ou afirmar que já sabe o que a pessoa vai dizer, desviar o olhar, ver as horas no relógio, são alguns exemplos do que se pode denominar de *escuta nervosa*.

declarada³, basta avançar no procedimento, fazendo com que a redefinição transpareça e seja percebida pelos mediados.

A compreensão por parte das pessoas virá cedo ou tarde, dependendo da preparação do mediador em conduzir as abordagens. Ao perceberem que o mediador sabe o que eles escondiam e não os criticou ou reprimiu (por terem escondido), sentir-se-ão mais à vontade para avançar no diálogo e comentar sobre o verdadeiro problema.

4 LIDERANÇA SERVIDORA COMO FERRAMENTA DA MEDIAÇÃO

Do *coach* do mundo dos esportes como agregador de capacidades, a ciência da administração trouxe a ideia do líder servidor que expressa confiança, institui respeito e gera admiração exercendo uma natural autoridade junto aos outros e não sobre os outros. Reflexões podem ser extraídas da expressão de Margaret Thatcher *“Estar no Poder é como ser uma dama. Se tiver que lembrar às pessoas que você é, você não é”*.

O Poder do mediador será alcançado pela liderança que decorre de uma boa comunicação; uma comunicação que demonstre postura humanista e humilde, que não se confunde com fraqueza. O mediador deve manter-se firme, jamais deixando transparecer qualquer insegurança, dúvida, pressa ou irritação. Só a utilização coordenada das técnicas e a prática diária na utilização do ferramental poderão dar ao mediador a segurança necessária, por isso algumas sugestões a seguir descritas poderão auxiliá-lo.

De maneira direta recomenda-se que o mediador não intervenha sem necessidade. Saber ouvir, como vimos, é muito importante. O mediador deve ter cautela em suas intervenções. Quando a comunicação for restabelecida, sua participação deve apenas orientar a conversa no âmbito do espaço dialógico

³ Na conciliação a questão apresentada pode se identificar exatamente com o problema que originou o conflito e normalmente isso se dá nas relações de um único vínculo. Na mediação sempre haverá um interesse oculto por trás da posição.

formado, ressaltando os pontos convergentes que resultarem da conversa. Depois de ouvir atentamente o que cada um dos interessados narrou, passa o mediador para uma nova fase; deve avançar, atacando mais a fundo os pontos circunstanciais, para tentar fazer emergir o cerne do conflito.

5 RESUMO, SUMARIZAÇÃO RETROSPECTIVA POSITIVA OU PARAFRASEIO

O resumo, a sumarização retrospectiva positiva ou o parafraseio é uma ferramenta que pode ser aplicada logo após a ouvida das partes e em quaisquer outros momentos de aparente impasse, polarização ou dificuldade no fluxo da conversa. A percepção dessas dificuldades é indicativa de que é preciso resumir como estão caminhando as coisas, de repetir o que cada um falou, recontando a história com ênfase nos pontos positivos. Ouvir a própria história por meio de outra pessoa conduz os interessados a reflexões, com a abertura do leque de opções de solução dirigida a outras perspectivas. O resumo, sumarização ou parafraseio deve ser cauteloso para não parecer arremedo.

Perceba-se que, em face dos conflitos normalmente as pessoas encontram-se fragilizadas, emocionalmente abaladas e falam de maneira mais ríspida e descuidada. Lembro ter sido fundamental, por ocasião do parafraseio, redefinir a forma de comunicação a partir de um resumo adequado. O vizinho que utilizava a expressão de desabafo: *“não aguento mais o barulho infernal do apartamento dele!”*. Ao resumir o mediador pode utilizar a seguinte forma: *“pelo que eu pude perceber do seu relato o volume do som tem-lhe ocasionado alguns incômodos. É isso?”*. Na sequência da conversa, no caso real, o vizinho confirmou que queria resolver a situação do *“som alto”* que vinha do apartamento do vizinho. Percebeu-se a partir do resumo uma melhora na qualidade da comunicação.

6 INVERSÃO DE PAPÉIS

Produzir empatia conduzindo os interessados a se imaginar no lugar do outro. Calçar o sapato do outro segundo a antiga lenda dos índios Navajos. A partir desse momento da mediação, talvez já seja possível que o mediador avance no processo mediacional com abordagens mais diretas⁴.

Se o mediador tiver conquistado a confiança dos interessados, a abordagem produzirá bons resultados na percepção do conflito. Da simbologia de calçar uns os sapatos dos outros, resultará uma natural compreensão do todo que facilitará sobremaneira o trabalho do mediador.

7 RECUAR ESTRATEGICAMENTE QUANDO NECESSÁRIO

É preciso recuar para saltar melhor.

Havendo resistência, o mediador deve saber recuar sem perder a condução do processo, voltando ao resumo (sumarização retrospectiva positiva). Deve manter a calma, mesmo se os ânimos se exaltarem; se não conseguir manter o diálogo dos mediados, com respeito, ou perceber que perdeu o controle da situação, é recomendável suspender a sessão. Aqui é importante ressaltar algumas variáveis e uma premissa. A premissa é a de que a celeridade deve se impor tendo em vista o interesse das partes e não do juiz ou do mediador.

Vimos, em uma das variáveis como na situação de dificuldade de manutenção de uma conversa respeitosa, a possibilidade de haver a suspensão da audiência ou sessão. Em outra variável a conversa está fluindo muito bem mas acaba o tempo, como se fosse uma sessão de psicoterapia. É comum ouvir que as audiências, em determinado juízo, são de 15 em 15 minutos ou de meia em meia hora. Isso não significa

⁴ Eis alguns exemplos dessas abordagens: como é que você se sentiria se alguém procedesse assim com você? O que você entenderia e qual seria a sua interpretação em relação ao seu ato? Como você teria agido se estivesse no lugar dele?

que a audiência ou o caso deva ser encerrado nesse prazo. Havendo a percepção de que os interessados estão construindo uma comunicação afetiva com boas chances de resultar em pacificação, nada impede que, no interesse das partes, a audiência seja redesignada a fim de alcançar uma solução em outra oportunidade.

Em outra sessão ou audiência, tanto na hipótese de dificuldade na comunicação quanto na do término do tempo ajustado, o caso poderá, no interesse das partes, ter solução prolongada.

8 AMPLIAR O LEQUE DE OPÇÕES E FACILITAR O RECUO DAS POSIÇÕES

Vencidos os demais estágios, as partes passam a ter a percepção de que é possível, por elas mesmas, estabelecer uma conversa respeitosa sobre o conflito. Atingido esse empoderamento com sucesso, o processo passa a se desenvolver com maior compreensão, ampliando significativamente o campo de análise do conflito e abrindo aos interessados outras opções para solucioná-lo. Sem julgar deve o mediador estimular o maior número de opções criativas em uma verdadeira chuva de ideias, em que todas as possibilidades são recepcionadas e consideradas. Essas novas e criativas opções é que facilitam a flexibilização e o recuo de posições eventualmente firmadas. Alcançada essa ampliação do leque de opções, mesmo que, por hipótese, o processo seja interrompido, os interessados já sabem como manter o espaço dialógico e solucionar o conflito e a questão será apenas de tempo. Achado um motivo a justificar a posição favorável, o conflito se solucionará. As pessoas não gostam de ceder, mas, se puderem justificar seus atos, cedem naturalmente.

O mediador não pode olvidar esse fato: se conseguir estimular opções múltiplas transparecerá alguma justificativa que favoreça o recuo pelas partes, haverá quebra das posições iniciais e a questão estará solucionada.

A facilitação do recuo dos mediados e a possibilidade de que um ceda ou flexibilize sua

posição inicial devem ser acompanhadas pelo mediador estrategicamente, de modo a não permitir que a posição do outro se torne prevalecente. Deve o mediador tratar o recuo ou a flexibilização como um ponto virtuoso a fim de impedir que o outro mediado se prevaleça das circunstâncias. Comportamentos elogiáveis das partes devem ser sempre valorizados.

9 GERAR VISUALIZAÇÃO DO FUTURO

A expressão águas ‘passadas não movem moinhos’ é significativa. Algumas vezes, uma abordagem precisa do mediador pode demonstrar que a conversa deve se direcionar ao presente e ao futuro, transmitindo a ideia de que o passado já passou e não pode voltar e que, centrados no diálogo do presente, os interessados têm plenas condições de construir o futuro. Essa visão amplia as alternativas de resolução do conflito; entretanto, o mediador não deve apressá-la.

Com uma boa condução do processo, a conversa torna-se amigável e leva à compreensão de que, independentemente das razões pessoais de cada um, o mais importante é buscar, naquele momento, uma solução para o impasse. Desde que o mediador consiga fazer com que um olhe nos olhos do outro, o caminho da pacificação estará traçado. Bastará preservar o espaço dialógico edificado com respeito, e a solução fluirá sem traumas e com naturalidade.

10 A PRESSA É INIMIGA DA MEDIAÇÃO

O tempo social é estudado pela cronêmica. Trata-se da percepção, estruturação e reação ao tempo social, assim como as mensagens que interpretamos por meio de seu uso (RECTOR; TRINTA, 2003, p. 78).

Uma preocupação permanente é a de que se para uma boa mediação é preciso tempo, no ambiente do Poder Judiciário esse tempo não existe. São audiências designadas em frações de minutos e já se sabe de magistrados que fazem audiências em pé para não perder tempo. Em muitos casos, essa pressa

pode ser indicativa de falta de respeito para com o jurisdicionado.

Temos enfatizado o perfil do magistrado como supervisor de processos autocompositivos que muitas vezes efetivamente não terá como despender horas em uma mediação, entretanto, é importante que o magistrado saiba qualificar o tempo disponível. A percepção das partes de que o magistrado esteja apressado é elemento de desequilíbrio do espaço dialógico e justificativa para deixar de ser colaborativo e interromper a comunicação. Essas formas de encarar o tempo, além de ter relação com o nosso sistema biológico (biorritmo das pessoas), devem também ser percebidas no contexto do espaço cultural.

O mediador, nesse contexto, não pode ter pressa e mesmo que esteja com pressa não pode demonstrar isso aos jurisdicionados. Não temos certeza de que a pressa é inimiga da perfeição, mas podemos certamente afirmar que a pressa é inimiga da mediação.

Até mesmo as abordagens apressadas podem gerar resistências e quando elas ocorrem o mediador tem de retroceder sem perder a firmeza e saber repetir algumas técnicas e aplicar ferramentas adequadas. Por isso a recomendação de que ocorra o investimento de tempo em uma boa declaração de abertura, calma e tranquila, pode economizar tempo no contexto geral de uma mediação. À medida que a conversa, entre os interessados, se desenvolve o mediador deve deixar fluir. Nos momentos de impasse, deve o mediador refazer o resumo, ressaltando os pontos de consenso que já resultaram *conciliados*, fazendo com que os interessados percebam minorada a intensidade do conflito. Tudo isso demanda tempo e paciência, até porque algumas vezes, o caso já está solucionado e os interessados ainda não perceberam e prosseguem em um desordenado desabafo: é o resumo, a retrospectiva positiva ou a sumarização positiva que os fará perceber essa situação. Quando for o caso o

mediador deve intervir e dizer: *este aspecto já está resolvido e ele concordou com seus argumentos. Vamos ver o que mais você pretende. O que mais você pretende?*

É essencial, nesse momento, mostrar que o outro já concordou com o ponto sobre o qual ele insiste em repetir.

A pressa atrapalha uma escuta. Percebeu-se também, na prática, que quando uma pessoa repete várias vezes o mesmo discurso é porque ela ainda não se sentiu ouvida e para isso as ferramentas da escuta dinâmica devem ser reutilizadas, fazendo perceber que o mediador compreendeu o conteúdo das palavras, que o mediador demonstrou interesse confirmando o que foi dito pela parte com um parafraseio adequado.

11 MUDAR O JOGO

Mudar de conversa – mudar o jogo. Há situações em que o diálogo fica polarizado e se permanecer assim cria-se o impasse estagnando a conversa. O mediador deve ter a destreza de nos momentos certos saber *mudar o jogo*, direcionando o foco da discussão diretamente para o problema, inventando e criando novas opções a serem oferecidas para as partes, destinadas à resolução da controvérsia. É aconselhável que o mediador, ao verificar que os interessados encontraram um obstáculo aparentemente intransponível, *abra o leque* e dinamize a conversa, faça ver que existem outros caminhos para se chegar ao destino e outros pontos também importantes que podem ser superados antes daquele. Por meio de indagações criativas e abordagens circulares, as pessoas percebem que não existe apenas uma forma de resolver o caso. Uma indagação interessante e que algumas vezes pode conduzir as partes a tal percepção é a seguinte:

– Qual seria outra forma de resolver esse impasse?

– Qual a sugestão que vocês dariam para acabar definitivamente com esse conflito?

– O que os senhores aceitariam diverso disso que está sendo oferecido para pôr fim ao problema?

Algumas vezes a solução está próxima, mas os interessados não conseguem identificá-la sozinhos. A abordagem fará brotar novas ideias, sugestões e propostas bem interessantes para resolver o impasse. Novamente uma retrospectiva positiva do que aconteceu até o momento é interessante para dinamizar o espaço dialógico.

12 IDENTIFICAR FALHAS E RUÍDOS NA COMUNICAÇÃO

Observa-se que um percentual muito alto de conflitos se estabelece e se mantém por ruído ou falha na comunicação. Uma brincadeira de criança pode comprovar facilmente como é difícil o estabelecimento de uma comunicação perfeita e sem ruído: escreva uma pequena estória no papel e leia para uma primeira pessoa. A seguir, peça que, em uma roda com pelo menos dez pessoas, a primeira conte o que ouviu para a segunda, a segunda conte para a terceira, a terceira para a seguinte e assim por diante. Depois, ao chegar ao décimo, peça que ele relate a estória e faça a comparação com aquela escrita no papel e lida para a primeira.

Na mediação, em várias ocasiões, as pessoas acabam por constatar que todo o problema residia na falta de comunicação. É comum ouvir:

– *Por que você não me disse isso antes? Se eu soubesse, a coisa seria diferente, eu teria entendido...*

– *Eu pensei que...*

A prática tem demonstrado que, nesses casos, em algum momento da relação, ocorreu uma falta de comunicação, ou ruído, que conduziu toda a escalada de violência que circundou o conflito. A importância da escuta dinâmica novamente se revela fundamental com confirmações que esclareçam o mal entendido resultante do ruído. Quanto antes o mediador conseguir identificar o ruído e revelar criativamente o ocorrido como uma falha de percepção, antes chegará ao resultado desejado pelos interessados. Dependerá

de uma boa dose de paciência e de segurança na direção do processo.

13 FECHAMENTO DO ACORDO

O fechamento do acordo é ponto que merece destaque. Ao alcançar o esclarecimento dos pontos obscuros e identificar os interesses e sentimentos que se escondiam atrás dos discursos posicionais, o mediador deve, tal qual o bom artesão, costurar ponto por ponto o acordo, um a um os itens reputados importantes pelos interessados, a fim de que se materialize uma solução duradoura. O mediador não deve permitir que os interessados façam acordos prematuros e pouco refletidos. Algumas vezes, em face de vários fatores, entre eles a ansiedade e o próprio cansaço (não só dos interessados, mas do próprio mediador), acaba-se por permitir que os interessados fechem acordos insatisfatórios. Se os interessados não tiverem absoluta certeza de que é efetivamente aquilo que desejam, e de que, uma vez ajustadas as condições da avença, ela vai realmente ser cumprida, o mediador não deve encerrar o processo mediacional. Poderá até suspender a sessão, consultando os interessados se desejam continuá-la mais tarde ou em outra data. É dizer que a celeridade deve se estabelecer em benefício dos interessados. Se houve consenso no sentido de suspender a sessão e continuá-la em outra oportunidade, não se deve desprezar essa manifestação de vontade, mesmo que demore um pouco mais. Não se pode vencer o tempo e cada um tem o seu ritmo e o seu modo de encará-lo. Acordo apressado é acordo precário e tende a fracassar.

Em relação ao fechamento do acordo, Francisco Luiz Macedo Jr. apresenta algumas recomendações úteis. O acordo deve ser objetivo, claro e simples, trazendo, especificadamente, os termos do ajuste, se possível, de uma forma positiva (MACEDO JUNIOR, ANDRADE, 2005, p. 83-89).

É possível, para efeitos práticos, estipular alguns critérios para um bom fechamento dos acordos.

Objetividade, clareza e simplicidade na comunicação impedirão interpretações errôneas em relação ao que está sendo tratado. É importante que o que se quis dizer fique bem claro, sem margem a interpretações diversas.

Expressões vagas e amplas demais devem ser evitadas e, se utilizadas, devem ser bem esclarecidas.

Na percepção de que ainda há dúvidas a serem esclarecidas e mediadas, é preferível suspender a sessão a fechar um acordo prematuro. Como ressaltado, o acordo prematuro não será durável e o novo conflito, dele decorrente, poderá ser muito mais difícil de solucionar. Tal acordo mal fechado reacenderá todos os pontos em conflito e qualquer nova mediação que se pretenda desenvolver se iniciará do marco zero.

14 REDAÇÃO DO ACORDO

Não se pode esquecer que o acordo se dirige às partes envolvidas e por isso deve ser o mais simples possível, principalmente quando as partes assim são. Devem se evitar os excessos de linguagem, pois eles não são bem compreendidos pelas pessoas simples, nem são necessários na redação de um acordo.

Entre todas as recomendações há que se destacar a adoção do critério da positividade, que nada mais é do que a qualidade do que é positivo. Sempre que possível devem ser evitadas frases negativas, que tragam carga negativa para uma ação, dificultando-a. Se uma ação descreve-se como um ato positivo, para que seja cumprida precisa de movimento, e não de negação.

É ainda recomendável que se procure substituir as palavras omissivas negativas, quando possível, pelas palavras comissivas positivas. Por vezes, é importante a utilização de expressões no plural, que evitam a ideia de caracterização de culpa, haverá acordos que se definem sem que qualquer das partes se sinta culpada. Faz-se o acordo, por exemplo, para evitar o incômodo.

15 ASPECTOS JURÍDICOS DO ACORDO

Uma das principais finalidades do direito é o estabelecimento de normas de conduta que possam propiciar a coordenação dos interesses privados e ao final a convivência pacífica e harmônica entre as pessoas. Em um acordo de interesses ocorre a mesma situação e basta que os interessados expressem, com autonomia de vontade, no caso concreto, as normas que entendem necessárias a harmonizar suas divergências.

As cláusulas penais ou multas pelo descumprimento do acordado têm seus limites no Código Civil e não podem superar o valor da própria obrigação.

Desde que observados todos os requisitos legais necessários a sua existência e validade, o acordo torna-se obrigatório para os interessados, aplicando-se o princípio *pacta sunt servanda*, que informa a obrigatoriedade dos contratos.

A autonomia de vontade das partes ainda encontrará limites na contrariedade às normas de ordem pública e aos bons costumes, pelo que é possível afirmar que a liberdade dos interessados de contratar, de conciliar ou de estabelecer normas para o caso não é absoluta e encontra limites não só na lei, mas também nos princípios.

É de singular representatividade o triste exemplo ocorrido no Juizado Criminal de Curitiba, em que uma mulher concordava em apanhar do marido, desde que não fosse todos os dias, aceitando fosse "apenas" duas vezes por semana (BACELLAR, 2003, p. 12). Não há necessidade de outros comentários para perceber o absurdo de uma disposição de vontade como essa, embora expressada de maneira "livre e espontânea". No atendimento da "operação litoral" no Juizado Especial Cível da Comarca de Matinhos, no balneário de Ipanema, no ano de 2000, o juiz de direito foi obrigado a intervir em uma negociação entre um casal que tinha por objeto a preservação,

por mais alguns meses, de relacionamento sexual em troca de uma pequena propriedade.

Todo acordo deve atentar para a necessidade de conter requisitos legais mínimos como a capacidade das pessoas interessadas, objeto lícito e forma prevista ou não proibida.

Não é demais relembrar a necessidade de clareza e precisão na redação jurídica do acordo. Os de natureza patrimonial devem conter os valores, as formas e os locais de pagamento a fim de que, descumpridos, possam ter força executiva como títulos líquidos, certos e exigíveis.

16 QUANTO MAIS SE PRÁTICA, MAIS SE APRENDE MEDIAÇÃO

O treino e a prática da mediação podem ser desenvolvidos no dia a dia. Todas essas técnicas servem, de modo geral, para melhorar a vida em sociedade.

Desenvolver a escuta ativa não completando a frase das demais pessoas, aguardando o momento adequado para falar, escutar para ouvir e não para falar, prestar atenção ao conteúdo das palavras e confirmar que está compreendendo o que a pessoa disse, são bons desafios de treinamento dessa ferramenta fundamental.

Atualmente, alguns juízes têm conseguido aplicar as técnicas de mediação com bastante eficiência; o juiz, mais do que qualquer outro mediador, tem que tomar cuidado para não formar qualquer pré-julgamento, o que pode ser percebido pelos interessados; como a mediação, de regra, é mais lenta e, como vimos, a pressa é inimiga da mediação, os juízes igualmente terão de ser mais hábeis para tentar resolver, por meio dela, todas as questões em uma só audiência, ao contrário dos mediadores, que trabalham com mais tempo e podem designar várias sessões com a finalidade de solucionar o conflito. Às vezes, após uma boa apresentação e o estabelecimento de um *Rapport*

positivo, a investida certa e a aplicação de uma das ferramentas, entre a gama de técnicas existentes, já pode resolver o conflito; por isso, em face do pouco tempo de que normalmente o juiz dispõe para aplicar a mediação nos processos judiciais, deve estar atento, procurar escutar muito e fazer a abordagem adequada na hora certa. Embora o tempo seja escasso, jamais poderá o magistrado/mediador deixar transparecer esse fato: mesmo com pouco tempo, não deve ter pressa (ou pelo menos não deve demonstrar que está com pressa).

Desde 1983, com atuação no Conselho de Conciliação e Arbitragem, o autor tem acompanhado as sessões e as audiências e exercitado as técnicas inerentes às atividades de conciliação e mediação. Notou-se, nessa longa experiência, que, às vezes, por anos, uma determinada ferramenta técnica pode ficar sem utilização; mas no ciclo natural e antropológico de repetição das condutas humanas, de repente, volta a ser útil para resolver determinada controvérsia.

Só a prática mediacional fará com que cada um aumente o seu rol de observações e recomendações para uma boa solução dos conflitos.

Cada caso é único e recomenda aplicação de experiência diferenciada. A condução do processo mediacional é uma arte que mais se aprende quanto mais se pratica.

17 O JUIZ COMO CIDADÃO REFERENCIAL E SER HUMANO INTEGRAL

A cada dia ampliam-se as exigências relativas à capacidade técnico-jurídica do magistrado. Se no passado como dizia Montesquieu o juiz era “a boca inanimada da lei” e sua função era de mero aplicador das normas aos casos concretos, hoje o magistrado brasileiro passou a ser intérprete de princípios constitucionais e as novas legislações apresentam cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Da visão técnico-jurídica e do conhecimento

especializado, passa-se a exigir do magistrado conhecimentos humanitários, psicológicos, sociais, filosóficos e antropológicos além de uma visão holística, global, transdisciplinar e exlética⁵.

O magistrado francês Antoine Garapon, Secretário Geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça teria imaginado “se o direito liberal do século XIX foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado-providência do século XX foi o do Executivo, o que se anuncia poderá bem ser o do juiz”⁶.

A despeito da violência urbana e da desintegração da civilidade, o magistrado é visto como um ser referencial em quaisquer de suas relações sociais. Se participa de uma reunião de condomínio, ele tem de demonstrar equilíbrio e se alguém se exaltar não pode ser o juiz; como vizinho, como pai, mãe, avô, avó, irmão, tio, filho, neto, sobrinho, primo, marido ou mulher, tem de manter serenidade e tranquilidade mesmo nas adversidades. Isso é possível?

Abro parênteses para destacar que o acesso ao cargo de juiz substituto, que se dá por concurso público, privilegia o conhecimento adquirido pela “educação bancária” conforme denominação de Paulo Freire. Deposita-se o conteúdo do programa na cabeça do candidato e espera-se que ele bem archive e armazene esses depósitos até o dia da prova do concurso, quando será retirado o extrato. Os de maior saldo serão os aprovados.

A provocação crítica destina-se a alertar sobre a necessidade das mudanças que já estão sendo discutidas, construídas e desenvolvidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

A partir desse movimento nacional, iniciado com as Resoluções 1 e 2 do ano de 2007, consolidado

⁵ Conforme Nádia Bevilaqua Martins, a exlética não disputa dialeticamente, faz composições. A exlética não comportamentaliza o conhecimento em setores, mas “transita através” de todos os valores, positivos para promover o homem.

⁶ COUTINHO (1998, p. 8 mensagem).

pela Resolução 2/2009 da ENFAM (que estabeleceu as diretrizes para os conteúdos programáticos mínimos dos cursos de formação para ingresso na magistratura e de aperfeiçoamento), provoca-se em todos os Tribunais uma mudança de perfil, voltada a construir um magistrado integral, desde a seleção inicial. Com o ingresso, iniciam-se obrigatórios cursos para o vitaliciamento, formação, capacitação e aperfeiçoamento contínuos. Fecho parênteses e retomo a indagação: é possível ao magistrado preservar-se sereno e manter o equilíbrio em quaisquer situações?

Antes de responder, é significativo ampliar o campo de estudo e resgatar o conhecimento de pesquisas sobre a teoria do pensamento e as facetas multidimensionais da inteligência humana.

Edward de Bono, tido como um dos maiores especialistas no estudo pragmático do pensamento humano, foi quem pela primeira vez utilizou a expressão *exlética*, afirmando que a relação entre a inteligência e o pensamento é potencial da mesma forma que a existente entre a potência de um carro e a habilidade do motorista.

Enquanto na informática há permanentes investimentos na indústria de softwares, não se fez nenhum esforço para desenvolver softwares para a mente humana que continuam os mesmos de 2.400 anos atrás.

Estudos de Daniel Goleman, sobre a inteligência, indicaram que a capacidade intelectual aferida pelo QI que em passado recente era entendido como um dado genético (impossível de ser alterado pela experiência de vida), não representa mais do que 20% da inteligência. Há um percentual muito grande de aptidões da nossa inteligência pouco explorado. Todos os 80% restantes incluem autocontrole, empatia, capacidade de interpretar emoção e enfrentar adversidades, zelo, persistência, capacidade de automotivação, dentre vários outros componentes que não nascem com o ser humano e podem ser desenvolvidos.

Na atividade do magistrado (que ao acordar de manhã sabe que vai enfrentar conflitos), a capacidade de manter o autocontrole é uma necessidade.

Manter o controle sobre as emoções é uma virtude (desde Platão), mas é necessário, como observava Aristóteles, emoção na dose certa, com sentimento proporcional à circunstância. "Qualquer um pode zangar-se – isso é fácil. Mas zangar-se com a pessoa certa, na medida certa, na hora certa, pelo motivo certo e da maneira certa – não é fácil" (ARISTÓTELES apud GOLEMAN, 1999, p. 9).

Nosso comportamento inicial em face de um conflito, como vimos, é de um fenômeno negativo. As primeiras ideias que relacionamos ao conflito são de guerra, briga, disputa, agressão violência, dentre outras. A partir dessa percepção ocorrem reações como transpiração, elevação do tom de voz, irritação, raiva e hostilidade dentre outras reações.

É nesse estado emocional que o magistrado encontra as partes e muitas vezes também os advogados e promotores de justiça no ambiente da sala de audiências.

Tem acontecido de haver um contágio emocional negativo, quando o magistrado, deixando-se influenciar pelas reações das partes, também se irrita, eleva o tom de voz, passa a transpirar e hostilizar os presentes. Ressalta Goleman (1999, p. 364) ser preciso

reconsiderar o pressuposto de que somos imunes a encontros sociais tóxicos. Costumamos supor que, exceto pelas explosões temporárias de mau humor, nossas interações pouco importam para nós no nível biológico. Ledo engano o nosso. Assim como pegamos um vírus de outra pessoa, podemos também ser emocionalmente contagiados por um estado de espírito que nos torne mais vulneráveis a esse mesmo vírus ou que mine nosso bem-estar.

É possível sim, em resposta à indagação inicial, manter serenidade e tranquilidade mesmo nas adversidades. Além de podermos interpretar

essas reações dos outros como normais podemos desenvolver a capacidade de despolarizar a comunicação e promover contágios emocionais positivos. Se as pessoas estão nervosas, o magistrado além de manter-se calmo fará com que todos, como ele, também passem a ficar tranquilos e calmos.

Conforme ensina Edward de Bono, ao descrever nossas ampolas lógicas, se alguém discorda de você, há várias atitudes a tomar. Uma delas: considerar essa pessoa estúpida, obstinada, etc. Um outro caminho, entretanto, leva a uma alternativa mais promissora: ponderar que quem discorda de nós está argumentando de maneira inteligente, mas segundo sua própria “ampola lógica”, e que se essa “ampola lógica” inclui percepção das circunstâncias e da estrutura, do contexto, dos relacionamentos, etc. provavelmente, muitas vezes está longe de ser verdade que todo mundo esteja agindo logicamente a partir de suas respectivas “ampolas lógicas”. Mas, mesmo assim, este método tem o mérito de canalizar a atenção não pra a “estupidez” de seu interlocutor (o que dificilmente poderia ser alterado), mas para as circunstâncias (estas, sim, fáceis de alterar), em que a lógica pode ser palpável.

Em face dos conflitos, as pessoas costumam, por força do pensamento, repetir as mesmas emoções negativas que vivenciaram na ocasião em que ele ocorreu.

Tenho afirmado a partir de algumas reflexões de Einstein que nenhum conflito se resolve na mesma sintonia em que foi gerado⁷. A sintonia do ambiente depende fundamentalmente do magistrado a partir da leitura que ele puder fazer do conflito e do encaminhamento do diálogo na audiência.

As técnicas, ferramentas e instrumentos autocompositivos, principalmente os da mediação, da comunicação não violenta, do pensamento criativo, da

inteligência emocional e social, contribuirão para que o magistrado desenvolva qualidades e conhecimentos interdisciplinares úteis a quaisquer de suas atividades administrativas, jurisdicionais e de representação política que desempenhe perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. Em dia com a justiça: uma concepção de justiça. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba. 2 nov. 2003. p. 12.
- COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O juiz agente político*. Campinas: Copola, 1998. 172 p.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 358 p.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.
- MACEDO JUNIOR, Francisco Luiz; ANDRADE, Antonio M. Rogoski. *Manual de conciliação*. Curitiba: Juruá, 2005. 237 p.
- MALDONADO, Maria Tereza. *O bom conflito: juntos buscaremos a solução*. São Paulo: Integreare, 2008. 176 p.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998. 368 p.
- RECTOR, Monica; TRINTA, Aluizio Ramos. *Comunicação do corpo*. São Paulo: Ática, 2003. 88 p.
- WHEELER, Jim. *O poder do pensamento inovador: deixe que novas idéias o conduzam ao sucesso*. São Paulo: Amadio, 2002. 127 p.

⁷ “Os problemas significativos que encontramos não podem ser solucionados no mesmo nível de pensamento em que estamos quando os criamos” (EINSTEIN apud WHEELER, 2002, p.9).



José António Mouraz Lopes
Formar Juízes para o Século XXI:
Formar para Decidir. Formar para Garantir

Resumo

Discute-se o papel dos juízes numa sociedade democrática e global. O direito ao juiz, dentro dos sistemas de justiça contemporâneos, é um direito efetivo que deve ser exercido, para além dos quadros legais da liberdade, independência e imparcialidade, preocupando-se com um profissional dotado de formação de elevado nível. Isto porque os problemas suscitados no domínio da justiça, na tripla perspectiva do acesso, da qualidade, da eficácia são transversais a todo tipo de sociedade menos ou mais pluralista, menos ou mais democrática. Neste cenário de alto grau de complexidade do mundo, no qual o juiz é o último garante do funcionamento democrático das instituições, importa aprofundar alguns dos conteúdos que serão inevitáveis na concretização de uma política de formar para decidir. Cultura de garantia, através da independência e da imparcialidade, aprofundamento, diversificação e diferenciação serão tópicos a abordar.

Palavras-chave

Papel dos juízes. Estado democrático de direito. Democracia. Formação do juiz.

Abstract

The role of the judges, in a global and democratic society, has frequently been under dispute. In the scope of the contemporary justice systems the right to a judge is an effective one, which should be exercised beyond the legal frameworks of freedom, independence and impartiality. It is supposed to focus on a professional holding a high level of instruction. This is owed to the fact that the problems emerged within the justice domain, and related to the triple perspective: access, quality and efficacy, are transversal to all types of society – the less and the most pluralist ones – the less and the most democratic ones. In this highly complex world scenery, in which the judge is the last guarantee of the functioning of democratic institutions, it is paramount to secure the consolidation and deepening of some contents that will be inevitably useful for the implementation of a policy whose aim is to train professionals for decision making. A culture of guarantee, through independence and impartiality, deepening, diversification and differentiation will be topics to approach.

Key words

The role of judges. Democratic state. Democracy. Judge's training.

Formar Juízes para o Século XXI: Formar para Decidir. Formar para Garantir

Training Judges for the XXI Century
Train to Decide, Train to Guarantee

José António Mouraz Lopes*

* Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas de Portugal. Presidente da Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

APRESENTAÇÃO

Num estado de direito democrático, a ideia de uma jurisdição independente, imparcial, livre e competente assume-se hoje como direito fundamental e indisponível.

O debate sobre o papel dos juízes e sobretudo que formação se exige a um juiz numa sociedade democrática e global encontra-se nas agendas da discussão política sobre os sistemas de justiça.

O direito ao juiz é um direito efectivo e tem um conteúdo. Exige, para a sua concretização, para além dos quadros legais que consagram a liberdade, a independência e a imparcialidade, a disponibilidade de um profissional dotado de uma formação de elevado nível.

Pensar a justiça neste domínio impõe um pensamento global. Os problemas suscitados no domínio da justiça, na tripla perspectiva do acesso, da qualidade, da eficácia são hoje transversais a todo o tipo de sociedade menos ou mais pluralista, menos ou mais democrática.

No que diz respeito aos juízes, constata-se uma exigência de cidadania sobre o exercício do seu papel fundamental de forma que os direitos fundamentais do cidadão estejam sempre na linha da frente da intervenção jurisdicional.

Só uma formação aprofundada, diversificada, disposta a encarar o grau de complexidade do mundo e dos seus problemas multiculturais permitirá responder a esse desafio. Por outro lado apenas uma formação em permanência permite satisfazer as respostas suscitadas.

Num quadro absolutamente globalizado onde o juiz é um juiz do mundo, onde a multiplicidade dos problemas suscitados à decisão são inelutáveis, mas sempre condicionados pela afirmação de que são os juízes o último garante do funcionamento democrático das instituições, importa aprofundar alguns dos conteúdos que serão inevitáveis na concretização de uma política de formar para decidir. Cultura de garantia, através da independência e da imparcialidade, aprofundamento, diversificação e diferenciação serão tópicos a abordar.

N.E. Manteve-se a versão original do texto.

1 INTRODUÇÃO

Num pequeno texto publicado no livro CEJ, a propósito da exigência de formação para a magistratura sublinhámos que se trata,

antes de saber o que se quer e o que se pretende de um juiz e de um magistrado e se para tal aquisição basta apenas um figurino pedagógico técnico jurídico previamente definido e estruturado num determinado período de tempo no início de uma carreira (LOPES, 2006).

Ensaçando algumas respostas, sempre tópicas, também então referimos que na essência do que é o exercício de uma atividade judiciária encontramos a compreensibilidade da razão humana e o entendimento dos seus problemas, dos seus conflitos.

Continuamos a pensar, que é ainda nessa dificuldade de entender o ser humano que reside a grande questão subjacente a um processo de formação de alguém que todos os dias tem que lidar com formas de resolução de conflitos, num quadro de um Estado de Direito onde a regra e o procedimento são inevitavelmente as garantias de que esse processo de entendimento do conflito não pode ser arbitrário.

Por isso, mais do que uma formação assente num academismo tecnicista, assente no estudo aprofundado do conjunto normativo que enquadra essa realidade, será importante apostar num modelo onde se deve ser mais exigente na capacidade do juiz ir para além da resposta ao “processozinho”.

Será fundamental encontrar mecanismos de perção do conhecimento do outro, da sociedade em que se insere, da cultura que o envolve, que claramente permita ao juiz entender a diversidade, a multiplicidade, o pluralismo em que a sua atuação é ou vai ser decisiva tendo em conta a diversidade e a multiplicidade de apelos que atingem hoje os tribunais.

Uma sociedade aberta, plural, global, naturalmente conflituosa onde a diversidade justifica

a própria concessão democrática do Estado exige a quem vai ter um papel de resolução de conflitos e de garante dos direitos fundamentais, uma capacidade de exercício profissional capaz de responder às expectativas dos que os procuram.

Outros saberes, outros direitos e sobretudo uma interiorização fortíssima do papel que assume hoje o lado global do direito, nomeadamente o quadro dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e da sua aplicabilidade directa, sem receios e sobretudo com a permanente consciência de que “ainda há juizes em Berlim”.

À formação técnico jurídica massiva deve claramente acrescentar-se uma formação generalista e diversificada, que permita criar sólidas bases de perção, de entendimento que sustentem uma adequada capacidade de argumentação e decisão. Porque é, afinal, na decisão que vai fundar-se a sua legitimação.

2 PARA QUE SERVEM OS JUÍZES?

a) A questão fundamental no debate sobre o processo de formação dos juizes é uma questão simples: para que servem os juizes numa sociedade do século XXI?

A aparente simplicidade da pergunta não esconde a multiplicidade de questões que lhe são conexas.

A sociedade do século XXI é, antes de mais nada uma sociedade de conflito e, por isso, será necessário formar pessoas capazes de enfrentar e intervir na resolução desses conflitos.

Nesse sentido, reconduzir a resolução do conflito, de uma forma genérica, ao papel da magistratura impõe o confronto com a questão de saber de que falamos quando falamos de “juizes”, ou o que numa dimensão prática se reconduz à questão de saber se há outras formas de resolução de conflitos, se todos os magistrados são “juizes” e se toda a formação de magistrados deve ser idêntica.

Uma sociedade pluralista e multicultural tem hoje um leque de meios alternativos de resolução de litígios que devem ser analisados e percebidos como fazendo parte do conjunto de possibilidades reais de resolver questões que ou estão nos tribunais judiciais e delas podem sair ou nem sequer chegam a “entrar” nos sistemas de resolução de litígios.

Trata-se de um conjunto de novas formas de justiça que resultam do crescente aumento do volume processual e da incapacidade de o sistema tradicional de justiça resolver os assuntos, mas também, da necessidade de, em determinadas matérias, como é o caso dos assuntos de justiça de menores ou da justiça de pequenos litígios, ser uma forma mais próxima do cidadão aceder à justiça (ITÁLIA, 2003, p. 17).

O debate sobre “os juízes” e a sua função será assim delimitado, no presente estudo, aos juízes dos tribunais judiciais.

A resolução de conflitos não é a única função atribuída à magistratura. No Estado contemporâneo a jurisdição assume um papel mais complexo e por isso envolvendo mais riscos. Atribui-se aos juízes a função de garantir, promover e estabelecer a legalidade num quadro Constitucional determinado, com finalidades precisas mas sempre tendo no seu epicentro a tutela de direitos dos cidadãos.

Direitos fundamentais, direitos sociais, direitos difusos são hoje realidades que enquadram o âmbito do conjunto de direitos cuja promoção está na primeira linha da actividade judicial.

A função garantística e a função de efectivação de direitos, no domínio da intervenção judiciária, estão hoje constitucionalmente repartidas pela magistratura judicial e pelo Ministério Público.

No âmbito do sistema judicial são, no entanto, as magistraturas que detêm o “monopólio” da tutela e garantia referidas.

Uma cultura de cidadania, de responsabilidade, de isenção, de ética, de garantia de direitos fundamentais, de cumprimento da legalidade emerge

do sistema Constitucional e vincula o exercício das magistraturas judicial.

b) Num segundo momento há que identificar, no interior do conteúdo funcional da jurisdição, qual o papel central exigido ao juiz.

A questão da amplitude dos conteúdos hoje exigidos à resolução dos problemas dos cidadãos, trazendo imanente “a complexidade do ordenamento, a pluralidade das fontes, a fragmentação social que produz a legislação sectorial” conforme refere Franco Ippolito (2004, p. 22), suscita a interrogação sobre a complexidade e dificuldade das tarefas do juiz e o modo de as abordar.

O que leva ao debate sobre a formação específica que deve estar subjacente ao processo e formação de um juiz. Desde logo a pergunta sobre se fará sentido formar magistrados num patamar diferenciado da formação de outros juristas (CANOTILHO, 2003, p. 48).

Neste domínio será fundamental concretizar um cruzamento ou um encadeamento entre os novos sistemas de formação universitária e a formação profissional do juiz.

Assiste-se hoje a uma profunda reformulação dos modelos de formação universitária, abrangendo todas as variantes e todos os cursos, nomeadamente na Europa, por impulso do chamado “processo de Bolonha”. Na formação dos juízes não pode omitir-se essa profunda remodelação a montante e quais as consequências que daí advêm para um sistema de formação integrado.

Num segundo sentido, afirmada a valência da especificidade da formação de magistrados, há que questionar se deverá acentuar-se a questão da formação especializada em áreas particulares no interior da própria intervenção jurisdicional.

No domínio funcional ou procedimental da actividade jurisdicional importa atentar, por último, à relevância da alteração dos perfis do juiz nos vários procedimentos, nomeadamente nos processos penal,

civil e laboral, em que se constata uma acrescida intervenção do juiz como factor de equilíbrio dos poderes muitas vezes diferenciados em juízo.

O balanceamento entre uma opção por um processo inquisitório ou por um processo acusatório é hoje objecto de discussão nos vários domínios da jurisdição.

c) Aproximando o grau de problematização será importante atentar àquele que será um dos núcleos mais problemáticos da intervenção jurisdicional e que permite afirmar o papel da jurisdição como verdadeira “valência política da efectividade de direitos”, na expressão de Franco Ippolito (2004, p. 22).

Como pode o judiciário responder aos problemas novos que todos os dias lhe são suscitados sem uma formação adequada para a qual não foi, num primeiro momento, envolvido.

Atente-se às providências cautelares contra políticas concretas do Estado, suscitando a reposição de direitos que os cidadãos entendem restringidos por actos legislativos, na exigência de controlos jurisdicionais a intervenções restritivas de direitos fundamentais decorrentes de investigações criminais de alta densidade ou mesmo na reposição de direitos pessoais postos em causa por novas tecnologias ou novas formas de comunicação. Ou, num domínio cada vez mais relevante, o papel do juiz na validação constitucional das leis.

Numa sociedade complexa, plural e fragmentária terá que existir uma disponibilidade do juiz a entender a jurisdição como “valência política” ou como garante de uma efectividade de direitos sociais. Conforme refere Franco Ippolito (2004, p.22), “reconhecer a garantia de direitos significa incidir concretamente sobre a organização dos poderes, impedir a concretização e o abuso destes e tornar efectiva uma distribuição racional da autoridade”. Trata-se de entender o papel dos magistrados e a jurisdição, como um factor da democracia que contribua para o seu desenvolvimento e a sua qualidade. “Uma jurisdição

independente e garante dos direitos fundamentais é condição necessária para a democracia”, refere Borracetti (2002, p. 23).

Questões como a politização da justiça ou relacionamento dos magistrados e demais intervenientes no sistema de justiça com a comunicação social são por outro lado matérias que devem estar nas preocupações do judiciário.

d) À diversidade e complexidade que este conjunto de problemas transporta para o judiciário acresce, por regra, a problematização da legitimidade jurisdicional. Questões como “devem os juízes intervir nestes domínios? A que título e com que limites?”, sendo frequentes, põem à prova a própria densidade do judiciário face a um sistema constitucional em que a legitimidade política continua a ser vista apenas e só como a legitimidade eleitoral.

Mais do que as questões em si, são os estilhaços que estas provocam que permitem suscitar um conjunto de perplexidades que, não raras vezes, enveredam para um discurso deslegitimador das próprias decisões e de quem as profere.

Trata-se, aliás, de um problema que atinge os vários graus da judicatura. Os desafios, embora diferenciados, são comuns a todos os juízes de todos os tribunais.

É esse, no entanto, um dos desafios à jurisdição que qualquer processo de formação deve antecipadamente prever. O exercício da magistratura, confrontado com alterações quantitativas e qualitativas significativas que, no limite, apelam à própria legitimidade dos seus fundamentos, exige por parte de quem exerce essas funções uma capacidade de percepção essa sua actividade numa perspectiva de permanente incomodidade.

3 DIVERSIDADE, COMPLEXIDADE E PROBLEMATIZAÇÃO DA LITIGAÇÃO

Como se constatou é essencialmente num mundo diversificado, complexo e problemático que é exercida hoje a função judiciária e que condiciona

qualquer abordagem a efectuar sobre os sistemas de justiça, seja de um ponto de vista do “tratamento” da procura e da oferta, do acesso à justiça, da racionalização dos mecanismos intervenientes, da eficácia, da “accountability” e também da formação dos protagonistas¹.

Importa num primeiro momento atentar ao tipo de litigação que condiciona, hoje, o exercício da jurisdição.

Não se exige apenas ao juiz, quer seja aquele que decide um, aparentemente simples, caso de regulação de poder paternal num qualquer Tribunal do país, quer seja o juiz que decide um “caso difícil” num Tribunal Supremo ou num Tribunal Constitucional, que decida em função dum raciocínio silogístico e lógico dedutivo puramente formal. O que decide, como decide, o que escreve, como escreve é hoje objecto de apreciação e avaliação, não só efectuado pelos “canais” internos de intervenção procedimental para efeitos de recurso, mas sobretudo pelo controlo informal decorrente da emersão das decisões para a opinião pública.

A repercussão da decisão judicial para além da decisão proferida no caso concreto que suscitou o litígio é sintomática, sendo visível, nessa “amplificação”, a preocupação que o cidadão demonstra pelo sistema de justiça.

Entender a litigação como problema que vai para além do caso concreto transporta-nos para a questão das percepções do cidadão perante os juízes, nomeadamente para a questão do que esperam os cidadãos, hoje, de um juiz.

4 UMA FORMAÇÃO EM PROCESSO

4.1 UM PROCESSO GLOBAL

O modelo de centro de formação estabelecido, menos do que escola de formação, parece constituir hoje um dos modelos do espaço europeu de justiça

¹ Para uma panorâmica sobre o sistema francês, cfr Bougeol (1995, p. 27) e Imbert-Quaretta (1995, p. 83).

de formação tendo em conta as escolhas assumidas em muitos países da Europa que replicaram o modelo francês de Centro de Formação Profissional de Magistrados².

Existem, hoje, no espaço judiciário europeu um conjunto de decisões formais e institucionais que enquadram juridicamente a formação de magistrados na Europa.

O trabalho pioneiro do Conselho da Europa, através da sua Recomendação (R94) do Comité de Ministros aos Estados sobre a independência, eficácia e papel desempenhado pelos juízes, rapidamente se desenvolveu em inúmeros órgãos e documentos.

O processo de aproximação e internacionalização dos sistemas de formação que se estendeu por toda a Europa, pese embora as cambiantes que os vários países da Europa (não só da União) têm adoptado.

Há que salientar como decorrência do conjunto de documentos internacionais sobre a formação de juízes na Europa, a criação da REDE EUROPEIA de Formação de Magistrados, criada em 2000, que de uma forma “cooperativa”, vem desenvolvendo um trabalho de aproximação entre os vários países da Europa sobre a formação.

Mas não só a nível do Espaço Europeu, seja ele condicionado ao espaço da União, seja alargado ao espaço do Conselho da Europa, se constata hoje a emergência de uma jurisdição global e, conseqüentemente, da necessidade de formação de quem intervém nessa jurisdição

O papel da jurisdição global decorrente dos Tribunais Internacionais, o papel das Redes globais de conhecimento entre magistrados, através das suas associações profissionais, o papel da própria internacionalização da jurisprudência através da divulgação das várias decisões internacionais e do cruzamento de informação para as decisões que se

² Sobre a formação judiciária na Europa cfr Oberto (2003). E, sobretudo, a muito actual Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias (2006).

efectivam são exemplo de uma crescente alteração do paradigma judiciário.

O desenvolvimento e aprofundamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a actuação do Tribunal de Justiça das Comunidades, a nível da Europa, são outros exemplos dessa afirmação a nível Europeu.

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, ao nível da Organização dos Estados Americanos tem tido nesta parte do mundo um papel relevante.

A nível mundial, a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), pese embora as suas vicissitudes, é um marco fundamental na afirmação de uma cultura judiciária global. De igual modo o papel que o Tribunal Internacional de Haia vem fazendo, no julgamento de certos crimes, parece permitir consolidar a emergência de uma forma global de entender e aplicar o direito.

Ao nível da cooperação directa internacional entre magistrados, nomeadamente na área penal, é inevitável a permeabilização de processos de entendimento na concretização do trabalho diário que é efectuado.

Casos publicamente mediatizados ou pura e simplesmente casos que todos os dias ocorrem entre os variadíssimos tribunais de todo o mundo (e sobretudo, hoje, na Europa) permitem evidenciar uma fortíssima mobilização dos magistrados para resolverem problemas transnacionais, sendo para tal, absolutamente essencial ter um conhecimento mútuo “razoável” quer dos vários sistemas de justiça, a nível procedimental quer sobretudo a nível de uma “cultura de entendimento comum”.

Ou seja, sem um conjunto de entendimentos mínimos que decorrem de processos de conhecimento dados através de processos de formação de magistrados não seria possível fazer funcionar, hoje, uma parcela razoável do sistema de justiça global.

Este “comércio jurídico”³ não se faz no entanto sem críticas, nomeadamente em termos de pôr em causa

a própria legitimidade da actuação internacionalista dos juízes. Críticas essas que assentam na “defesa” das soberanias dos Estados como fonte de toda a legitimação judicial.

Parece claro, no entanto, que a troca de experiências profissionais globais é fundamental para que se não criem hábitos sustentados em práticas por vezes muito localizadas e, por outro se previnam riscos de alguma endogamia e reprodução de procedimentos que traduzem muitas vezes uma repetição de práticas e hábitos acrílicos e que não permitem qualquer tipo de inovação.

4.2 UM PROCESSO DINÂMICO

O sistema de justiça, e sobretudo o sistema judiciário, tendo como paradigma a intervenção do juiz, é um sistema reactivo à procura. Funciona em função de um activismo que, não lhe sendo de todo estranho, por regra não é o seu paradigma. O juiz não age por si. Intervém em função das dinâmicas sociais e age sempre (ou quase sempre) quando solicitado.

Dinâmicas sociais em constante alteração solicitadas pela sociedade em mudança, pelos novos problemas, pelos novos direitos e pela absorção pelos cidadãos deste conjunto de direitos.

Uma sociedade aberta, plural, global e conflituosa em que a diversidade decorre da própria concepção democrática do Estado exige de quem vai ter um papel de resolução de conflitos e de garante dos direitos fundamentais, uma capacidade de exercício profissional capaz de responder às expectativas dos que os procuram.

Outros saberes, outros direitos e sobretudo uma interiorização fortíssima do papel que assume hoje o lado global do direito, nomeadamente o quadro dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e da sua aplicabilidade directa.

Assim é fundamental consagrar um processo de formação denso que permita concretizar uma

³ A expressão é de Allard e Garapon (2006, p. 89).

capacidade técnica indispensável para enfrentar todo o tipo de problemas. Há, no entanto, que verificar que “a história está cheia de magistrados de altíssima capacidade técnica e jurídica mas completamente subalternos aos poderes político económico”, como refere Ippolito (2004, p. 24). Nesse sentido é necessário formar juizes que percepcionem o papel da jurisdição no jogo do exercício democrático, ou o que é o mesmo, o entendimento muito desenvolvido sobre o conteúdo dos vários poderes constitucionais do Estado, os seus limites e, por contrapartida, a consciência claríssima dos poderes constitucionais do juiz em relação ao exercício de direitos de cidadania.

A dinâmica de um processo formativo, no que respeita à jurisdição não pode cristalizar-se num mimetismo de aprendizagem a propósito do manuseamento de instrumentos normativos burocraticamente utilizados. A “pirâmide hierárquica” (IPPOLITO, 2004, p. 24) que por regra tem como destinatária a magistratura do Ministério Público, mas nem por isso menos importante em relação a muitas práticas dos juizes, não pode condicionar o exigível confronto permanente de ideias e interpretações que tornem efectivos os mecanismos institucionais capazes de assegurar uma verdadeira independência da magistratura. É que terá resultados claros na efectividade de consagração de direitos dos destinatários das decisões judiciais.

A procura judicial é hoje condicionada por variadíssimos factores encontrando-se, entre eles, as próprias decisões judiciais proferidas noutros contextos que envolvem a resolução de litígios semelhantes. Um caso judicial decidido e conhecido, hoje, num país da Europa, rapidamente encontra eco num outro país da mesma Europa ou do mundo.

Constata-se, por outro lado, uma enorme migração de jurisprudência dos Tribunais Internacionais para os Tribunais comuns das várias jurisdições.

Não se trata da aplicação das decisões judiciais dos Tribunais Internacionais nos territórios e países dos

destinatários. Trata-se, neste domínio, da migração de casos que são tratados em Tribunais Internacionais e que, pela sua relevância, se tornam conhecidos noutras realidades territoriais implicando por isso um fenómeno de mimetismo nesses países que, por sua vez, pode dar origem a demandas judiciais locais, com a conseqüente intervenção do sistema judicial.

Tal situação implica desde logo uma disponibilidade dos juizes para tratar de assuntos e matérias até aí porventura desconhecidos e sobretudo uma disponibilidade para encarar um processo de formação que possibilite o conhecimento e a abordagem permanente sobre matérias que outros juizes também tratam e a forma como é por eles tratada.

Numa segunda dimensão a natureza dinâmica de um processo de formação assenta na disponibilidade que o juiz dever demonstrar, a todo o tempo de exercício da função, para a formação. Não basta ser juiz. Torna-se essencial ter hoje uma perspectiva permanente, a quem exerce funções de juiz, à abertura à formação profissional durante a sua carreira profissional. Daí que a formação permanente dos juizes assuma hoje, no discurso da formação, uma papel tão relevante como a formação inicial. “Os juizes estão condenados, de forma perpétua a estudar e aprender”, refere Jansen (2003).

Se dificilmente se concebe uma formação profissional continuada ou permanente que não passe por uma adesão voluntária do magistrado, será cada vez mais difícil de sustentar a possibilidade de acesso profissional a determinados cargos profissionais especializados sem exigir um grau de formação específico e avançado sobre as questões e competências, também elas específicas, que serão exercidas. Mesmo os processos de promoções de carreira ou acesso a Tribunais Superiores não podem estar afastados do tipo e qualidade de formação profissional que os juizes têm ou tiveram ao longo da

sua vida profissional. Daí que a abertura profissional à formação permanente deva ser uma constante.

À disponibilidade para a formação permanente deve contrapor-se um programa de formação inovador, cativante, útil, que suscite a adesão dos destinatários de forma a responder às suas solicitações, défices de conhecimento e novos problemas.

4.3 UM PROCESSO PARTILHADO

Na formação inicial e na formação contínua exige-se hoje uma formação de elevado nível, já hoje exigida por numerosos documentos internacionais.

Se na formação inicial o modelo de “escola” de magistratura surge atualmente como um modelo com vantagens claras em função da dimensão de “soberania” que as funções de magistratura comportam, a concretização desta exigência no domínio da formação continuada deve permitir que os juízes tenham a disponibilidade de aceder à formação multidisciplinar (e não monolítica) que dever ser proporcionada por várias entidades, ainda que de forma regulada e coordenada.

Assim ao modelo unívoco de formação propiciada apenas por uma entidade deve sobrepor-se um modelo múltiplo de entidades com capacidade e reconhecimento oficial para possibilitar a formação. Que não colidindo entre si permitam providenciar várias perspectivas de conhecimento sobre o amplo conjunto de matérias que deve consubstanciar a formação.

A abertura da formação às Escolas de Magistratura, a Associações de Magistrados, a Universidades, a Centros de Investigação é assim uma riqueza que não pode desperdiçar-se.

Um programa de formação permanente de magistrados não terá, necessariamente, que sustentar-se numa única instituição nem obedecer a programas monolíticos. A diversidade institucional, a multiplicidade de conteúdos e a pluralidade de

intervenientes contribuem para um aprofundamento da capacidade crítica dos magistrados que acedam à formação, permitindo-se assim uma visão pluralista e multidisciplinar das várias questões que constituirão os conteúdos formativos. Deverá, salvaguardar-se, sempre, a exigência de um elevado grau de qualidade da formação, adequadamente certificada e monitorizada pelos órgãos que tutelam a gestão da formação dos juízes. Até porque, importa sublinhar, trata-se também aqui, da formação permanente dos juízes, de um interesse público que está em causa e que importa salvaguardar.

5 FORMAR PARA DECIDIR. FORMAR PARA GARANTIR

O papel que vem sendo identificado como adequado à exigência social do juiz identifica a emergência de um profissional com elevadas responsabilidades sociais. Responsabilidade de decisão e responsabilidade de garantia que, numa sociedade plural e necessariamente conflituosa, assumem uma dimensão qualitativa e quantitativamente exponencial e, como consequência traduzem um conjunto de responsabilidades acrescidas.

A um profissional com responsabilidades acrescidas tem que corresponder uma formação de elevado nível. Não se trata apenas de uma elevada “capacidade técnica”. Mais do que isso, como se referiu, trata-se de uma formação que permita a percepção e o desenvolvimento de uma actuação em que o confronto e o conflito vão suscitar a possibilidade do juiz intervir no aprofundamento do estado democrático, pela via da garantia, por um lado, e pela própria transformação decorrente dessa intervenção no espaço societário. Com riscos acrescidos, sobretudo a partir do momento em que a decisão do conflito põe em causa a intervenção ou omissão da intervenção política do Estado, sendo para isso necessário ao juiz ter uma plena consciência do seu papel, aí englobando os seus direitos e deveres.

Toda a actividade jurisdicional é orientada para uma finalidade que na sua essência passa pela decisão de garantir direitos ou pelo acto de julgar e decidir conflitos.

Tratando-se, por isso, de formar para decidir, sublinham-se um conjunto de tópicos ou princípios estruturantes cujo conteúdo pulverizador não pode ser omitido num qualquer processo de formação.

5.1 INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE

Qualquer cidadão não prescinde de ver julgada sua causa, a ver o resultado do seu acesso ao direito entregue a uma entidade independente dos restantes poderes constitucionalmente consagrados, sejam eles institucionais sejam de facto⁴.

A afirmação tem atrás de si um processo histórico de consolidação da ideia de independência⁵, absolutamente irreversível nos seus fundamentos e no seu conteúdo.

Assegurar os fundamentos de uma actuação livre dos tribunais e dos juizes perante pressões que se lhes dirijam do exterior, seja quem estiver desse lado é afinal o sentido e a razão da jurisdição.

A independência dos juizes afere-se numa dupla vertente: externa e interna. Os juizes são independentes dos restantes titulares de órgãos de soberania e são independentes entre si quando aplicam e interpretam a lei.

Sendo o cidadão e o conjunto de direitos e garantias de que é titular que exige a configuração de um órgão independente de outros poderes que limitem o exercício desses poderes, a independência dos juizes não é um fim em si mesmo. É a estrutura fundamental da própria legitimação dos tribunais e das suas decisões perante o cidadão.

⁴ Na expressiva afirmação de Canotilho (1999, p. 70), *“ninguém hoje admitiria discutir em tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente”*.

⁵ Desenvolvidamente a questão da independência como estrutura fundamental da jurisdição numa perspectiva do sistema de processo penal, cf. Lopes (2005, p. 46 et seg.).

A pretensão jurídica do cidadão, como fonte de legitimação da independência, não será muito diferente à constitucionalmente estabelecida fórmula da justiça “em nome do povo”, de quem a função judicial obtém legitimação imediatamente e sem mediações representativas.

E é na legitimação, como suporte fundamental a toda a decisão, que ancora também a importância de ser imparcial. Ao lado da independência, a imparcialidade do juiz, como essência do próprio processo, é para além de uma das fontes de legitimação da justiça, uma forma de efectivação do próprio sentido de justiça.

O princípio da imparcialidade como o primeiro requisito da confiança dos cidadãos no direito de cada um a renunciar à autodefesa e a buscar o seu direito (real ou suposto) nos tribunais (LARENZ, 2001, p. 181) é por isso um dos princípios processuais do Estado de Direito.

Ricoeur (1997, p. 11) acentua a “justa distância, mediação de um terceiro e imparcialidade como os grandes sinónimos do sentido de justiça.

A relevância da imparcialidade, não se esgotando na questão procedimental, assume a sua plenitude no problema da legitimação. Apelando a Habermas (1981, p. 246), pode referir-se que a tese de que a dominação política, como condição da sua manutenção e eficácia a longo prazo, precisa obter o reconhecimento como poder legítimo (e não meramente legal). A transposição deste princípio para o judiciário transporta consigo o debate sobre a legitimação da decisão jurisdicional em que a imparcialidade do juiz assume um papel essencial.

Daí que a maximização da garantia da imparcialidade do julgador no próprio processo, mas também fora dele, num momento em que é questionada com alguma frequência a forma de legitimação judicial (SAAVEDRA LÓPEZ, 1994, p. 12), surja como um reforço inequívoco do valor da jurisdição.

Criadas que estejam as garantias orgânicas que permitam o desenvolvimento profissional e estatutário da independência e da imparcialidade importa construir e aprofundar um conjunto de mecanismos de conhecimento que, ao nível da formação dos juízes, solidifiquem a interiorização dos princípios da independência e da imparcialidade (OBERTO, 2003, p. 199).

É a legitimação política da função judiciária que está em causa. A compreensibilidade da legitimação de quem exerce funções no judiciário é fundamental para o entendimento do suporte da actuação judicial e sobretudo pelos limites de actuação do juiz, hoje.

O entendimento dos mecanismos que concretizam essa legitimação é um instrumento fundamental ao juiz para que exerça, sem medos, a sua função.

Nesse sentido formação para uma cultura de cidadania, para uma cultura de responsabilidade, de isenção, de ética, de verdade, de garantia e efectividade de direitos fundamentais, terá neste domínio o seu suporte dogmático⁶. Sem isto a independência e a imparcialidade organicamente consagradas são apenas um mera "moldura".

5.2 CULTURA E GARANTIA

Será, igualmente necessário entender a formação da magistratura numa perspectiva de solidificação do Estado de Direito. O papel dos juízes concretiza a resposta a um direito inquestionavelmente universal e público do cidadão à justiça. Trata-se da concretização de uma garantia fundamental dos cidadãos e não apenas de formar uma respeitável actividade profissional. Daí a necessidade de um aprofundado processo de formação ao nível da disponibilidade ao tratamento de todos os problemas decorrentes de uma sociedade multicultural, fragmentária e sobretudo conflitual.

⁶ Guarnieri (2001, p. 114), refere, a propósito, que "uma boa qualificação e uma forte consciência dos deveres profissionais são provavelmente a melhor garantia de independência".

Há um conjunto de pessoas, numa franja social cujo espectro não diminui, com défices de garantias que não podem persistir. Sistemas prisionais, menores em risco, relações laborais fragilizadas, cidadãos portadores de anomalia psíquica, excluídos sociais, vítimas persistentes de alguns crimes, emigrantes são apenas exemplos de áreas em défice de garantia.

O conjunto de direitos individuais e sociais não concretizados de garantias constitucionais apenas formalmente estabelecidas exige do juiz uma permanente disponibilidade para o entendimento desses problemas que, necessariamente, vão ser-lhe suscitados.

Por outro lado são patentes as várias formas de discriminação numa sociedade pluralista e muito concorrencial. Discriminação de cidadãos estrangeiros, discriminação no trabalho e empresa, discriminações de género, discriminação no tratamento dos direitos das novas formas de organização familiar, discriminação nas questões de orientação sexual, são, entre outras, algumas realidades que não podem ser ignoradas. O seu conhecimento, não apenas de um ponto de vista teórico, e o modo de assegurar os princípios constitucionais que impõem políticas de não discriminação, ou mesmo, por vezes, a assumpção de princípios de discriminação positiva, devem ser concretizados, nomeadamente pelos tribunais e por quem decide.

De igual modo a capacidade de firmeza do juiz na exigência do cumprimento inequívoco dos direitos fundamentais, em períodos de deriva política com reflexos na restrição de direitos fundamentais, a coberto de políticas populistas de segurança pública, deve solidificar-se. Será, assim, de suscitar um especial enfoque à interiorização e sedimentação dos quadros de natureza constitucional nacional e supranacionais que estabelecem direitos fundamentais dos cidadãos.

Daí que se propugne por uma formação aprofundada, expansiva e permanente, já hoje exigida por numerosos documentos internacionais em que se vá solidificando esse entendimento do juiz à sociedade que o legitima.

A formação em áreas em que tradicionalmente não eram chamados a intervir os juízes bem como a formação sobre conteúdos que respondam a novos problemas ou a questões inovadoras assume uma especial relevância no âmbito da formação permanente dos juízes.

Negligenciar, por isso, nestas questões, a formação permanente dos juízes é transformar o elevado nível exigido ao exercício da judicatura, numa mediania tolerada.

5.3 GLOBALIZAÇÃO E PLURALISMO

Num outro tópico, constata-se, hoje, a necessidade de uma formação específica global que se adapte, por um lado, aos novos tempos e aos novos problemas, e sobretudo que acompanhe a necessidade de mudar a cultura formalista, subjacente a muitas práticas e decisões judiciais. Como se referiu, numa sociedade global e plural, exige-se um juiz com capacidade de perceber essa mesma realidade. Mais do que o direito como fenómeno em si é o direito numa sociedade que deve nortear um processo de formação de quem vai julgar os conflitos.

Daí uma adequada formação sobre os problemas que afectam hoje as sociedades no mundo e também o leque de respostas jurídicas passíveis de as enfrentar respondem a uma exigência formativa.

A percepção de uma cultura pluralista, em que surgem problemas inesperados que suscitam novos conflitos implica a adopção de uma disponibilidade do juiz a entender a possibilidade de admitir outros mecanismos de regulação normativa no âmbito de um quadro constitucional, ele próprio garante de uma sociedade pluralista. Gomes Canotilho, numa perspectiva da teoria da Constituição, apela a uma "proposta básica que alberga no seu seio sedimentação (tradição), transformações (inovações) e pluralidades (pluralismos)" (CANOTILHO, 2006, p. 204).

De igual forma a permeabilização dos conflitos entre Estados ou entre cidadãos que utilizam vários espaços territoriais e neles se envolvem em conflitos ou mesmo questões hoje tão vulgares como a

aplicação generalizada da *Lex Mercatorum* traduzem uma realidade global.

Neste quadro os juízes devem estar disponíveis e para isso serem formados. Neste sentido há, por um lado, que entender que outras formas de regulação de conflitos podem cruzar-se com a disponibilidade jurisdicional no leque de respostas dadas ao cidadão e simultaneamente mostrar disponibilidade para perceber alguma relatividade da sua própria actividade funcional. Por outro lado será importante uma disponibilização dos juízes para enfrentar processos de decisão de casos com relevância económica e social que cada vez mais são remetidos para uma jurisdição arbitral, muitas vezes a coberto de ideias de celeridade, menosprezando as garantias da jurisdição independente e imparcial.

5.4 INOVAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E CONVENCIMENTO

Para além das constantes mutações legais que o juiz não pode ignorar, há um conjunto de questões até há pouco tempo não tratadas nos processos de formação dos juízes e que se prendem não só com modificações de competências funcionais decorrentes de novos papéis atribuídos pela legislação, como é o caso das funções de gestão⁷, mas também pelas exigências de transparência, de simplificação e de eficácia hoje pedidas a qualquer servidor público.

Nesse sentido será necessário adequar alguns dos conteúdos formativos no âmbito de uma formação em processo, no processo de formação que se propõe.

Desde logo o exercício da magistratura deve ter o mesmo nível de resposta organizacional dos restantes interlocutores sociais no seu tempo.

⁷ A questão das funções de gestão deve ser vista, o que respeita ao sistema português, de um duplo ponto de vista. Por um lado trata-se das funções de gestão do tribunal, numa perspectiva de "actos administração". Numa outra perspectiva, agora intraprocessual, trata-se do recente "dever de gestão processual" que atribui ao juiz um "poder dever" de fazer uma aplicação criteriosa das regras processuais que aplica.

Informatização, nomeadamente o acesso e utilização racional das bases dados jurídicas, técnicas de trabalho electrónico, organização racional do trabalho, através da gestão do tribunal e do processo, sistemas de comunicação, são questões que não podem continuar a ser enfrentadas de um ponto de vista meramente tópico e superficial ou mesmo, na formação permanente, absolutamente ignoradas.

No que respeita à gestão e organização de processos importa tratar de matérias relacionadas com a gestão dos processos, a monitorização de todas as fases processuais e o seu controlo, a importância da celeridade processual como princípio fundamental da eficiência e da eficácia no exercício das funções, com reflexos no processo, a gestão do Tribunal e das agendas dos magistrados, o relacionamento com os funcionários, com os advogados e sobretudo com os cidadãos. Trata-se, neste último domínio, de matéria que deve ser entendida de forma primordial e sistematizada em qualquer processo de formação.

Por outro lado o conhecimento e a aprendizagem de formas de relacionamento intersubjectivo, através de uma aprendizagem a escutar o outro, a estar disponível para ouvir, a perceber, a escutar de outra maneira, deve ser objecto de atenção formativa permanente.

Toda a concepção do direito como fenómeno social, no modo como é pragmaticamente tratada pelos juízes, traduz-se sempre na decisão.

Assumindo a decisão judicial numa sociedade pluralista e conflitual não apenas um papel pacificador mas, por vezes, um papel inovador, pondo em causa interesses públicos pouco disponíveis para serem judicialmente interpelados, torna-se necessário perceber questões como a racionalidade do processo de decisão, nomeadamente o processo de elaboração das decisões judiciais no processo.

Questões como técnicas de discussão, argumentação e sobretudo o modo de convencimento num processo em que o contraditório e o debate são estruturais, surgindo como formas de legitimar a decisão devem ser objecto de avaliação crítica e adequação em função da mudança das expectativas e necessidades dos próprios destinatários das decisões.

Neste sentido o modo como é produzida a decisão, o modo como é fundamentada, o modo como é transmitida de forma a tornar claro o que tem que ser claro e compreendido, para poder ser aceite, deve ser objecto de tratamento sistematizado num processo de formação dinâmico e adequado que se exige a um juiz.

REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. 117 p.

BORRACETTI, Vítor. In: PEPINO, Lívio (Ed.). **Diritto, giurisdizione e democrazia: per una tutela effettiva dei diritti: atti del XIII Congresso Nazionale di Magistratura Democratica**. Milano: Franco Angeli, 2002. 328 p. (Quadrerni di "Questione giustizia"; 23) p. 23.

BOUGEOL, Anne. Les transformations des modalités d'entrée dans la magistrature: de la necessite sociale aux vertus professionnelles. **Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques**. Paris, n. 74, p. 27-39, juil./sept.1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. 81 p.

_____. Formação de magistrados ou formação de juristas? In: **COLÓQUIO INTERNACIONAL MODELOS DE FORMAÇÃO E CARREIRAS JUDICIÁRIAS**, Lisboa, 2003.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Comissão. **Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho sobre a formação judiciária na União Europeia:** COM (2006) 356 final. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2006.

GUARNIERI, Carlo. **La giustizia in Itália.** Bologna: Il Mulino, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimación en el estado moderno. Em: _____. **La reconstrucción del materialismo histórico.** Madrid: Taurus, 1981. p. 243-272. [Tradução do original Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus. 1976].

IMBERT-QUARETTA, Mireille. La vie quotidienne des juges. **Pouvoirs:** Revue française d'études constitutionnelles et politiques. Paris, n. 74, p. 83-91, juil./sept. 1995.

IPPOLITO, Franco. La formación de los magistrados. **Jueces para la Democracia:** Información y debate, n. 50, p. 21-24, jul. 2004.

ITÁLIA, Francesco Saverio Borrelli. Un programma per la Giustizia. **Micromega,** n. 1, p. 17, 2003.

JANSEN, R. Comment préparer les magistrats à devenir juges compétents en 2003?: observations sur une formation initiale et en cours d'emploi appropriée des juges aux niveaux national et européen. In: **CONSEIL CONSULTATIF DÉS JUGES EUROPÉENNES. Doc. CCJE-GT (2003) 3.**[Strasbourg, 2003].

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica.** Madrid: Civitas, 2001.

LOPES, José A. Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português.** Coimbra: Coimbra Ed., 2005. 212 p.

_____. Vinte e cinco anos do CEJ: recuperar os sentidos. In: **CEJ 25 ANOS: memória do futuro.** Lisboa: CEJ, 2006. p. 94-97.

OBERTO, Giacomo. **Recrutement et formation des magistrats en Europe: etude comparative.** Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2003. 167 p.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 195 p.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. A Legitimidade judicial na crise do império da lei. **Revista do Ministério Público,** [Lisboa], v. 15, n. 57, p. 11-23, 1994.



Fabrcio Vasconcelos de Oliveira
Notas sobre e empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli

Resumo

O presente artigo identifica os principais elementos da empresa individual de responsabilidade limitada. Como se trata de um novo instituto, o mesmo ainda está eivado de polmicas, as quais são analisadas nesse ensaio. Findo o estudo, identificamos que se trata de uma nova espécie de pessoa jurídica, a qual apresenta uma série de particularidades que a tornam um interessante instrumento para a prática de atividades empresariais.

Palavras-chave

Nova pessoa jurídica. Responsabilidade limitada. nico titular.

Abstract

The present paper identifies the essential elements of the individual limited liability enterprise. As this is a new institute, it is still riddled with polemics and controversies, which I propose to analyze in this essay. I conclude the current study identifying the individual limited liability enterprise as a new kind of legal entity, which presents a set of particular features that turn it into an interesting instrument for the business activities.

Key words

New kind of legal entity. Limited liability. Only holder.

Notas sobre a empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli

Notes On The Individual Limited Liability Enterprise - Ille

Fabrcio Vasconcelos de Oliveira*

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Par (UFPA). Mestre em Direito pela UFPA. Especialista em Direito pelo Centro de Extensao Universitaria de Sao Paulo (CEU/SP). Professor de Direito Empresarial na UFPA, Universidade da Amazonia (UNAMA), Centro Universitario do Par (CESUPA) e Escola Superior da Magistratura do Estado do Par (ESM-PA). Procurador Fundacional/Autarquico do Estado do Par. Autor de obras jurdicas de autoria prpria e em co-autoria.

1 INTRODUÇÃO

Existe uma prática, infelizmente, comum no mercado: algumas pessoas naturais, interessadas em realizar atividades empresariais, ao invés de atuarem como empresários individuais, preferem constituir sociedades limitadas com “sócios” que, quase sempre, comparecem apenas com seu nome.

Fazem isso para obter responsabilidade limitada pelas obrigações sociais e, assim, diminuir a possibilidade de impacto sobre o restante de seu patrimônio em caso de eventual infortúnio nos negócios.

A Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, alterou o Código Civil brasileiro para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada, cuja intenção expressa foi, justamente, oferecer uma alternativa à prática retro mencionada. A seguir transcrevemos o texto da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011:

Art. 1º Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do art. 1.033, todos da [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), de modo a instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, nas condições que especifica.

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 44. (...)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (...)

LIVRO II (...)

TÍTULO I-A

DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (...)

Art. 1.033. (...)

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

2 NORMAS GERAIS

A Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, criou a empresa individual de responsabilidade limitada ou, simplesmente, EIRELI, como um novo instituto jurídico; conforme decorre da leitura do artigo 44, VI do Código Civil, a EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado que não se confunde com as sociedades.

Porém, quais são as regras dessa nova espécie de pessoa jurídica?

O artigo 980-A, *caput* do Código Civil dispõe que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Ou seja, a pessoa interessada em constituir EIRELI deverá dispor de, pelo menos, o valor correspondente a 100 (cem) vezes o salário mínimo, devidamente integralizados no momento da constituição ou de eventuais aumentos futuros do capital; o Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) orienta as Juntas Comerciais que o referido capital poderá ser integralizado com dinheiro ou bens, porém é vedada a integralização em prestação de serviços (DEPARTAMENTO NACIONAL DO REGISTRO DE COMÉRCIO, 2011, itens 1.2.16.2, 1.2.16.3 e 1.2.16.5).

Questão que enseja polêmica é se o capital da EIRELI deve ser alterado quando houver aumento do salário mínimo. Explicamos, o salário mínimo em 2013 é de R\$678,00 (seiscentos e setenta e oito reais); logo o capital mínimo da EIRELI em 2013 é de R\$67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais); porém digamos que o salário mínimo seja aumentado no ano de 2014 para R\$800,00 (oitocentos reais), isso implicará que o titular da EIRELI deverá aumentar o capital para R\$80.000,00 (oitenta mil reais) de modo a acompanhar a regra dos 100 (cem) salários mínimos?

Entendemos que não deverá ser aumentado, uma vez que a regra visa, tão somente, à previsão de um valor mínimo no momento da constituição da empresa individual de responsabilidade limitada. O Conselho da Justiça Federal (CJF) debateu essa questão em sua I Jornada de Direito Comercial e chegou a essa mesma conclusão em seu Enunciado nº 04: “Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da

empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de posteriores alterações no salário mínimo”.

Em tempo, foi interposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.637/DF, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da exigência do capital de pelo menos cem vezes o salário mínimo, sob o argumento de afronta ao disposto no artigo 7º, IV da Constituição Federal que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim; como não houve concessão de liminar, tampouco, julgamento do mérito da ação até o momento em que o presente estudo foi redigido, informamos que o dispositivo continua em vigor.

Deve-se atentar ao que dispõe o § 2º do artigo 980-A do Código Civil, a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade. Porém, é mister perguntar: – o titular de EIRELI está impedido de ser sócio em uma sociedade? Ele poderá, por exemplo, adquirir ações em bolsa de valores? Entendemos que não há impedimento, já que a restrição legal não alcança essa hipótese e, na forma do artigo 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ao lado disso, o DNRC orienta as Juntas Comerciais a só efetuarem o registro de empresa individual de responsabilidade limitada que tenha como titular pessoa natural em pleno gozo da capacidade civil e que não seja legalmente impedida (DEPARTAMENTO NACIONAL DO REGISTRO DE COMÉRCIO, 2011, item 1.2.10).

O § 1º do artigo 980-A do Código Civil dispõe que a empresa individual de responsabilidade limitada poderá adotar firma ou denominação como nome empresarial, mas deverá incluir a expressão “EIRELI” no mesmo; ainda que o dispositivo legal tenha utilizado a abreviatura, não vemos impedimento a

que seja utilizada a expressão “empresa individual de responsabilidade limitada”, por extenso, no nome empresarial.

O § 5º do artigo 980 – A do Código Civil dispõe que poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

Importante ressaltar, também, que a empresa individual de responsabilidade limitada pode enquadrar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme expressamente disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (com redação determinada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011).

Em tempo, a ausência do registro implica a irregularidade da empresa individual de responsabilidade limitada. Nesse sentido, é o Enunciado nº 471 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente”.

3 PESSOA JURÍDICA PODE SER TITULAR DE EIRELI?

Provavelmente, a questão que enseja mais debates acerca da empresa individual de responsabilidade limitada é se o seu titular pode ser uma pessoa jurídica.

Esse entendimento possui defensores, principalmente levando em conta o disposto nos artigos 980-A, § 3º e 1.033, parágrafo único do Código Civil.

Em conformidade com esses dispositivos legais, a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração, ou seja, o sócio que venha a se tornar o único proprietário de quotas ou ações poderá requerer a transformação da sociedade em empresa individual de responsabilidade limitada.

Mas, e se o único sócio proprietário de todas as quotas ou ações for uma pessoa jurídica (por exemplo, uma sociedade limitada), ela poderá ser titular de EIRELI? Respeitados estudiosos defendem que sim.

Não negamos que é possível uma sociedade adquirir todas as quotas ou ações de outra e, nessa condição, tornar-se única sócia, porém, as sociedades possuem mecanismos para suprir a falta de pluralidade de sócios, tais como a incorporação (artigo 1.116 do Código Civil), não sendo necessária sua constituição em EIRELI.

A nosso ver, a intenção do legislador, ao instituir a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, foi criar uma nova espécie de pessoa jurídica para enfrentar a situação cotidiana de determinadas pessoas naturais que, ao invés de atuarem como empresários individuais, preferem constituir sociedades cujo tipo estipule a limitação de sua responsabilidade por dívidas sociais, mesmo que, para isso indiquem “sócios” que comparecem no quadro societário apenas com seu nome.

Entendemos, assim, que somente pessoas naturais podem ser titulares de EIRELI.

Essa também é a conclusão do Conselho da Justiça Federal, emitido em sua V Jornada de Direito Civil, no enunciado nº 468: “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”.

No ensejo, o Departamento Nacional do Registro de Comércio (2011, item 1.2.11)¹ orienta as Juntas Comerciais a não efetuarem o registro de empresa individual de responsabilidade limitada que tenha como titular pessoa jurídica.

Em tempo, cumpre informar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.298/2012, o qual visa a alterar o *caput* e o § 2º, além de acrescentar os §§ 7º e 8º ao artigo 980-A do Código Civil, de modo a admitir que pessoas jurídicas sejam titulares de empresa individual de responsabilidade limitada. Transcrevemos trecho da Justificação do referido Projeto de Lei:

Entendemos que não deve haver qualquer óbice legal à possibilidade de uma pessoa jurídica, e não somente as pessoas naturais, poder figurar como titular de uma Eireli. Do mesmo modo, não pode haver obstáculos para que esta nova espécie empresarial possa ser constituída por uma pessoa jurídica de capital estrangeiro, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 172, admite os investimentos no País mediante o aporte de capital estrangeiro. Naturalmente, que aqui não se pretende estabelecer qualquer privilégio para o capital estrangeiro que eventualmente constituir uma Eireli, uma vez que o mesmo estará submetido igualmente aos ditames da Lei nº 4.131/62.

4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A responsabilidade do titular da EIRELI será limitada ao valor do capital, que, consoante o artigo 980-A, *caput* do CC, deverá estar totalmente integralizado no momento da constituição da pessoa jurídica.

Uma vez que se aplicam à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras

¹ “IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR: Não pode ser titular da EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”.

previstas para as sociedades limitadas (§ 6º do artigo 980-A do Código Civil), a responsabilidade do titular da EIRELI será limitada ao valor do capital (artigo 980-A, § 6º c/c artigo 1.052 do Código Civil), não sendo demais recordar que esse capital já deverá estar totalmente integralizado no momento da constituição da pessoa jurídica (artigo 980-A, *caput* do Código Civil).

Mister atentar que o texto da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011 previa um § 4º ao artigo 980-A. O dispositivo possuía o seguinte texto:

§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.

Ocorre que o § 4º ao artigo 980-A foi vetado. Transcrevemos, a seguir, as razões do veto:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão ‘em qualquer situação’, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.

O dispositivo foi vetado para afastar quaisquer divergências que poderiam surgir acerca da possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na forma do artigo 50 do Código Civil.

O Código Civil, em seu artigo 50, prevê que

em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de

obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Resta indiscutível, portanto, que é possível desconsiderar a personalidade jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada para alcançar outros bens do titular ou do administrador da EIRELI, além dos bens utilizados para a integralização do capital. Em tempo, a desconsideração da personalidade jurídica não implica a extinção da pessoa jurídica, mas apenas suspende sua eficácia no caso concreto.

Desse modo, quando da verificação de abuso da personalidade jurídica da EIRELI (pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial), o juiz pode estender as obrigações da pessoa jurídica a seu titular ou seus administradores (em caso de os administradores serem pessoas distintas da pessoa do titular), a requerimento da parte ou do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 576 p.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera o Código Civil brasileiro para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Projeto de Lei n. 3.298/2012. Altera o art. 980-A da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que trata da empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.637/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade limitada**. São Paulo: Saraiva, 2012. 149 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito da empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. **Enunciados da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

DEPARTAMENTO NACIONAL DO REGISTRO DE COMÉRCIO. Instrução normativa n° 177, de 22 de novembro de 2011. **Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI**. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

RAMOS, Andre Luis Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.





Grace Osvaldina Pontes de Sousa Amanajás A Equalização Fiscal

Resumo

Este artigo analisa o atual sistema constitucional de transferências de receita entre os entes federativos, considerando o objetivo inserto na Constituição Federal de 1988 de diminuição das desigualdades regionais. Tendo como norte o objetivo de homogeneização entre as regiões do país, é apresentado um possível novo modelo para as transferências, o sistema da *equalização fiscal*, cujos parâmetros melhor se adéquam ao mencionado desiderato. São tratados os critérios do sistema de equalização, suas particularidades, o regime de transferência nas federações nas quais é utilizado, e a possibilidade de aplicação deste sistema em nosso quadro de transferências nacional.

Palavras-chave

Federalismo. Transferências governamentais. Desigualdade. Redistribuição de renda. Equalização.

Abstract

This paper analyses the current constitutional system for income transferences among the federative entities, in consideration of the objective stated in the text of the 1988's Federal Constitution, which focus on the reduction of regional inequalities. Aiming at homogenizing this process among the regions of the country, this study discusses the possibility of a new model for the transferences – the system of tributary equity – whose parameters best suits the mentioned purpose. It examines the criteria of the equity system, its peculiarities, the transference regime patterns in the federations where it is employed, and the possibility of using it in our system of national transferences.

Key words

Federalism. Government transferences. Inequality. Wealth redistribution. Equalization.

A Equalização Fiscal

Tributary Equity

Grace Osvaldina Pontes de Sousa
Amanajás*

* Advogada. Mestranda em Constitucionalismo, Democracia e Direitos na Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: grace_pontes@yahoo.com.br.

1 INFORMAÇÕES GERAIS

O presente trabalho aborda questões de fundamental importância para o desenvolvimento nacional. É cediço que o Brasil, por ser um país de dimensões continentais, abarca em seu interior díspares realidades de desenvolvimento entre as regiões. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a obrigação de o Estado objetivar, na implementação de suas políticas, a diminuição das desigualdades regionais.

Em verdade, o papel primordial do Estado é prover para seus cidadãos condições de vida satisfatórias, por meio da oferta de serviços básicos, como segurança, saúde e educação. Para que isto seja possível, o Estado procede à arrecadação tributária que tem por fim possibilitar o cumprimento das obrigações estatais.

Dentro da Federação brasileira, a União, Estados e Municípios detêm competência, constitucionalmente delegada, para a instituição de tributos com vista a possibilitar a manutenção e desenvolvimento do ente e a oferta de serviços para os cidadãos. Estes entes autônomos têm a responsabilidade de instituir, cobrar e direcionar os tributos de sua competência, o que,

no caso dos Estados e Municípios, somam-se às transferências constitucionais e legais, resultando no montante de recursos a serem geridos pelo ente.

Com as diferenças regionais existentes no Brasil, as quais o modelo de transferências atual não consegue minorar, e a necessidade que provém do federalismo cooperativo de tornar homogêneas a realização dos direitos, é de suma importância o debate acerca da forma das transferências realizadas entre os entes.

Neste contexto, surge o mecanismo de *equalização fiscal* como um instrumento apto a solucionar as principais dificuldades existentes no cenário atual de transferências de receitas tributárias, pretendendo abrandar as desigualdades entre os entes, fortalecendo o princípio federativo e os direitos fundamentais dos cidadãos, consubstanciados na redistribuição de rendas tributárias.

Este novo parâmetro a ser aplicado é o objeto de estudo do presente artigo, bem como a análise de uma possível alteração do atual quadro de transferências no federalismo brasileiro. A apreciação dos resultados verificados nos países em que a equalização já é aplicada, como a Alemanha, Austrália e Canadá, é de fundamental importância no debate.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

No Brasil, foi instituída pela Constituição de 1891 a Federação como forma de Estado e a República como sistema de governo. A opção pela forma federativa demonstrava que havia no seio da nação o interesse pela descentralização do poder e dos encargos, afastando-se da estrutura organizacional do Império, marcada pelo centralismo verificado nas colônias.

A evolução histórica da República Federativa do Brasil confirma que a forma de estado federativa, ao invés de ser resultado de um movimento natural e gradativo, foi na verdade uma opção do legislador constituinte.

Portanto, apenas aparentemente se tornou descentralizado o Estado brasileiro, pois a mudança da forma de Estado pouco alterou a prática do poder. A Federação brasileira não teve sua índole unitarista de imediato alterada, o que a diferencia sensivelmente de outras federações, como a norte-americana. Na verdade, a federação brasileira se caracteriza por um movimento pendular de centralização e descentralização¹.

O Brasil, por ser um Estado de forma federativa, tem como característica possuir uma Constituição que concede soberania ao ente federal e autonomia aos entes subnacionais. Ademais, são elementos da forma federativa um órgão de representação que indique a participação das entidades federadas; a repartição de rendas e competências firmada pela Constituição; e a proibição de direito de secessão às unidades federadas.

O Federalismo é considerado um princípio estruturante do ordenamento jurídico. Os entes federativos são igualmente importantes dentro da federação, mesmo que não estejam em igualdade de condições políticas e econômicas. Deste modo, um ente subnacional não se sobrepõe a outro, cada um goza de autonomia. Tendo autonomia, cada estado

¹ “Na história recente, encontramos dois períodos que expressam bem esse perfil federativo: a Constituição de 1967, intérprete de um sistema político ditatorial, que centralizou a receita tributária no governo federal, e a Constituição de 1988, carta da descentralização extremada, que alçou o município à condição de ente federado” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 67).

deve prover as suas necessidades administrativas, sem interferências externas.

O princípio federativo, previsto em nossa Carta Magna, centraliza-se na concepção de Federação, que constitui uma forma de estado baseada na descentralização do poder político, de modo a se repartirem competências e atribuições entre os entes, sob uma única ordem central, “pois é preciso manter o Estado soberano com o pacto entre os entes que o constituem” (ELALI, 2005, p. 21).

Importante ressaltar que, de acordo com André Elali (*apud* REZENDE; AFONSO, 2006, p. 94), o modelo de federação brasileiro não foi mera cópia do modelo norte-americano, expondo, em síntese:

Ao contrário do que se costuma pensar, a decisão de adotar um regime federal no Brasil não foi mera imitação do modelo norte-americano. Desde o início, a integridade do território brasileiro esteve ameaçada por tentativas de secessão. No período colonial, as relações entre as províncias brasileiras praticamente não existiam, não apenas por razões de distância e falta de meios de comunicação, mas também por ausência de motivos econômicos para o intercâmbio.

A estrutura de Estado centralizado, regida por instrumentos que apresentam características abusivas do poder central, continuava vigente e inalterada. Ou seja, era contínua a presença e interferência da União sobre as ex-províncias imperiais, que, em verdade, foram transformadas pelo texto constitucional em entes dotados de autonomia, sem a outorga de condições para tanto (BONAVIDES, 2003, p. 2).

Com a reforma constitucional de 1967², foram alteradas as competências tributárias e o sistema de

² “A forte centralização tributária, herdada da Reforma de 1966, obedecia não apenas a objetivos políticos (Oliveira, 1981), mas também a outros, de interesse econômico. A recomposição do quadro político ao longo dos anos 70, em detrimento do Governo federal, determinou frequentemente o uso discricionário das condicionalidades técnicas e dos requisitos burocráticos para decidir a alocação dos recursos de transferências negociadas, desvirtuando paulatinamente os objetivos alocativos previstos pelos formuladores (Rezende, 1982; Afonso e Souza, 1985; Oliveira, 1986).” (BARRERA; ROARELLI, 1995, p. 133).

repartição de receita, pois até então as transferências intergovernamentais não possuíam caráter redistributivo. Contudo havia desde 1946 uma ajuda federal aos municípios, excetuando-se as capitais, em partes iguais, de 10% da receita do Imposto de Renda (IR), e os Estados também auxiliavam devolvendo aos municípios 30% da receita do imposto sobre vendas e consignações (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 67,68).

Em que pese a forte centralização tributária, a Constituição de 1967 criou o primeiro sistema redistributivo de partilha de recursos, com vistas a compensar as perdas dos governos subnacionais, representado pelo Fundo de Participação dos Estados (FPE), e Fundo de Participação dos Municípios (FPM), tendo como base as receitas do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Com a diminuição da autonomia dos Estados e Municípios, pós reforma de 1967, passou-se paulatinamente a superação do centralismo fiscal do regime militar, o que culminou com a Constituição de 1988, que, alterando a estrutura de competências, transferiu bases tributárias da União para Estados e Municípios (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 68).

A Constituição da República de 1988 confirmou a ideia de liberdade na aplicação dos recursos recebidos por transferência, porém logo este espírito de liberdade foi sendo paulatinamente abandonado, e a inserção de emendas no texto da Constituição passou a determinar, por exemplo, a vinculação das receitas dos Estados e Municípios a gastos com educação, saúde e encargos com o funcionalismo ativo e inativo, demonstrando a tendência à rigidez dos orçamentos estaduais e municipais, o que pode ser discutível sob o ponto de vista da possibilidade de gestão dos recursos por governadores e prefeitos (REZENDE; AFONSO, 2006, p. 94).

No caso brasileiro, a Federação é dividida em três níveis, alçando os municípios ao nível de entes

federados, o que constitui peculiaridade nacional. A autonomia também é uma característica destes entes, bem como a existência de *transferências verticais* (da União para os Estados, e destes para os Municípios), delimitadas na própria Constituição da República. Cabe a cada ente instituir e arrecadar os impostos de sua competência.

A cooperação entre os entes federativos se exprime na atuação conjunta entre estes, cada qual preservando a sua autonomia, porém atuando de forma coordenada. Segundo Régis Fernandes de Oliveira, “o federalismo fiscal significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhe meios para atendimento de seus fins” (OLIVEIRA, 2008, p. 32).

3 O PRINCÍPIO FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição ocupa o patamar mais elevado, dando fundamento e validade às demais normas jurídicas, hierarquicamente dispostas. Na pirâmide jurídica, a Constituição Federal é o conjunto de normas superiores que devem ser incondicionalmente observadas, principalmente pelo legislador infraconstitucional.

Sendo o ordenamento jurídico um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, que tem a Constituição como ápice, devem todas as demais normas harmonizar-se com ela. As normas constitucionais caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos. De acordo com Hans Kelsen, “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”.³

³ “A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos.” (KELSEN, 1999, p. 217, 282).

A Constituição Federal é o fundamento último de validade das leis. São traçadas no texto constitucional as principais diretrizes do Estado, havendo na Constituição, segundo Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 11), o predomínio de regras de estrutura, ou seja, regras que fundamentam e estruturam o sistema jurídico e político nacional. O sistema do direito demonstra-se como um todo formal e materialmente disposto de modo a que a norma superior sempre fundamente e oriente as demais, extraindo daquela a sua validade e legitimidade.

Para Tarek Moyses Moussalem (2001, p. 73), “confere-se unidade sistemática ao direito positivo porque há um critério de ligação entre as normas jurídicas: a norma fundamental”. Ainda, para o mesmo autor (2001, p. 74), o direito positivo é um sistema de normas jurídicas válidas que, para serem consideradas como integrantes deste sistema, segundo os critérios de pertinência e validade, devem estar em conformidade com outra norma do ordenamento jurídico (norma de produção normativa). É no texto constitucional que estão traçadas as diretrizes gerais do Estado.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1975, p. 20), “a Constituição é o conjunto de regras concernentes à forma de Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício de poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”. Ainda, segundo Roque Antônio Carrazza (2009, p. 34), tem-se que:

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das inferiores, criadas por particulares (os *contratos*), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de “pirâmide jurídica”. Nela, as normas ordenam-se segundo uma relação sintática, pela qual as inferiores recebem respaldo de validade daquelas que as encimam, até o patamar máximo, que é o constitucional.

É na Constituição Federal que se encontram as regras e princípios que fundamentam o sistema

jurídico nacional. O princípio jurídico é um enunciado lógico, explícito ou implícito, que por sua generalidade, ocupa posição preeminente no sistema jurídico. O princípio tanto pode vincular o entendimento quanto a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. Os princípios podem ser considerados como o alicerce ou núcleo do sistema, em harmonia com outros princípios e normas. Os princípios são encontrados em todos os escalões da pirâmide jurídica, contudo, os princípios constitucionais sobrepõem sobre todos os demais princípios.

O princípio é uma enunciação que apresenta o caráter de generalidade e, por sua importância, orienta a interpretação e aplicação do Direito. Para Paulo de Barros Carvalho:

[..] em razão de seu caráter normativo, os princípios constitucionais demandam estrita observância, até porque, tendo amplitude maior, sua desobediência acarreta conseqüências muito mais danosas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma simples regra [...]⁴.

Assim, é a Constituição quem orienta e justifica a prática legislativa posterior. De igual modo, a interpretação do direito pelos governantes e juristas deve se ater às regras e aos princípios insertos na Carta Magna.

A interpretação é uma atividade cognoscitiva que tem como objetivo precisar o significado e o alcance das normas jurídicas, de modo a possibilitar uma correta aplicação. A elucidação da *mens legis* exige, por vezes, o recurso aos princípios. Assim, a interpretação de uma norma constitucional deve considerar os princípios e regras constitucionais insertos no sistema.

⁴ “No plano internacional, a União representa a totalidade do Estado brasileiro, e no plano interno é pessoa política autônoma, que goza de autonomia e atribuições privativas. A diferença para a autonomia do Estado-membro é que este tem a atribuição de editar sua própria Constituição”. (CARVALHO, 2007, p. 41).

Assim, os princípios são um importante instrumento para a interpretação e aplicação das normas. No esforço interpretativo de uma norma jurídica, deve ser considerado o sistema como um todo. Em verdade, as normas devem ser sempre interpretadas de acordo com os princípios da Carta Constitucional, e as normas tributárias devem estar em perfeita harmonia com os princípios constitucionais.

Uma das colunas mestras do sistema jurídico brasileiro é o princípio federativo. Segundo ele, os Estados Membros conservam sua autonomia interna, porém não possuem personalidade internacional. O princípio federativo faz com que convivam harmonicamente a ordem jurídica global (o Estado brasileiro), e as ordens jurídicas parciais (Estados Membros) (CARRAZA, 1991, p.74).

Na Federação brasileira, a União e os Estados Membros apresentam o mesmo patamar hierárquico, e recebem tratamento isonômico sob a ótica jurídico-formal. Não há relação de hierarquia entre a União (o governo central), e os Estados ou Municípios (governos locais), cada um gravitando em torno de seu feixe de atribuições e competências constitucionais. Existem na verdade campos de ação autônomos e exclusivos, traçados pela Carta Constitucional (CARRAZA, 1991, p. 75).

A Federação tem o escopo de demonstrar a igualdade jurídica entre a União, Estados e Municípios, contudo o feixe de atribuições de cada um não pode se confundir ou ocorrer a invasão no âmbito de suas competências. Os Estados Membros e Municípios são entidades públicas territoriais, que gozam de autonomia legislativa e constitucional, sendo juridicamente iguais. Mesmo os mais vastos, menos populosos, são todos tratados com isonomia. Ou seja, para o direito, os Estados e Municípios são iguais, mesmo que econômica e politicamente não o sejam. Com autonomia, cada estado deve prover as necessidades de sua população, sem interferências

externas. Assim, as competências legislativas, incluindo a tributária, são repartidas entre os entes federativos (CARRAZA, 1991, p. 90).

De acordo com Eduardo Marcial Ferreira Jardim, a forma federativa é um princípio constitucional expresso, como a uniformidade geográfica (JARDIM, 2005). Este último, previsto no art. 151 da Constituição Federal de 1988, indica que os tributos federais devem ser uniformes em todo o território nacional, e essa obrigatoriedade de tratamento igualitário deriva do princípio federativo⁵.

Segundo Ricardo Guastini, o ordenamento jurídico abarca duas espécies de princípios: os expressos e os não expressos. Os princípios expressos estão explicitamente formulados em uma disposição constitucional ou legislativa. São princípios não expressos os “desprovidos de disposição”, ou seja, não formulados explicitamente em disposição constitucional ou legal, mas deduzidos e construídos pelos intérpretes. Para o autor, construir um princípio consiste em aventar conjecturas em torno dos objetivos, das razões, das intenções e dos valores, do legislador (GUASTINI, 2005, p. 178).

Para Eduardo Marcial Ferreira Jardim, a isonomia das pessoas constitucionais é um princípio constitucional inexpresso. Neste sentido, a Carta Constitucional estabeleceu como postulado a igualdade entre as pessoas políticas, de modo que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal gozam de semelhante estrutura jurídica e normativa, em que pese nos planos econômicos e sociais haja acentuadas diferenças (JARDIM, 2005, p. 178). Em outras palavras, não se estabelece que os entes federativos são materialmente iguais, e sim que devem ser respeitados de igual modo e que todos os esforços

⁵ “O autor entende que podem existir atenuações ao princípio em “hipóteses de concessão de incentivos fiscais volvidos a promover o equilíbrio socioeconômico de diferentes regiões do País. [...]”. Contudo, tal prerrogativa não se encontra à disposição do legislador, e na verdade deve ser ponderada com rigor e condicionada à efetiva necessidade e aos ditames constitucionais” (JARDIM, 2005, p.178).

devem ser empregados para que haja o máximo de isonomia entre os entes que compõem a federação.

A Constituição reafirma a importância do princípio federativo em toda sua extensão. O art. 34 afirma a força do princípio federativo e da autonomia distrital e estabelece que a União intervirá nos Estados ou no Distrito Federal só para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; e prestação de contas da administração pública, direta e indireta. O art. 35, que trata da possibilidade de intervenção dos Estados em seus Municípios, afirma que esta somente ocorrerá mediante a inobservância dos princípios constitucionais.

O sistema federativo tem como uma de suas pilstras o apoio mútuo entre os entes subnacionais, que se exprime no chamado *federalismo cooperativo*. O federalismo cooperativo possui origem que remonta ao Estado do bem-estar social, surgido após a crise de 1929, nos Estados Unidos. Os entes federativos são dotados de autonomia, o que, todavia, não ilide a interdependência entre os mesmos. A unidade da Federação é um dos objetivos do federalismo cooperativo. Para a promoção dos direitos, é enfatizado o respeito a pluralidade de interesses das diferentes regiões.

O equilíbrio federativo pressupõe a redução das desigualdades sociais e econômicas. O princípio da cooperação ou solidariedade entre os entes requer ações do Governo Federal que garantam o mútuo auxílio entre as esferas políticas, com o fim de superação das desigualdades por meio da cooperação.

O federalismo cooperativo tem como base a implantação de processos decisórios em que são consideradas as necessidades dos entes subnacionais, que participam de modo colaborativo na tomada de decisões. Os governos federais, estaduais e municipais atuam conjuntamente, unindo os interesses próprios, que passam a ser comuns.

O princípio da cooperação deve orientar possíveis mudanças na estrutura fiscal do país, principalmente no que tange às transferências intergovernamentais redistributivas. É um imperativo constitucional que a União e as regiões mais desenvolvidas adotem uma política direcionada para a redistribuição da renda. Em verdade, a Constituição deve ser sempre obedecida por ser ela quem fundamenta e determina os programas do governo e as principais políticas estatais. Neste sentido, José Casalta Nabais afirma que:

[...] a primeira idéia a acentuar em sede geral a este propósito é a de que os preceitos constitucionais relativos aos deveres não são meramente proclamatórios, nem contêm simples normas programáticas no sentido tradicional ou (actualmente) no sentido estrito de normas consagradoras de meras directivas de acção estadual de alcance meramente político. Eles são antes normas jurídico-constitucionais e normas jurídico-constitucionais com uma específica eficácia jurídica que vai muito para além da que é própria daquelas normas programáticas, já que consagram posições jurídicas subjectivas dos cidadãos embora passivas (NABAIS, 1998, p. 157,158).

A República Federativa do Brasil, cujos objetivos se expressam, de acordo com o art. 3º, I da Constituição Federal, em: 1. construção de uma sociedade livre, justa e solidária; 2. garantia do desenvolvimento nacional e 3. erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, prevê, em seu art. 157, a repartição das receitas tributárias visando à partilha dos recursos entre os entes. Entretanto o modo como na atualidade esta repartição é efetuada contribui para a dependência das regiões menos desenvolvidas. Ademais, esta repartição não colabora para um real crescimento dos entes mais necessitados, a ponto de deixá-los em igualdade de condições com as regiões desenvolvidas, ou seja, buscar a homogeneização e equalização das regiões nacionais.

4 A REPARTIÇÃO DE RECEITA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição de 1988 consagrou um modelo fiscal e tributário de partilha de receitas no qual os Estados e Municípios recebem transferências federais e são autônomos para gerir suas finanças. A participação dos entes subnacionais na repartição de receita pode ocorrer de forma direta ou indireta, ou seja, ou o ente possui direito a um determinado montante arrecadado, ou a arrecadação de receita é direcionada para um fundo, e deste serão retiradas as parcelas devidas a cada ente. Deste modo, uma pessoa política da federação participa do produto da arrecadação de outra.

As transferências brasileiras intergovernamentais são divididas em três categorias: a) devolução tributária, b) transferências redistributivas e c) transferências voluntárias ou discricionárias. As duas primeiras são classificadas como transferências legais ou constitucionais, e são operacionalizadas de acordo com o aporte de recursos, sem necessidade de manifestação de autoridades. Como devolução tributária se compreende a transferência resultante da arrecadação de pessoa política de nível superior, que poderia ser realizado pelo governo local, ou seja, há a destinação do valor arrecadado por determinada unidade que detém a capacidade de instituir o tributo⁶.

As transferências redistributivas proporcionam aos governos subnacionais recursos que não guardam relação com as bases tributárias de sua competência. Dentre as principais transferências redistributivas do Brasil destaca-se o Fundo de Participação dos Estados

⁶ Tem-se como exemplo desta hipótese, dentre outros, o imposto brasileiro sobre a propriedade territorial rural, cuja competência pertence à União, mas 50% do produto da arrecadação é obrigatoriamente destinado aos municípios onde o imóvel se localiza" (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 70).

(FPE)⁷, o Fundo de Participação dos Municípios (FPM)⁸, o Sistema Cota-Parte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços (ICMS), o Sistema Único de Saúde (SUS)⁹, e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 70).¹⁰

A terceira espécie de transferência são as chamadas discricionárias ou por fluxos voluntários. Estas ocorrem quando as transferências de recursos de uma unidade para a outra depende de decisões administrativas. Resultam, portanto, de negociações políticas dos governos subnacionais com o governo

⁷ "O FPE, cujo objetivo era promover o equilíbrio socioeconômico entre os estados, encontra-se prejudicado, em grande parte, pelo fato de que o critério de distribuição tornou-se desatualizado, pois não é revisto desde a edição da Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, ficando os coeficientes de participação congelados naquele momento. Deste modo, não foram incorporadas as alterações populacionais e as variações de renda per capita das regiões ocorridas desde 1989" (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 70).

⁸ "O FPM [...] tem seus coeficientes de participação sistematicamente atualizados, uma vez que sua legislação, ao invés de congelar valores, determina um critério de distribuição com base na população. Entretanto, tal critério favorece municípios de menor porte, prejudicando, conseqüentemente, municípios de médio porte, com problemas de metropolização" (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 70).

⁹ "O SUS e o Fundef, embora não tenham a finalidade de reduzir disparidades regionais de poder de gasto, acabam atuando de maneira mais positiva nesse sentido, cumprindo uma finalidade mais redistributiva. Ambos constituem-se fundos que repassam recursos para os governos subnacionais sem nenhuma relação com a proporcionalidade das bases tributárias respectivas. Apresentam, com isto, um maior potencial para reduzir desigualdades, porém a ausência de critérios e de diretrizes mais abrangentes para o conjunto de redistribuição de recursos leva a "resultados aleatórios", uma vez que, em alguns casos, conseguem efetivamente reduzir as desigualdades e em outros criam ou aprofundam as desigualdades regionais" (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 71).

¹⁰ No Brasil, "não se constata um sistema de transferências horizontais, [...]. O que mais se aproxima deste conceito, no Brasil, é o Fundef, pois os recursos do Fundo, dentre eles 15% do FPE e do FPM, são distribuídos de acordo com as matrículas nas redes estaduais e municipais de ensino fundamental, levando-se em consideração um valor mínimo anual por aluno, fixado nacionalmente. Isso significa que nem todos os municípios recebem o correspondente ao que contribuíram ao Fundo, assim como há aqueles que recebem mais" (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 72).

central que decidem os montantes de recursos a serem transferidos (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 72).

O mecanismo de transferências foi instituído no Brasil para:

- Elevar o nível de oferta em setores nos quais existia interesse de complementar as ações do Governo federal com as dos governos subnacionais (tais como estradas de rodagem, energia elétrica, educação e saúde); e
- A estabilização macroeconômica e o equacionamento dos problemas fiscais em nível federal e subnacional fazem parte de um processo que deverá evoluir de forma paralela – mas não necessariamente no mesmo tempo e nos mesmos prazos – à reforma do sistema tributário (BARRERA, ROARELLI, 1995, p. 130).

Na participação dos Estados e Distrito Federal, de forma direta, no produto da arrecadação de impostos federais, os entes subnacionais têm direito ao imposto de renda federal que é arrecadado na fonte sobre os vencimentos e proventos dos seus servidores da administração direta, autarquias e fundações, além do imposto de renda arrecadado na fonte sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pelo estado.

Aos municípios é devido o imposto de renda retido na fonte, nos mesmos moldes previstos para o estado; 50% (cinquenta por cento) do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) estadual, referente aos veículos licenciados em seu território; 50% (cinquenta por cento) do Imposto Territorial Rural (ITR) federal, referente aos imóveis rurais inseridos em seu território; 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS estadual arrecadados em sua área territorial, conforme lei emanada pelo estado, na proporção mínima de três quartos. De acordo com o art. 153, § 5º, os Estados e Municípios têm participação respectiva de 35% (trinta e setenta por

cento) do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre o ouro, quando este for definido como ativo financeiro.

Ressalta Sacha Calmon Navarro Coêlho (2008, p. 409) que o art. 160 da Constituição Federal veda à União a “negociação política” no repasse destas parcelas, sob pena de sanções legais. Para o autor, o Governo antes se utilizava das parcelas como manobra para obtenção de vantagens e benefícios políticos e econômicos, favorecendo a corrupção. Mesmo com esta vedação, a União pode condicionar o repasse dos recursos ao pagamento dos seus créditos em face de Estados e Municípios. Entretanto, mesmo com a previsão de tais mecanismos de transferência, estes não se demonstram suficientes.

As transferências verticais em federações objetivam, entre outros, a redução das disparidades regionais. O Fundo de participação dos Estados é o sistema de equalização para governos estaduais na federação brasileira, e objetivava, na concepção do Código Tributário Nacional (CTN) de 1967, a distribuição de recursos de acordo com a evolução e considerando os diferentes estágios econômicos dos entes. Entretanto, em 1989, por meio da Lei Complementar nº 62, foi determinado o congelamento dos coeficientes em uma tabela de percentagens reservadas estaticamente para cada Estado.

Importante ressaltar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 875/2010, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos coeficientes de repartição do Fundo de Participação dos Estados (FPE) em vigor, que ainda estão definidos na Lei Complementar nº 62/89, e que, portanto, estão defasados e não contribuem para a efetividade do mandamento constitucional de equilíbrio socioeconômico entre os Estados.

Assim, em que pese as alterações ocorrida ao longo do tempo, a distribuição de recursos para os Estados se apresenta como um estático repasse de

receitas do IPI e do IR. É importante a análise da distribuição da receita nas federações, como o Brasil, pois os entes subnacionais possuem capacidade legal para arrecadação e tributos e competência para a prestação de diversos serviços públicos. Deve-se considerar a arrecadação de cada esfera de governo para o cálculo da distribuição final.

De acordo com Roque Antonio Carazza, é em nome da autonomia que cada ente federativo pode estabelecer suas prioridades. Ou seja, a questão relativa a alocação dos recursos financeiros disponíveis fica a critério da própria pessoa política. São os entes que devem decidir como realizar suas tarefas e alocar seus recursos (CARRAZA, 1991, p. 77).

As transferências constitucionais representam uma parte das receitas arrecadadas pela União. Em tese, esta divisão da receita entre os entes tem como objetivo fundamental amenizar as desigualdades regionais. Esta partilha é de considerável importância na busca de promover o equilíbrio econômico entre os Estados e Municípios.

Assim, no art. 3º, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988, são determinados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. O desenvolvimento nacional econômico deve ser orientado pela justa distribuição de direitos e deveres entre os estados subnacionais, pois é a adequação do ordenamento jurídico tributário que pode propiciar tal desenvolvimento. A orientação de redução das desigualdades sociais e regionais é tida como expressão do direito fundamental ao desenvolvimento.

Porém, mesmo com a previsão constitucional de redução das desigualdades regionais compreendida como um direito fundamental, na prática o que se percebe é que o governo central ainda não apresentou soluções eficientes para a garantia de tal direito.

Cabe ao poder central, com a colaboração dos entes federativos, a implementação do objetivo de redução das desigualdades regionais em território nacional.¹¹

Ainda, na federação brasileira, segundo Sulamis Dain (1995, p. 16):

Têm sido também negligenciados temas substantivos, ligados à necessidade de harmonização do sistema tributário ao padrão internacional, e de reconceituação do federalismo fiscal, dado que a distribuição atual de competências para a receita e para o gasto, assim como o mecanismo de equalização fiscal são rígidos e obsoletos, gerando ineficiências alocativas e distributivas de monta.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2005, p. 199), a distribuição de rendas é um princípio vinculado ao valor justiça, e, assim, está relacionado com o desenvolvimento econômico. O princípio da distribuição de rendas é afeto à receita e à obrigação tributária. É uma tributação ajustada aos bens e posses do sujeito passivo, ou seja, com a capacidade contributiva. Tem como objetivo corrigir a distribuição de rendas e coibir as injustas concentrações de riqueza, que prejudicam o desenvolvimento nacional. O princípio da distribuição de rendas diferencia-se do princípio da redistribuição de rendas tendo em vista que este tem como desiderato a transferência de renda das camadas mais abastadas para os mais necessitados. A redistribuição de rendas diz respeito ao orçamento, e relaciona-se à justiça distributiva.

Com a determinação de um dos objetivos fundamentais da República o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, o desenvolvimento econômico deve ser orientado pela justa distribuição de direitos e deveres

11 No entendimento de Catalina Garcí Vizcaino (1975, p. 2): “[...] En el federalismo prevalecen las fuerzas centrípetas sobre las centrífugas, habida cuenta de que para que nos encontremos en presencia de un Estado federal debe existir unidad de poder, sin que por ello haya centralización. Del mencionado poder, em razón de que este se distribuye em centros [...]”.

entre os estados subnacionais, e a adequação do ordenamento jurídico tributário pode propiciar tal desenvolvimento.

Neste sentido, o art. 174 da Carta Magna dispõe que a lei estabelecerá as diretrizes e bases de planejamento para o desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. O desenvolvimento das regiões e, com isto, o desenvolvimento econômico, encontram-se diretamente relacionados aos direitos fundamentais. Quanto mais desenvolvida é determinada região, maior independência e liberdade ela possui.

No contexto atual, a partilha dos recursos entre os entes da Federação tem causado distorções em nosso sistema federativo, em razão da forma de rateio determinada constitucionalmente. Uma característica da federação brasileira é que as regras e critérios utilizados para a transferência de recursos encontram-se definidas na Constituição Federal, ou em leis complementares, o que dificulta alterações mais frequentes, pois a rigidez e congelamento dos critérios não espelha adequadamente o equilíbrio fiscal federativo (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS 2006, p. 73). De acordo com Ricardo Lobo Torres (2003, p. 485):

Os impostos passaram a ser rateados entre a União, os Estados e os Municípios, sendo que o imposto de renda e o imposto de produtos industrializados, da competência da União, geravam a transferência de 47% de sua arrecadação para os entes menores. Como as contribuições sociais não entravam na partilha tributária, seguiu-se, nos anos posteriores à Constituição, a prática de a União aumentar de preferência as contribuições, com o que evitava o repasse para Estados e Municípios, engordando apenas os seus próprios cofres.

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova partilha tributária que favoreceu os entes subnacionais, principalmente os municípios, em detrimento da União. Portanto Estados e Municípios obtiveram um incremento na receita disponível, contudo, também tiveram aumento em seus deveres. Entretanto a diminuição da receita da União ficou adstrita ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados, que compõem o FPE e o FPM, deixando livre a receita federal oriunda das contribuições sociais, de significativa importância. As contribuições sociais correspondem a montante considerável da receita tributária federal.

Com efeito, os impactos diferenciadores das regras que formam o rateio dos fundos constitucionais e a repartição das demais transferências de recursos oriundos da União sobre o montante dos orçamentos estaduais e municipais, as divergências entre a disponibilidade de recursos e a natureza das responsabilidades que deveriam ser exercidas foram se ampliando, e variam em razão do “tamanho da população, do grau de desenvolvimento da região e da condição socioeconômica de suas populações”. (REZENDE, 2006, p. 98).

Considerando-se a multiplicidade de fontes componentes dos orçamentos dos entes subnacionais, o que concorre para o modo como os recursos transferidos se distribuem geograficamente, é demonstrado que, dependendo da origem dos recursos, essa distribuição ocorre da seguinte forma (REZENDE, 2006, p. 100, 101):

- Fundo de Participação dos Estados (FPE): em razão direta à população e inversa à renda *per capita*;
- Fundo de Participação dos Municípios (FPM): em razão direta, mas decrescente ao tamanho da população;

- Em razão direta à base econômica municipal – no caso da cota-parte dos municípios no ICMS¹², repartida conforme o valor adicionado, da participação dos municípios no IPVA e no ITR, e do IR na fonte sobre os servidores públicos municipais;
- FPM capitais: em razão direta à população e inversa à renda *per capita*;
- Em razão direta ao tamanho da população e à concentração da oferta de serviços (SUS);
- Em função do número de matrículas no ensino fundamental (Fundef);
- Em função de critérios vários inseridos em leis estaduais que regulam a entrega aos municípios de $\frac{1}{4}$ do ICMS que lhes é devido;
- Em função da importância dos Estados nas exportações nacionais – Fundo de compensação nas exportações e repasses da Lei Kandir;
- Parcela dos municípios nos recursos transferida aos Estados à conta de compensação das exportações: com base nos coeficientes de participação dos municípios no ICMS.

Entretanto, o auxílio que recebem Estados e Municípios do Governo Federal é empregado em atividades que, em tese, deveriam ser financiadas exclusivamente pelos recursos locais (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p.

12 “Quanto a cota-parte do ICMS (25% do total do tributo), $\frac{3}{4}$ do mínimo devem ser distribuídos na proporção do valor adicionado e até $\frac{1}{4}$ de acordo com o que dispuser lei estadual. Este peso elevado ao valor adicionado privilegia os municípios mais industrializados, ou seja, quanto maior o grau de desenvolvimento industrial do município, ou mesmo que ele seja a sede de uma única grande empresa (exemplo das refinarias de petróleo), maior será seu índice de participação na arrecadação de ICMS. Considerando que municípios de mesma população, ou até mesmo com população maior e, conseqüentemente, maior demanda por serviços públicos, recebem repasses menores da cota-parte do ICMS, a distribuição dos $\frac{3}{4}$ baseada no valor adicionado mostra-se ineficiente no cumprimento do seu objetivo último, que é a melhoria da capacidade de gastos do município. Em que pese, de modo geral, que os critérios baseados na legislação estadual ($\frac{1}{4}$) tendem a favorecer o interior, a concentração nas capitais não é suficientemente atenuada, o que caracteriza a distribuição do ICMS como uma transferência de caráter mais devolutivo do que redistributivo” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 71).

68). Assim, a fim de manter hígida a autonomia local, as transferências intergovernamentais representam papel fundamental, tanto sob a forma de participação direta quanto por meio de fundos¹³. Em verdade, há apenas uma autonomia relativa da pessoa política quando lhe faltam recursos para a sua manutenção autônoma, de modo que as transferências, principalmente as provenientes do governo central, tornam-se imprescindíveis.

Segue pertinente crítica de Fernando Rezende (2006, p.113):

Em federações marcadas por elevadas desigualdades regionais e sociais, como a brasileira, a cooperação intergovernamental no atendimento das responsabilidades do Estado requer um ajuste periódico nos mecanismos de transferência de recursos financeiros que conformam o modelo de federalismo fiscal, de forma a ajustá-los à dinâmica espacial do país. Essa não tem sido, todavia, a prática brasileira [...].

As transferências intergovernamentais devem ser entendidas como mecanismos de redistribuição de recursos e renda, respaldadas nas determinações e princípios constitucionais, e com vistas à equalização e homogeneização entre as regiões, não tendo o caráter de mero subsídio ou auxílio aos entes de menor capacidade arrecadatória.

O sistema de transferências atual, em que pese estar voltado a redução das desigualdades regionais, acaba apresentando características de programas de auxílio, o que acaba por não permitir um desenvolvimento autônomo do ente e, com isto, o alcance de uma real equalização na capacidade das pessoas políticas, objetivo último de um Estado federado.

13 “A literatura das finanças públicas enumera as seguintes razões para a existência das transferências intergovernamentais: a) internacionalização de externalidades a outras jurisdições; b) melhoria do sistema tributário como um todo; c) correção de ineficiência na oferta de serviços públicos; e d) equalização fiscal entre jurisdições” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 68, 69).

5 A EQUALIZAÇÃO FISCAL

A repartição de receita tributária prevista na Constituição da República tem entre seus objetivos o alcance da igualdade fiscal entre os membros da Federação, com o escopo de promover a autonomia financeira dos entes e a implementação de políticas públicas regionais.

No sistema nacional, esta repartição é feita com base em transferências de receitas que não levam em consideração as diferenças existentes entre os entes federativos que, pela dimensão continental de nosso país, apresentam disparidades no que tange à captação de rendas provenientes de tributos e, conseqüentemente, quanto à oferta de serviços públicos.

As diversas modificações por que vem passando a sociedade acabam por envolver profundas alterações na qualidade dos serviços oferecidos pelo governo, sendo questionável como o poder público, que vem enfrentando dificuldades crescentes para aumentar a carga tributária, conseguirá responder satisfatoriamente aos anseios sociais (PIANCASTELLI, BOUERI, LIMA, 2006, p. 66-67).

A execução de políticas públicas tem como escopo a concretização de direitos por meio de prestações positivas, planejadas com o estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. O objetivo principal do Estado social é a prestação de serviços públicos com igualdade para os indivíduos¹⁴, de modo que direito ao desenvolvimento é atualmente considerado um direito fundamental, incumbindo ao Estado estabelecer e financiar as atividades de serviço público decididas, com base na receita tributária.

¹⁴ "O Poder central representa esse mesmo interesse geral, no caso das políticas sociais de natureza redistributiva, marcadas pela preocupação de garantir à cidadania um mínimo homogêneo de recursos associados as necessidades básicas, (...) em virtude da ampliação da cobertura do "welfare state". As práticas consagradas das federações, no que se refere à materialidade econômica das relações intergovernamentais, consistiam, em primeiro lugar, na definição das políticas de equalização, geralmente refletidas na fixação de níveis mínimos de gasto público per capita, dos recursos para provê-los e na definição de mecanismos compensatórios ou de transferências, caso as esferas locais não tivessem como fazer frente a tais requisitos. (...). O nível comum de gastos per capita era assim assegurado, independentemente de sua localização dentro do território nacional" (DAIN, 1995, p. 33-34).

A Constituição de 1988, com fulcro no princípio federativo, trouxe a disciplina das transferências constitucionais da União para os Estados, e destes para os Municípios, de modo a não influenciar na privatividade das competências tributárias, fazendo nascer uma relação jurídica de direito público (CARRAZZA, 2009, p. 688).

A determinação constitucional vigente repartiu as competências tributárias de forma taxativa, verificando-se que a União, poder central do sistema federativo, foi francamente beneficiada pelo legislador, o que se verifica não somente pela quantidade de impostos de sua competência, como também pelo direito de exercer a competência residual (ELALI, 2005, p. 46-47). De acordo com André Elali, "o Brasil se utiliza da transferência de receitas entre as entidades com o objetivo de fortalecer o sistema federativo cooperativo, em que se auxiliam as unidades federadas" (ELALI, 2005, p. 47).

Entretanto, conforme afirmado, na conjuntura atual do rígido sistema de transferências, é perceptível que a repartição de receitas não está considerando as inúmeras desigualdades existentes entre os entes federativos, neste sentido, Fernando Rezende (2006, p. 15) entende que:

Num mundo em onde as fronteiras econômicas tornam-se porosas e as novas tecnologias aplicadas à produção e comercialização de bens e serviços não respeitam a geografia política, as disparidades regionais aumentam, acarretando conflitos de interesses e aumentando a complexidade das soluções requeridas para manter o equilíbrio federativo e a coesão interna. A consequência da ampliação das disparidades é a concentração territorial das bases tributárias e o aumento dos desequilíbrios na repartição das receitas tributárias entre os membros da federação [...].

O instrumento de transferências entre entes denominado *equalização fiscal* surge como um novo parâmetro a ser aplicado às transferências de receitas tributárias, pretendendo abrandar as desigualdades

entre as pessoas políticas, fortalecendo o princípio federativo e os direitos fundamentais dos cidadãos, consubstanciados na redistribuição de rendas fiscais.

A equalização fiscal é compreendida como um sistema que busca reduzir as diferenças com respeito à capacidade de cada ente da federação de cumprir suas responsabilidades financeiras, tendo por finalidade oferecer um padrão igualitário no atendimento das necessidades de cada região do país (REZENDE, 2006, p. 15). Tal sistema já é aplicado, com fórmulas mais ou menos complexas, em países como o Canadá, Alemanha e Austrália¹⁵.

A possibilidade de aplicação de tal modelo à realidade nacional deve ser ponderada, esmiuçando-se seus contornos, tendo como norte os princípios insertos em nossa Carta Magna, como o fortalecimento dos entes federativos por meio da repartição de receitas no regime tributário nacional, analisando-se os impactos sociais e tendo em vista aspectos que abrangem a concentração de rendas, descentralização fiscal e globalização da economia.

O sistema de *equalização fiscal* almeja a humanização do Direito Tributário e a efetivação dos direitos fundamentais. O ser humano, para ter suas necessidades respeitadas de modo a garantir a concretização dos direitos fundamentais, depende do Estado para permitir a efetivação de políticas públicas que se fazem por meio de receitas. Sobre o tema, entende Fernando Rezende (2006, p. 15), em obra produzida com base nos debates do Fórum Mundial sobre Federalismo Fiscal, que:

[...] Uma característica fundamental dos mecanismos de equalização fiscal é que a compensação financeira às unidades menos

15 “[...] dois modelos federativos oferecem alternativas de relações intergovernamentais no campo do federalismo fiscal. No primeiro deles, representado pela experiência da Alemanha Ocidental, privilegia-se a uniformidade dos serviços públicos, alcançada pela racionalização da alocação dos encargos e gastos por esfera de governo pela adaptação correspondente da estrutura e da partilha da receita pública. O segundo, que corresponde ao Canadá, enfatiza a diversidade nos serviços públicos, com patamares mínimos assegurados pelos mecanismos de transferência e de harmonização tributárias (Shah, 1990) [...]” (DAIN, 1995, p. 34).

desenvolvidas deve levar em conta o uso que fazem dos tributos de sua competência – o esforço tributário próprio – e todas as demais fontes de recursos que compõem o seu orçamento. Assim, a compensação financeira fica limitada a recursos adicionais efetivamente necessários à equalização da capacidade de gasto ou da capacidade de prover um mesmo padrão de serviços.

Neste sentido, questiona-se, em que medida as transferências, a repartição de competências e de responsabilidades, tônica do federalismo fiscal, é capaz de responder satisfatoriamente às necessidades do mundo contemporâneo, especialmente no campo social (PIANCASTELLI, BOUERI, LIMA, 2006, p. 26). As transferências redistributivas devem ser baseadas em critérios bem definidos, pois é a partir da clareza e precisão destes critérios que se poderá aferir a possibilidade de sucesso quanto à redução das desigualdades regionais, tendo como norte as diretrizes de equalização (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 74).

Abordando a questão em comparação com outros países, tem-se que a experiência internacional, em países mais desenvolvidos, fornece exemplos positivos de compartilhamento de recursos tributários em regimes federativos, como no Canadá e na Alemanha (REZENDE, 2006, p. 12).

Assim, o regime de equalização fiscal é empregado como uma solução às disparidades e demandas por maior descentralização no fornecimento de subsídios para os Estados Membros e Municípios, aumentando a importância das transferências redistributivas proporcionais de receita, pautadas na adesão a políticas nacionais (REZENDE, 2006, p. 16) de cunho social.

Deste modo, Fernando Rezende ressalta que um sistema de equalização fiscal difere de transferências redistributivas baseadas em alguns impostos federais, como no Brasil, ou na totalidade das receitas federais, como na Índia.

As transferências redistributivas, ao não levar em conta outras fontes de recursos e o esforço de arrecadação de tributos próprios, tendem a ampliar os desequilíbrios horizontais e a incentivar um comportamento liberal com respeito à aplicação dos tributos de competência dos governos subnacionais (REZENDE, 2006, p. 16).

As disparidades internas nos países de forma federativa são a tônica atual do debate envolvendo tributação, (re)distribuição de receitas e federalismo. Para melhor elucidar o tema, Fernando Rezende (2006, p. 17) destaca:

Em regimes puros de equalização fiscal, o montante das transferências não é predeterminado. Ele resulta da fórmula adotada para promover a equalização, em geral baseada no esforço de elevar a receita por habitante dos estados de menor capacidade econômica a um padrão estabelecido com base na média alcançada por um conjunto de estados mais importantes, gerando uma conta em aberto para o governo federal. Isso também pode ocorrer no caso de outras transferências em que o governo federal se compromete a complementar o gasto realizado por governos subnacionais em determinadas funções – saúde e educação, por exemplo.

A distribuição dos recursos a serem destinados à equalização fiscal tanto pode ser constitucional quanto infraconstitucional, e na maioria dos países em que foi implantado, é distribuído por quotas *per capita*, que são estabelecidas pelo Governo Federal ou por uma equipe destinada para tanto (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p.9).

A cooperatividade, característica de nosso sistema federativo, demonstra que resta subtendida na composição de estado federado a assistência mútua entre os membros, visando à igualdade de condições. Neste sentido, o Brasil deve harmonizar a estrutura federal com as necessidades de adequação, de modo a descentralizar o exercício do poder político, mantendo uma ordem constitucional una e enfrentando os numerosos problemas socioeconômicos do País, para ser possível a diminuição dos custos das entidades financeiras que, na prática, sempre dependeram das transferências intergovernamentais (ELALI, 2005, p. 65).

Neste ponto, faz-se relevante a transcrição de quadro que sintetiza os mecanismos de equalização fiscal existentes em outros países (PIANCASTELLI; BOUERI; LIMA, 2006, p. 42):

MECANISMOS DE EQUALIZAÇÃO FISCAL

Alemanha	Austrália	Canadá
Transferências do governo central oriundas da arrecadação do imposto sobre valor adicionado. Transferências entre estados mais ricos e estados mais pobres. Negociações são efetivadas no Parlamento. Critério predominante é a igualdade de oportunidades para o acesso a bens e serviços públicos	Transferências para equalização dependem da demanda local por bens e serviços públicos. Há fundo nacional com recursos financeiros para equalização, e origens dos recursos são dotações orçamentárias. Complexo processo de negociação, em conselho federativo intergovernamental, até que proposta final seja incluída no orçamento e aprovada pelo Parlamento.	Transferências dependem da demanda local por bens e serviços públicos e da capacidade fiscal de cada província. Intenso processo de negociação entre províncias e governo central. Persistem discrepâncias no acesso a bens e serviços públicos dada a disparidade existente entre províncias mais ricas em recursos naturais e aquelas mais pobres.

Assim, compara-se a realidade brasileira, bem como o de outros países de situação mais próxima à nacional, como a Índia e Nigéria (PIANCASTELLI; BOUERI; LIMA, 2006, p. 45):

EQUALIZAÇÃO E TRANSFERÊNCIAS: BRASIL, ÍNDIA E NIGÉRIA

Brasil	Índia	Nigéria
<p><i>Transferências Constitucionais:</i> Têm o objetivo de reduzir disparidades regionais das regiões Norte e Nordeste em relação às demais; baseiam-se em três indicadores: inverso da renda <i>per capita</i>, população e área; não estão vinculadas a nenhuma meta de equalização específica e por isso se têm mostrado ineficientes.</p> <p><i>Transferências legais:</i> Têm, sobretudo, caráter setorial nas áreas de educação, saúde e assistência social; foram substancialmente ampliadas após a Constituição de 1988, e têm gerado efeitos positivos em termos de equalização na provisão de serviços públicos.</p> <p><i>Transferências diretas de renda a pessoas:</i> De implementação recente, voltadas para famílias de baixa renda, têm efeitos positivos na redução do nível de pobreza, mas necessitam de aperfeiçoamento na sua execução e gestão.</p>	<p><i>Transferências Constitucionais:</i> Implementadas por meio de decisões de um grande número de conselhos, entre os quais se destacam o Conselho de Planejamento, a Comissão de Finanças e o Conselho Interministerial, que é encarregado de dirimir disputas entre os entes federados.</p> <p><i>Transferências legais:</i> São efetivadas por meio de um vasto número de subsídios e têm sofrido restrições de volume por conta do ajuste das contas públicas e da redução do déficit público.</p>	<p><i>Transferências Constitucionais:</i> Implementadas de maneira diferenciada entre os diversos Estados, pois os Estados produtores de petróleo recebem maior volume de recursos que os Estados não produtores.</p> <p><i>Transferências legais:</i> Têm caráter <i>ad hoc</i> e variam de acordo com o contexto econômico e político do país.</p>

A doutrina (REZENDE, 2006, p. 96) aponta que paralelamente à centralização das receitas tributárias, e o conseqüente engessamento orçamentário, a natureza do ajuste fiscal brasileiro, como efetuado,

terminou por acentuar os desequilíbrios federativos.

Na equalização fiscal, tem-se que mais importante do que a análise do aumento dos desequilíbrios verticais, causados pela atual repartição de recursos entre os entes

federados, é a apreciação dos desequilíbrios que se acumularam com respeito à capacidade financeira dos Estados e Municípios, o chamado *desequilíbrio horizontal* (REZENDE, 2006, p. 97).

Os sistemas de equalização têm o dinamismo como um de seus atributos, vez que na medida em que ocorrem alterações na realidade econômica do ente, as transferências de dotações deverão ser aumentadas ou reduzidas, visando ao incremento do sistema redistributivo. Logo, a equalização fiscal entre jurisdições mostra-se bastante eficiente em federações com grandes desigualdades entre os entes.¹⁶

No sistema da equalização, as transferências verticais assumem caráter redistributivo. No Brasil, as transferências de receitas ocorrem por meio do método paramétrico, ou seja, a renda é distribuída tendo por base a utilização de indicadores sociais e macroeconômicos, como o inverso da renda, a renda *per capita*, Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), entre outros. A distribuição per capita toma estes indicadores como referência.

Na equalização, a distribuição é realizada sobre a receita fiscal de cada ente, sem a utilização destes indicadores ou parâmetros. Com isto, a transferência de dotações se aproxima da necessidade atual de cada ente e considera o esforço fiscal próprio. Com esta distribuição, aumenta-se a receita *per capita* dos Estados mais necessitados, maximizando a redistribuição. O dinamismo das aferições de renda responde aos reclamos sociais de modo efetivo.

Ainda assim, muitas vezes a equalização na capacidade de gasto não garante a igualdade na capacidade de oferta de serviços, na medida em as

¹⁶ “Embora o Brasil se enquadre nesse tipo de federação, em que a renda *per capita* entre estados e entre municípios é muito distinta, não há um sistema de equalização fiscal estrito senso. O que se tem, em verdade, é um conjunto de fluxos redistributivos, independentes e isolados, que aparecem como mais um fundo de transferências. Eles não levam em consideração, como seria lógico para fundos cuja finalidade é buscar equalização na capacidade total de gasto orçamentário entre jurisdições, o resultado gerado pela arrecadação própria somada aos demais fluxos de transferências. O que se alcança, ainda que de maneira pouco eficiente, é uma melhoria no padrão de gasto per capita das regiões menos favorecidas economicamente e socialmente” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 69).

desigualdades regionais podem acarretar grandes diferenças de custos entre regiões, ou mesmo uma distribuição irregular de demanda por determinados serviços (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 9).

De acordo com Aglas Watson Barrera e Maria Liz de Medeiros Roarelli (1995, p. 145-146), para avaliar corretamente o sucesso, ou o fracasso, do sistema de transferências segundo o objetivo de equalização fiscal, faz-se necessária a incorporação na análise de alguns dos dados referentes ao conjunto de gastos da União (no âmbito da administração direta e indireta) em cada uma das unidades da Federação, construindo um painel que descreva o grau de despesa (por habitante) efetivamente realizada pelo setor público em cada estado.

5.1 A EQUALIZAÇÃO FISCAL NO CANADÁ

No Canadá, o Governo Central exerce um papel de liderança nos acordos e negociações entre as pessoas políticas (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 30). Em relação às transferências intergovernamentais, existem atualmente dois programas que correspondem a aproximadamente 85% das transferências do Governo Central às províncias (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 36):

- a) *Canadian Health and Social Transfer* (CHTS), que são transferências para financiamento de programas sociais e objetivam promover ajuste vertical; e b) *Equalization Program* (EP), que são transferências equalizadoras¹⁷ e objetivam obter o equilíbrio horizontal entre as províncias.

¹⁷ “Equalization is the Government of Canada’s transfer program for addressing fiscal disparities among provinces. Equalization payments enable less prosperous provincial governments to provide their residents with public services that are reasonably comparable level of taxation. The purpose of the program was entrenched in the Canadian Constitution in 1982: “Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation.” (Subsection 36 (2) of the Constitution Act, 1982)” (CANADA, 2011, p. 1).

Estas são as principais espécies de transferências, porém, ainda existem outras, em setores como agricultura, moradia, transportes, etc. O CHST é o principal programa para reduzir o chamado *desequilíbrio vertical*. Este mecanismo é compreendido como um fluxo redistributivo, operando segundo um critério de distribuição baseado na renda *per capita*, e que tem por finalidade o custeio de programas de saúde, educação de nível superior e assistência social (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 37).

O programa de equalização fiscal diz respeito às transferências que almejam a equalização, ou seja, a redução do *desequilíbrio horizontal* por meio do auxílio às províncias de baixa renda, sendo totalmente incondicionadas. Ressalta-se que este sistema é concentrado na equalização das diferenças de capacidade tributária percebidas nas províncias, de modo que todas tenham a capacidade de fornecer um determinado nível mínimo de serviços públicos (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p.38).

Na Federação canadense, a base legal para o programa de equalização se encontra na Constituição de 1867, que após reforma ocorrida em 1982, inseriu a responsabilidade do Governo Central de promover a equalização. O detalhamento do sistema quanto aos procedimentos de cálculo está previsto em Legislação Federal, e é controlado pelo Ministério das Finanças. O programa funciona como uma “conta aberta”, pois o montante de recursos necessários à equalização é posteriormente definido, aplicando critérios para o cálculo do montante a ser aportado pelo Governo Central. É considerada uma peculiaridade do sistema de equalização canadense o fato de esta ser realizada para cada um dos impostos existentes no país, sendo estimada a base tributária potencial de cada província e calculada uma média *per capita* desta base para um conjunto de províncias tomadas como referência (*standard*) (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 38).

Assim, as províncias que ficam abaixo da média recebem transferências do Governo Central para que

a capacidade fiscal alcance o padrão, ao passo que as províncias que ficam acima do padrão não recebem aporte de transferências, ocorrendo o chamado “esquema bruto” de equalização¹⁸.

O montante das transferências é determinado pelo desempenho e perfil das províncias consideradas *standard*, e, em princípio, o único mecanismo institucionalizado de revisão se refere à fórmula de cálculo, que é renovada de cinco em cinco anos. O pagamento é mensal e ocorre a partir do 1º dia do ano fiscal, contudo, são realizadas correções ao longo do ano, por até três anos.

5.2 A EQUALIZAÇÃO FISCAL NA AUSTRÁLIA

Na Federação australiana, a Constituição determina que os Estados sejam os principais provedores de serviços públicos, todavia, o governo central acabou desempenhando relevante papel nas áreas de saúde, infraestrutura, educação e previdência, e hoje detém aproximadamente 59% do gasto público direto. Praticamente não há atribuição de encargos aos municípios (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 25).

O traço peculiar do sistema australiano de partilha de receita é o seu sistema de equalização, cujo método para a distribuição horizontal de recursos considera as reais necessidades de cada estado e é operacionalizado pela *Grants Commission*, um órgão institucional e independente. A *Grants Commission* foi criada em 1933, com a função de analisar e calcular os recursos livres, não-condicionados e necessários, a serem transferidos pelo governo central para os Estados, com vistas a igualar o nível dos serviços públicos oferecidos ao padrão dos dois estados mais ricos (*standards states*), NSW e Victoria. O cálculo das

18 “Ocorre o que se chama de “esquema bruto” de equalização, onde as províncias que estão abaixo do padrão são equalizadas para cima, mas as que estão acima não sofrem reduções, ao contrário do que ocorre na Austrália, que utiliza o “esquema líquido” de equalização, onde o aumento de recursos para uma província é contrabalançado, em termos exatos, pela diminuição de equalização para outra” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 38-39).

necessidades dos estados tem suporte no princípio de equalização do poder de gerar receitas próprias, ou a capacidade fiscal, e das condições de oferta de serviços públicos, além dos benefícios decorrentes das transferências condicionadas (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 25-26).

De início, são definidos os montantes a serem partilhados (atualmente o montante se refere à receita do *Goods and Sales Tax* (GST), imposto federal sobre o valor agregado), para o cálculo das dotações provisórias *per capita* e orçamento representativo, especificando os itens relevantes de receita e despesa. No cálculo dos indicadores fiscais redistributivos, são utilizados os seguintes critérios: a) cálculo da receita *standard* (arrecadação potencial); b) cálculo da capacidade fiscal estadual; c) equalização das condições de oferta de serviços públicos; d) apropriação das transferências condicionadas e e) definição dos indicadores (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 26-27).

a) cálculo da receita *standard* (arrecadação potencial): A receita *standard* nacional é o somatório das receitas de todos os impostos, formando um indicador *per capita*;

b) cálculo da capacidade fiscal estadual: é o somatório das receitas potenciais dos tributos estaduais, com respeito às peculiaridades das bases tributárias internas e o esforço e eficiência fiscais. Esse indicador reflete as dificuldades para geração de receita em cada estado;

c) equalização das condições de oferta de serviços públicos: é dever da *Grants Commission* calcular as necessidades de gasto de 43 itens de despesas e compará-los com o gasto médio nacional para a provisão do mesmo serviço;

d) apropriação das transferências condicionadas: as transferências condicionadas acabam por interferir no resultado final das transferências equalizadoras. Assim, para o cálculo das necessidades fiscais relativas (*relativities*), a *Grants Commission* faz uma apropriação parcial do montante de transferências condicionadas para cada estado, de modo a impedir a sobreposição de privilégios;

e) definição dos indicadores: os indicadores fiscais para cada estado são decididos após a definição da capacidade fiscal, dos custos da oferta de serviços públicos e abatimento dos valores transferidos com condicionalidades. O valor *per capita* uniforme nacional é calculado pela divisão entre o montante a ser distribuído e a população, gerando o total *per capita* de transferências gerais para os estados (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 26-27).

5.3 A EQUALIZAÇÃO FISCAL NA ALEMANHA

Existem três espécies de compartilhamentos de recursos fiscais na federação alemã: 1. compartilhamento de impostos (IR e IVA); 2. transferências interestaduais, sem a participação da União; e 3. transferências verticais, da União para os Estados, e destes para os municípios.

É o IVA que serve como instrumento de ajuste vertical, por estar previsto em legislação ordinária, portanto mais facilmente alterada. As transferências interestaduais são constitucionalmente definidas, como no Brasil, e se dão entre os estados que se encontram com capacidade fiscal acima da média nacional para os estados abaixo deste padrão (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 13).

Na sistemática alemã, a distribuição de recursos se dá por processo sequencial, composto por três etapas: a primeira etapa divide os impostos compartilhados – o IR, o imposto sobre atividade econômica local e o de combustíveis são devolvidos de acordo com a origem; o IVA faz o ajuste, sendo 75% distribuídos pelo critério *per capita*, e os restantes 25% são distribuídos para incrementar a receita dos Estados mais pobre, aqueles que possuem capacidade financeira abaixo de 92% da média nacional.

A segunda etapa consiste na troca horizontal de recursos entre os entes, sem a participação da União. Os Estados com capacidade acima da média transferem recursos para os estados de baixa capacidade fiscal, até que estes se enquadrem em pelo

menos 95% do valor de base *per capita*, ponderado pelo grau de urbanização e densidade populacional. Dentre os estados financiadores, os mais ricos transferem mais, de acordo com a sua capacidade, contudo, sem jamais transferir recursos a ponto de ficarem abaixo da média. A terceira e última etapa, a União participa realizando dois tipos de transferências: as transferências complementares e transferências especiais, que correspondem à ajuda financeira.

As transferências complementares são realizadas com a parcela do IVA federal, e são incondicionadas, apresentando-se como uma continuação do sistema de equalização horizontal. Com estas transferências equalizadoras, os Estados mais pobres chegam a alcançar 99,5% da média nacional (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 17).

As transferências especiais são realizadas com outras fontes de recurso do orçamento da União, e sempre são vinculadas a funções e setores específicos, ou a situações de emergência. O auxílio financeiro consiste na promoção de financiamentos locais e o nivelamento de garantias como a energia elétrica, moradia, vias públicas e saneamento básico. A administração dos valores transferidos é responsabilidade do ente, a União apenas realiza a transferência. A relação entre os Estados e os governos locais (municípios), reproduz a relação União-estados, utilizando-se dos fluxos equalizadores e discricionários (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 17).

6 A EQUALIZAÇÃO, A GUERRA FISCAL E A RENÚNCIA DE RECEITA

A redução das desigualdades regionais no Brasil e a equalização entre os entes subnacionais implica a efetivação do comando constitucional de cooperação entre os entes federativos. A solidariedade entre os entes subnacionais passa a ser considerada como um princípio orientador do federalismo.

A Constituição Federal de 1988, que prevê como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais, em seu art. 3º, III, indica a necessidade de modificação nas relações entre as pessoas políticas no que tange à arrecadação e transferência de tributos.

O reconhecimento da redução das desigualdades regionais como uma diretriz no ordenamento jurídico afirma a necessidade de implantação de processos de cooperação entre os entes federativos com vistas à diminuição de tais desigualdades, e conseqüente equalização entre as regiões. É importante que os centros de governo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios colaborem na consecução dos objetivos de interesse comum, para conferir efetividade ao mandamento constitucional.

Contudo o que se percebe na atualidade é que determinação contida no art. 3º, III, da Constituição Federal não é considerada na elaboração das políticas de desenvolvimento nacional e de transferências entre as regiões. Em verdade, após a Constituição Federal de 1988, procurou-se dar maior ênfase à autonomia e capacidade de arrecadação dos entes subnacionais, reduzindo-se, assim, o montante das transferências voluntárias realizadas pela União.

Como resultado disto, os entes subnacionais passaram a deter maior autonomia em relação à alocação de seus recursos e criação de programas voltados à industrialização e desenvolvimento regional, para conseguir suprir as carências oriundas da diminuição dos recursos antes transferidos pela União. Tais fatores, todavia, contribuíram para o aumento das desigualdades regionais e culminaram em uma política de competição entre os estados, agravada a ponto de resultar na chamada *Guerra Fiscal*.

Como afirmado, procurou-se conferir maior ênfase à capacidade arrecadatória dos entes federativos, o que reduziu as transferências voluntárias. A maior oneração dos Estados, Municípios e Distrito

Federal, que deixaram de contar com alguns dos recursos repassados pela União, fez com que aquelas pessoas políticas necessitassem cada vez mais de investimentos privados para cumprir suas obrigações e garantir o crescimento econômico regional.

Logo, uma saída encontrada pelos Estados de menor arrecadação foi o aumento na concessão dos chamados *benefícios* ou *incentivos fiscais*, com vistas ao incremento de suas próprias economias por meio da renúncia de receita. Neste aspecto, um dos maiores fomentadores da disputa entre os estados é o ICMS, pois os benefícios de ICMS concedidos pelos estados têm como objetivo a atração de investimentos locais. Em que pese a possibilidade de crescimento e desenvolvimento social do ente, estes avanços não ocorrem de modo igualitário entre as regiões.

As federações canadense, alemã e australiana, que fazem partilha de recursos, seguem o mais indicado: possuem um Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA) de competência tributária federal. Pelo caráter do IVA de tributar a “circulação” ou “movimentação” de bens e serviços dentro de um território, é extremamente complexa a atividade de atribuição de receita sobre o valor adicionado em cada ente federado. O caso brasileiro, cujo ICMS é de competência estadual, constitui-se uma exceção (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 76).

O imposto indireto incidente sobre a circulação de mercadorias é o ICMS¹⁹, de competência estadual, e nos demais países é o chamado IVA²⁰ – Imposto

19 “[...] O ICMS, [...], por ser um imposto indireto de caráter regressivo e administrado pelos estados, cada qual com uma legislação própria, gera distorções que necessitam ser equacionadas através de um sistema compensatório de transferências” (FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS, 2006, p. 69).

20 “Os IVA têm sido particularmente funcionais à internacionalização das trocas de mercadorias, ao facilitarem a equivalência prática entre tributos indiretos, impostos sobre o consumo e tributação segundo o princípio de destino pela mera imposição de alíquota zero às exportações, de forma simples e sistemática, ao passo que outros tributos indiretos tendem a onerar as exportações [...] Os IVA permitem que o comércio exterior possa ocorrer com maior proximidade aos preços do produtor, além de minimizar a influencia de diferenças internacionais na proporção entre impostos diretos e indiretos [...]” (DAIN, 1995, p. 29).

sobre o valor adicionado, que é de competência da União.

Em nossa República Federativa, as competências tributárias dos Estados e Municípios são bem amplas e complexas. Na Federação brasileira um importante tributo, o Imposto Sobre Serviços (ISS), é incidente sobre o setor de serviços e de competência municipal. Os municípios exercem a competência sobre este tributo com autonomia financeira e administrativa, conforme dispõe a Constituição Federal.

O valor agregado em cada transação comercial é base de cálculo utilizada nos mencionados impostos (tributação com base no imposto sobre o valor agregado ou adicionado – IVA). No Brasil, tributos como o IPI e o ICMS, são baseados nesta técnica. O primeiro é seletivo e de competência federal, ao passo que o segundo é geral e de competência dos estados. O IVA é imposto amplo e de competência dos Governos centrais.

Nos países em que o mecanismo da equalização fiscal foi implantado, os impostos sobre o valor agregado se caracterizam por serem indiretos, reais, plurifásicos e não-cumulativos. Dizem-se impostos indiretos por terem incidência econômica sobre o consumidor final; são reais porque não consideram as características pessoais do sujeito passivo; são definidos como plurifásicos e não-cumulativos vez que a cada fase de produção e comercialização dos bens há a incidência do tributo apenas sobre o valor adicionado na respectiva etapa, gerando débitos e créditos, de modo que o sujeito passivo recolhe somente a diferença entre ambos.

Os impostos sobre valor agregado incidem sobre fatos geradores que se desdobram em diversas fases, e do valor do tributo devido em cada fase se desconta o valor devido nas anteriores. Ademais, para a correta caracterização do IVA é necessária a uniformidade de alíquotas nas hipóteses de incidência.

O IVA, na maior parte dos países que o adota, é um imposto indireto, caracterizado por ter ampla

incidência sobre a circulação de bens, serviços e processos de produção, com a carga tributária incidindo somente sobre o valor acrescido em cada etapa de produção ou comercialização, apresentando as características comuns, já mencionadas, ou seja, é indireto, real, plurifásico e não-cumulativo.

No Brasil, o imposto que mais se assemelha ao IVA é o ICMS, que possui as mesmas características²¹. O ICMS, consoante previsão constitucional e legal, é imposto de competência dos Estados-membros, e esta é a principal diferença em relação ao IVA. Na Federação brasileira, achou-se por bem delegar a competência para a instituição do principal imposto sobre circulação de mercadorias aos estados, o que reforça a autonomia político-econômica do ente. Todavia, a forma federativa não impede que a competência de um imposto como o ICMS seja delegada à União, como ocorre com o IVA em países como a Alemanha e o Canadá.

Uma particularidade da Federação brasileira reside na concessão de autonomia política, administrativa e financeira aos municípios, no que se difere das demais federações. Esta autonomia, que inclui a competência de instituir tributos e cobrá-los, fez com que no Brasil a hipótese de incidência do IVA fosse distribuída entre os entes federados, ficando o IPI com a União, os Estados e o Distrito Federal com o ICMS e os Municípios com o ISS.

A dinâmica do ICMS, que tem alíquotas diferentes nos 27 Estados e no Distrito Federal, sofre diversas críticas, tendo em vista que sua estrutura por vezes permite distorções como a guerra fiscal e a renúncia de receita. Nas operações interestaduais, o ICMS apresenta um sistema híbrido, sendo dividida

entre a origem e o destino, principalmente a origem (DERZI, 1999, p. 25).

A instituição de um IVA no Estado brasileiro requereria a fusão do IPI, do ICMS e do ISS, porém, uma alteração desta qualidade afetaria sobremaneira as competências tributárias, que foram definidas com base no princípio federativo. O Brasil é quem deverá adequar sua política fiscal de modo que seu imposto sobre o valor adicionado não seja incompatível com as premissas da equalização fiscal, o que seria mais simples adotando um IVA ao invés de impostos como o IPI e o ICMS. Como mencionado, a mudança do ICMS também é indicada para melhorar a estrutura tributária interna do país, eliminando problemas como a guerra fiscal entre os Estados e a renúncia de receita. Ademais, a alteração auxiliaria no processo de equalização fiscal no Brasil²².

A sistemática do IVA é eficiente tanto para uma equalização no âmbito fiscal interno do país quanto para a desejada harmonização com o mercado exterior, pois com a globalização e a diminuição das barreiras fronteiriças entre países, principalmente no que toca à economia, consumo e circulação de bens, a integração regional passou a ser considerada como um objetivo desejável para as economias dos países.

Destarte, a existência de uma “guerra fiscal” entre os entes subnacionais demonstra a ausência de uma política conjunta e orientada para a equalização na capacidade dos governos periféricos. É objetivo da República Federativa do Brasil que as diversas regiões nacionais, em relação a seus recursos, renda e fornecimento das necessidades básicas de seus habitantes, sejam o mais homogêneas possível. Logo, a diminuição das desigualdades entre as regiões almeja o alcance da *equalização fiscal* entre os entes federados.

21 “No caso brasileiro, vários são os impedimentos ao pleno funcionamento da sistemática do IVA, tanto no plano interno, como no caso das trocas internacionais. Em primeiro lugar, coexistem no Brasil dois impostos sobre o valor adicionado: o IPI, de competência federal, e o ICMS, de competência estadual. Desde logo, o ICMS é o único caso no mundo de imposto sobre o valor adicionado fora do Governo Central. Como maior fonte de arrecadação do sistema tributário brasileiro, dá aos estados ampla autonomia para legislar, administrar, cobrar e gastar os recursos que dele se originam” (DAIN, 1995, p. 31).

22 “Os dilemas do sistema tributário brasileiro são de difícil solução. Dilacerado entre as necessidades pragmáticas de reiterar as bases de tributação dotadas de produtividade fiscal, modelar um sistema compatível com estruturas tributárias cada vez mais interdependentes e globalizadas, não levar ao limite o afastamento dos princípios de equidade e eficiência na tributação, e manter o poder coercitivo do Governo [...]” (DAIN, 1995, p. 37-38).

Portanto a implantação do modelo de equalização fiscal no Estado brasileiro iria representar uma alteração profunda do modelo atual de transferências entre os entes. O principal imposto nacional, o ICMS, tem no Brasil uma estrutura que o difere do tributo sobre a circulação de mercadorias dos demais países em que o modelo de equalização foi implantado. O sistema de transferências vigente acaba apresentando características de programas de auxílio, por não permitir um desenvolvimento autônomo e uma verdadeira equalização entre os entes federados. Diante disso, acredita-se que ainda falta à Federação brasileira um planejamento político de desenvolvimento nacional e, logo, um mecanismo que vise a extinguir de vez as desigualdades regionais e sociais. O sistema da equalização fiscal surge como uma saída para a solução deste problema.

A *equalização fiscal* é um novo parâmetro a ser aplicado às transferências de receitas tributárias, pretendendo abrandar as desigualdades entre os entes, fortalecendo o princípio federativo e os direitos fundamentais dos cidadãos, consubstanciados na redistribuição de receitas. A equalização fiscal, compreendida como um sistema que busca reduzir as diferenças com respeito à capacidade de cada ente da federação de cumprir suas responsabilidades financeiras, tem por finalidade oferecer um padrão igualitário no atendimento das necessidades de cada região do país.

O regime de equalização tem como objetivo a redução das demandas por maior descentralização no fornecimento de subsídios para os Estados e Municípios. Com isto, busca solucionar as questões relativas às disparidades regionais, utilizando-se mecanismo que emprega as transferências fiscais sem ultrapassar o mínimo necessário (DAIN, 1995, p. 37-38). O sistema da equalização fiscal tem como fito, em última análise, garantir o direito fundamental ao desenvolvimento.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou a temática da equalização fiscal em uma perspectiva voltada às necessidades sociais e econômicas do Estado brasileiro, e trabalhou a problemática do desenvolvimento, redução das desigualdades regionais, fortalecimento do pacto federativo por meio da cooperação entre os entes e transferências de receita.

Neste compasso, verificou-se que o objetivo de redução das desigualdades regionais requer a modificação nas relações entre os entes federativos no que tange à arrecadação e transferência de tributos. Logo, é imperativo que seja conferida eficácia ao mandamento constitucional de cooperação entre os entes (art. 3º, III, da Constituição Federal), de modo que estes se unam em um sistema cooperativo, e que este tenha como objetivo a redução das desigualdades até o ponto da *equalização* entre os entes.

Da análise, é notório que a ideia de justiça social que se extrai da Carta Magna requer que o país como um todo estabeleça políticas voltadas ao desenvolvimento. Para tanto, o Estado fiscal, no uso de suas atribuições, utiliza-se da tributação e transferência de receita, objetivando o desenvolvimento nacional com igualdade. Destarte, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 admitiu uma renovação federativa com destaque na cooperação e solidariedade entre os entes e na superação das desigualdades regionais, para o alcance da equalização.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 405 p.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

ALTAMIRANO, Alejandro C. Estrutura basica del impuesto al valor agregado (iva) en la republica Argentina. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis**, v. 17 n. 32, p. 75-91, 1996. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15755>> . Acesso em 25 mar. 2013.

BARRERA, Aglas Watson; ROARELLI, Maria Liz de Medeiros. In: AFFONSO, Rui de Brito Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). **Reforma Tributária e Federação**. São Paulo: FUNDAP, 1995. 212 p.

BASCH, Fernando et al. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 12, p.9-35, jun./dez. 2010.

BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; AGUIRRE ROMÁN, Javier. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v.1, n.1, p. 41-63, jan. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Federalismo regional num país periférico. In: **CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, 8., 2003, Sevilha, Espanha. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/67/66>. Acesso em: 18 maio 2013.

CANADA. Department of Finance. **Equalization Program**. [s.l.: s.n], 2011. Disponível em: <<http://www.fin.gc.ca/fedprov/eqp-eng.asp>>. Acesso em 15 mar. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 2. ed. revista e ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 432 p. (Coleção textos de direito tributário; 11).

_____. _____. 25. ed., rev., ampl., atual. até a emenda constitucional n. 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009. 1103 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 590 p.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAZETTA, Ubiratan; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coord.). **Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 917 p.

_____. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária: o significado do art. 116, parágrafo único, do CTN**. São Paulo: Dialética, 2003. 286 p.

DAIN, Sulamis. Experiência Internacional e especificidade brasileira. In AFFONSO, Rui de Brito Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). **Reforma tributária e federação**. São Paulo: FUNDAP, 1995. 212 p.

DELGADO, Jose Augusto. A interpretação contemporânea do Direito Tributário e os princípios da valorização da dignidade humana e da cidadania. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. 304 p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A necessidade de instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Reforma tributária & MERCOSUL**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

- ELALI, André. **O Federalismo fiscal brasileiro e o Sistema Tributário Nacional**. São Paulo: MP Editora, 2005. 111p.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1975. 334 p.
- _____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002. 371 p.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 278 p.
- FÓRUM FISCAL DOS ESTADOS BRASILEIROS. **Equalização fiscal**. [Rio de Janeiro]: Programa Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros; Fundação Getúlio Vargas, 2006. (Cadernos Fórum Fiscal, n. 1). Disponível em <www.esaf.fazenda.gov.br/forum-fiscal/cadernos/caderno-forum-fiscal>. Acesso em 13 abr. 2013.
- GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS, 2009. 308 p.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005. 415 p.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino Superior). Título original: *Reine Rechtslehre*.
- KZAM NETO, Calilo Jorge. **A Norma de anistia no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 288 p.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 256 p.
- MOUSSALEM, Tarek Moyses. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001. 232 p.
- NABAIS, Jose Casalta. **Direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 637 p.
- PIANCASTELLI, Marcelo; BOUERI, Rogério; LIMA, Edilberto Pontes. **Descentralização fiscal**. In: REZENDE, Fernando (Coord.). **Desafios do federalismo fiscal**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 114 p.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins fontes, 1999.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REIS, Suelen Agum dos. A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes (RJ), v. 8, n. 10, p. 521-545, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/SuelenAgum.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2013.
- REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA, Curitiba, v. 8, n. 8, jul./dez. 2010. Disponível em: <www.revistaeletronicacardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 18 maio 2013.
- REZENDE, Fernando (Coord.). **Desafios do federalismo fiscal**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 114 p.

REZENDE, Fernando,. Os Desafios do federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando (Coord.). **Desafios do federalismo fiscal**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 114 p.

REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto. Brasil: conflitos confederativos e reforma tributária. In: REZENDE, Fernando (Coord.). **Desafios do federalismo fiscal**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 114 p.

SANTAELLA, Carla. **Impuesto al valor agregado (IVA) (Venezuela)**. [s.n.t]. Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos88/impuesto-al-valor-agregado-iva/impuesto-al-valor-agregado-iva.shtml>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Federal brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 492 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUR: Revista Internacional do Direitos Humanos, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 1-243, jun/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/12/02.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A constituição federal de 1988 e seu 15º aniversário. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 492 p.

_____. **Os Direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Tratado de Direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **International human rights law**. Strasbourg: [s.n.], 2012.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VIZCAINO, Catalina Garci. **Los tributos frente al federalismo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975.





Literatura

CARTAS DE AMOR*

São Paulo, 15 de junho de 2003

Ernane Malato

Magistrado. Professor. Escritor. Membro das Academias de Letras e de Letras Jurídicas.

No amontoado de livros que esperavam etiquetas, num sebo que nascia atrás da PUC de São Paulo, avistei uma raridade literária: as “Cartas de Amor” de Fernando Pessoa, dedicadas à sua única namorada: Ophélia Queiroz.

As famosas “cartas ridículas”, constatei, que Pessoa, sob o manto de Álvaro de Campos, implicitamente assim as denominou em um de seus poemas, que vieram à tona quase um ano depois de sua morte, em 1935, pelas mãos de outro admirável poeta Carlos Queiroz, seu devotado amigo.¹

Álvaro escreveu uma pérola da poesia sobre o ato de escrever cartas de amor, afirmando assim:

Todas as cartas de amor são
Ridículas.
Não seriam cartas de amor se não fossem
Ridículas.

Também escrevi em meu tempo cartas
de amor,
Como as outras,
Ridículas.

As cartas de amor, se há amor,
Têm de ser
Ridículas.

Mas, afinal,
Só as criaturas que nunca escreveram
Cartas de amor
É que são
Ridículas.¹

Há quem diga que elas refletem o único episódio sentimental ocorrido na vida do poeta, por esse motivo atribuindo-se valor incalculável a essas correspondências despreziosas.

* Crônica extraída do livro a ser lançado: “Armadilha de Dragão”

¹ FERNANDO PESSOA - ÁLVARO DE CAMPOS. Companhia das Letras. Pág. 502. São Paulo. 2002.

A escritora, Manuela Nogueira, anota em uma edição recente da obra, publicada pela Editora Assírio & Alvim, que essa relação representou uma luta interior na vida do poeta que sempre se deixou vencer pelo raciocínio e pelo projeto de sua obra como único sonho que desejava concretizar.²

Apanhei-o, virei suas páginas observando uma foto antiga de Ophélia e um acróstico de Pessoa, impávido para não demonstrar interesse que proporcionasse a um estudante um preço amargo àquele raro exemplar, mas antes que o devolvesse ao seu lugar, levantando a vista, deparei-me com o vendedor, o proprietário japonês daquele pequeno estabelecimento do bairro de Perdizes, São Paulo, me fitando num olhar enigmático.

— *Essa é uma obra rara. A primeira edição das Cartas de Pessoa. Duvido que outro sebo a possua. Custa R\$ 50,00 (cinquenta reais), preço irredutível* — disse Takamizaua.

Devolvi o livro ao amontoado, fingi desinteresse, antes marcando na mente, sem Takamizaua perceber, o lugar em que o deixava. Peguei outro livro, gênero autoajuda e logo observei conter anotação a lápis, R\$ 5,00 (cinco reais), preço idêntico ao da maioria do lote em que se encontrava.

— *Esses livros precisam ser atualizados a preço justo, ainda não tive tempo. Todos são cuidadosamente separados pela grande importância que possuem, entretanto mantere* o

valor que foi anotado se o doutor desejar comprar um lote de quatro exemplares — garantiu.

Apanhei mais um livro do monte, depois mais um, totalizando três, todos anotados com R\$ 5,00 (cinco reais) e finalmente rebusquei e acrescentei o livro de Pessoa, as Cartas de Amor que desejava.

De posse do lote desses livros com preços idênticos, indaguei ao atento vendedor se o de Pessoa que custaria R\$ 50,00 (cinquenta reais), agora incorporado ao lote, poderia sair também por R\$ 5,00 (cinco reais), fazendo companhia aos demais que fingia interessar-me.

O vendedor, observando que a compra já era razoável, foi ao balcão e preparou uma notinha sem timbre de R\$ 18,00 (dezoito reais), entregando-me em seguida com o alerta de que teria aplicado 10% (dez por cento) de desconto em face da compra ocorrer em espécie.

Embrulhou os livros e eu parti em direção à Rua Monte Alegre que fica em frente à universidade em que estudo. Logo adiante, na esquina da livraria Cortez, separei o livro de Fernando Pessoa dos outros que os entreguei a uma estudante que passava e que agradeceu sem nada entender.

Em casa, no sofá, lendo as cartas de Pessoa com a Serra da Cantareira escurecendo na janela, com uma borracha, apaguei o valor de cinco reais escrito a lápis do verso da capa do livro do poeta português e findei o meu dia lendo o que nunca me pareceu ridículo, tampouco barato.

² CARTAS DE AMOR DE OFÉLIA A FERNANDO PESSOA. Organização de Manuela Nogueira e Maria da Conceição Azevedo. Pág. 18. Editora Assírio & Alvim. Lisboa. 1996.

A VOZ DO SENTIMENTO

Setembro, 2009

Ernane Malato

*Magistrado. Professor. Escritor. Membro das Academias de
Letras e de Letras Jurídicas.*

Que sentimento haverá em minha voz?

Que voz será a voz do sentimento?

Será que é meu o sentimento em minha voz?

Ou é a voz do sentimento em todos nós?

O que virá depois da voz do sentimento?

Em que palco habitará a minha voz além do eco?

No pranto do canto de um sofrimento?

Ou no encanto da voz do sentimento?

O sentimento é a voz que sai do coração

Que só o canto consegue revelar

É flor que brota da emoção

Em toda e qualquer dimensão.

Cantar é despertar em outra voz um sentimento

Que no coração depositamos e frutificamos,

É mais que falar... é respirar...

Por isso canto com a voz do sentimento.

Guardo o sentimento de cantar na voz do vento

A letra de um nome em minhas mãos

Como quem manda de presente um pensamento

Flutuando na voz do sentimento.

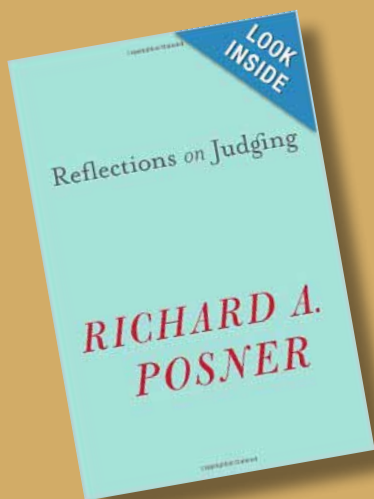




Resenha

REFLECTIONS ON JUDGING

Por Paulo de Tarso Dias Klautau Filho*



* Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws pela New York University (NYU). Professor do Centro Universitário do Pará (CESU-PA). Procurador do Estado do Pará.

POSNER, Richard. Reflections on judging. Cambridge: Harvard University Press, 2013. 400 p.

1 O AUTOR

Richard A. Posner é um dos mais importantes e prolíficos autores do meio acadêmico jurídico norte-americano. O professor da *University of Chicago Law School* é um dos expoentes do *Law and Economics* ("Análise Econômica do Direito"). Seu clássico *Economic Analysis of Law*, de 1972, é ainda uma obra de referência neste campo de estudos. Mas o campo de interesse e produção do autor é bem mais abrangente, incluindo, por exemplo, a Filosofia do Direito, a Teoria Política, a Teoria Sexual e as relações entre Direito e Literatura, destacando-se entre mais de 40 livros publicados os seguintes: *Law and Literature: A misunderstood Relation* (1988), *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Sex and Reason* (1992), *Overcoming Law* (1995), *Law Pragmatism and Democracy*, (2003).

Posner, também, é Juiz da *Court of Appeals for the Seventh Circuit*, a qual integra a estrutura de segunda instância do Poder Judiciário Federal norte-americano[□]. Aproveitando-se desta dupla experiência, Posner já publicara, em 2008, *How Judges Think*, livro no qual faz a crítica da relação entre a academia e o Judiciário, advogando em favor de uma teoria pragmática para a atuação judicial, por ele chamada de *Pragmatic Adjudication*.

Na sua mais recente obra, *Reflections on Judging*, publicada em setembro de 2013, pela *Harvard University Press*, Posner volta a oferecer uma análise sobre vários aspectos do que significa ser um juiz no mundo contemporâneo.

Mais precisamente, Posner dedica-se aos desafios que as cortes federais enfrentam atualmente nos Estados Unidos. Sua perspectiva é assumidamente pessoal, de um *insider*, baseada em sua própria vivência como juiz, por mais de trinta e um anos. Posner foi nomeado, por Ronald Reagan, em 4 de Dezembro de 1981, para o cargo que ocupa até hoje, já tendo presidido seu tribunal por sete anos (1993 a 2000) .

Ao longo de tal período, Posner manifestou opinião sobre grande variedade de temas referentes à atuação dos juízes federais e dos advogados naqueles tribunais. Tais temas incluem uma série

de questões operacionais enfrentadas também pelos tribunais e advogados brasileiros: como as decisões de segundo grau devem ser construídas (o que envolve a gestão dos gabinetes e o papel dos assessores, os *lawclerks*, na redação das decisões), como os advogados devem apresentar suas peças escritas e sustentações orais, como os processos podem ser mais precisos, céleres e baratos, como deve se dar a seleção e o treinamento dos Juízes Federais (vale notar que nos Estados Unidos, todos os Juízes Federais são nomeados pelo Presidente em processo manifestamente político) e, especialmente, para o livro sobre comento, como o Judiciário pode lidar com a crescente complexidade dos casos que vêm surgindo, uma questão que se entrelaça com as anteriormente referidas.

Para Posner, os juízes não têm conseguido acompanhar com eficiência os acelerados avanços tecnológicos (no sentido amplo) e em outros campos do conhecimento, os quais estão tornando os casos mais complexos e desafiadores para juízes e advogados. Ainda assim, ele entende que quando os juízes discutem as questões referentes à jurisdição, eles dificilmente manifestam sua preocupação com o desafio que tal complexidade representa.

Parece-me que muitas das questões e propostas sistematizadas por Posner, aplicam-se, *cum grano salis*, à experiência brasileira. Por isso, proponho aqui uma resenha deste relevante e atual trabalho.

2 COMPLEXIDADES EXTERNAS E INTERNAS AO SISTEMA JURÍDICO. RESPOSTA FORMALISTA E RESPOSTA REALISTA

No capítulo 3, Posner oferece uma detalhada explicação do que entende por “complexidade”, o grande desafio, no seu entender, à frente do Judiciário.

Em primeiro lugar, há distinção entre questões difíceis e questões complexas. Uma questão pode ser

difícil, sem ser complexa. Por exemplo, pode ser uma questão acerca de valores morais ou uma questão para a qual não haja resposta por falta de dados.

Para Posner, uma questão é complexa no sentido por ele empregado quando é difícil por envolver interações complicadas (*by virtue of involving complicated interactions*). Tautologias à parte, uma questão é considerada complexa quando envolve um sistema e não uma mônada, uma unidade nuclear. O sistema pode ser econômico – um mercado, por exemplo, o qual envolve interações entre vendedores e compradores e, frequentemente, interações tácitas entre vendedores concorrentes. O sistema pode ser político – balanço internacional de poder, por exemplo. Pode ser ecológico – uma população de animais que compete para maximizar sua adaptação genética. Pode ser tecnológico – um telefone celular ou um computador. Um sistema pode ser qualquer coisa – uma corporação empresarial, uma universidade, um tribunal, um corpo humano, o sistema solar.

Na descrição de alguns avanços da ciência e da tecnologia, Posner esboça a resistência e a dificuldade dos juízes:

Boa parte dessa complexidade – [...] – é de origem tecnológica. Os avanços extraordinariamente rápidos da tecnologia de computadores são os exemplos óbvios mas não os únicos: a tecnologia médica cresceu em sua complexidade rapidamente, e, do mesmo modo, o que é adequadamente chamado de “engenharia financeira”; isso sem mencionar a tecnologia ambiental e a cada vez mais refinada psicologia de gerenciamento, *marketing* e outras atividades empresariais. Isso, no lado substancial, e no lado procedimental a análise estatística com os métodos científicos de análise forense, como o teste de DNA [...], são usados cada vez mais para gerar elementos probatórios em juízo.

Os juízes resistem a se engajar com o mundo científico. Auxiliados por seus assessores, os quais sorvem análise jurídica formalista na faculdade de Direito, os juízes procuram lidar com a ciência utilizando semântica quando interpretação é necessária e com delegação quando a investigação dos fatos é exigida (p. 352).

Todos esses são exemplos de “complexidades externas” ao sistema jurídico que fazem parte do meio no qual surgem os casos judiciais. Mas o Direito, como um sistema, gera sua própria “complexidade interna”, a qual dificulta ainda mais a tarefa de lidar com a complexidade externa.

Instigados por advogados, professores, assessores e legisladores, os juízes, afirma o Juiz Posner, tornam mais complexo (complicado?!) o processo legal desnecessariamente – e o fazem, em parte, para evitar o esforço em compreender o mundo real complexo que gera a atuação das cortes modernas.

Essa, a resposta do juiz formalista, o qual usa um estilo complexo de análise jurídica para resolver casos sem precisar entender as complexidades factuais. Como é prático extinguir ações com tecnicidades procedimentais, sem precisar enfrentar as questões reais de mérito... Para Posner, em contraste, o juiz realista (como Posner se apresenta) propõe um estilo simples de análise jurídica baseado na compreensão satisfatória das complexidades científicas ou empresariais, factuais e não legais, de onde se originam os casos judiciais. O realista Posner entende que o Direito pode ser tornado menos complexo, apesar das matérias de mérito em muitas ações judiciais serem irredutivelmente complexas.

Já fica evidente o repúdio de Posner às abordagens formalistas do Direito. Tais abordagens têm por premissa a crença em que as questões jurídicas podem ser resolvidas por lógica, texto ou precedente, independentemente do papel dos valores, inclinações ideológicas, personalidade, formação cultural e experiência do juiz.

O Direito, tal como visto pelo formalista, é um compêndio de textos e a tarefa do juiz ou de

qualquer outro profissional do Direito é discernir e aplicar a lógica do compêndio. Ele é um intérprete, indiferente ou quase às consequências de suas interpretações no mundo real. Ele não é responsável por essas consequências¹. Se elas são insatisfatórias, a responsabilidade por alterá-las cabe aos “poderes políticos” (*politicalbranches*): o Legislativo e o Executivo.

Nesta perspectiva, os juízes que levam em conta as consequências de interpretações alternativas estariam indo além de sua função. Somente os materiais ortodoxos da análise jurídica – constituição, leis, decretos, precedentes e outros documentos legais - fazem parte do Direito. Todo o resto é política ou *policy* (ou economia!).

Por sua vez, o realismo jurídico é mais difícil de ser descrito. Apesar de se filiar à tradição do Realismo Jurídico Norte-americano, movimento pulsante no universo jurídico daquele país nas décadas de 1920 e 1930, Posner distingue o sentido em que adota a expressão. O realismo jurídico defendido pelo autor é profundamente cético da dogmática formalista, considerando-a mais retórica do que análise – uma retórica que oculta a fontes reais dos mecanismos decisórios.

Além disso, o modelo de juiz realista enfatiza, pragmaticamente, as consequências específicas e sistêmicas de seus julgados. As consequências sistêmicas incluem o efeito da decisão na previsibilidade do Direito, na pauta e na gestão judiciária, no trabalho dos demais poderes e nas expectativas razoáveis tanto do setor público como do privado.

Desse modo, essência da posição realista de Posner reside na idéia de que, em muitos casos, e nos mais importantes, o juiz deve tomar uma decisão que gere um resultado razoável, sensato, em vez de buscar uma decisão que seja irrefutavelmente, “logicamente” correta. Posner inspira-se no famoso de *dicta* de Oliver Wendell Holmes Jr: *Law is not logic but experience*.

Por isso, o realista tem um interesse muito maior nos fatos do que o formalista. Posner defende que o juiz deve sim ir além do que está nos autos usando

em seu favor os avanços tecnológicos, as descobertas científicas, dados estatísticos, e a *internet*.

Insiste que as decisões devem ser orientadas pelos fatos e não pelas teorias formalistas. Mesmo porque os avanços científicos fazem ruir, frequentemente, conceitos que embasam a dogmática tradicional. Um dos exemplos mais poderosos refere à relação entre a neurociência e a doutrina do direito penal:

Consideremos os avanços na neurociência cognitiva que relacionando cognição e emoção a processos fisiológicos no cérebro, talvez, algum dia, respondam se os seres humanos tem livre arbítrio. Dada toda essa discussão nas decisões em processos penais sobre premeditação, vontade, conhecimento, dolo, culpa e outros conceitos afins como fatores que influenciam na adequada severidade da pena, pode-se pensar que o direito penal, pelo menos, seria extremamente dependente de teorias da mente que a neurociência talvez invalide (p. 74).

3 PLANO DA OBRA

O primeiro capítulo relata o processo de nomeação de Posner, remetendo à questão da escolha política e adiantando algumas reflexões sobre as consequências de tal método na habilitação dos juízes federais para enfrentar os desafios da complexidade. Vale dizer que a preocupação de Posner aqui é pragmática. Parte do pressuposto que a indicação será política, com o partido no indicando correligionários. Importa, então, compensar eventuais falhas ou falta de experiência dos juízes com cursos de formação e mesmo com a nomeação de assessores capacitados.

No segundo capítulo, relata as transformações no trabalho de um Juiz Federal norte-americano desde os anos sessenta até o momento atual, com o aumento da pauta processual, os imperativos burocráticos e gerenciais. Destaca, especialmente, que a burocratização ou “gerencialismo” (“*managerialism*”) é um traço do sistema jurídico

americano contemporâneo que conduz à hipertrofia ou metástase do Judiciário. Aqui as comparações com a experiência recente do Judiciário brasileiro parecem-me especialmente proveitosas.

O capítulo 3 detalha, conforme referido, a definição de Posner de complexidade e discute a complexidade autogerada pelo sistema jurídico, em especial a postura dos juízes de não serem transparentes quanto ao seu funcionamento para o público leigo. Aqui, a complexidade interna auxilia no cultivo do mistério.

Os capítulos seguintes procuram demonstrar como os juízes das cortes (capítulos 4 a 8) advogados (capítulo 8) e juízes singulares (capítulo 9) estão lidando com as condições (não restritas às complexidades referidas) de litigância do judiciário federal moderno norte-americano. Sua principal crítica vai da constatação de que muitos juízes e advogados estão se retraindo para adotar filosofias judiciais que dispensam uma compreensão mais adequada das atividades do mundo real de onde surgem os casos, como o formalismo, o *judicial self-restraint* e as várias teorias de interpretação. Para Posner, esse conjunto de teorias e práticas são estratégias empregadas pelos juízes para evitar lidar com a complexidade da sociedade contemporânea. Substituem a complexidade externa pela complexidade interna.

Imagine-se, no caso brasileiro, por exemplo, decisões judiciais sobre o conflito entre as consequências econômicas e ambientais da construção da Hidrelétrica de Belo Monte, que se limitem a discutir aspectos processuais do processo.

Para enfrentar tais desafios, Posner urge uma renovada formação dos juízes sob o viés do realismo jurídico, o que implica na melhor capacidade de gestão, no maior conhecimento geral sobre os avanços tecnológicos e científicos e na formação de equipes de assessoria altamente capacitadas.

Em razão da ênfase do autor no desafio da complexidade e sua distinção entre complexidade interna e externa, cabe reproduzir, ao menos parcialmente, uma tabela com áreas de conhecimento

e do Direito afetadas pela complexidade. Veja-se a enorme dimensão do desafio:

Fontes de complexidade externas ao sistema jurídico

- Bioquímica
- Análise de Risco e Catástrofe
- Governança Corporativa
- Evidência com base em DNA
- Economia
- Vigilância eletrônica
- Energia
- Engenharia
- Engenharia de Finanças –
- Estimativa de Danos Econômicos
- Estimativa de Danos Ambientais
- Genética
- Imigração
- Marketing
- Neurociência
- Telecomunicações, etc

Fontes de complexidade internas ao sistema jurídico

- Delegação da redação de decisões judiciais a assessores (noto que o tema é tratado pragmaticamente como um tema de gestão do trabalho judicial para produzir os melhores resultados)

- Expansão do Judiciário
- Expansão das equipes de assessores
- Formalismo, incluindo teorias e cânones da interpretação

- Verbosidade, Linguagem tecnicista, Decisões mal redigidas

As estratégias judiciais para escapar dos desafios da complexidade externa

- Formalismo
- Jargão
- *Judicial self-Restraint*
- Teorias da Interpretação
- Juiz que arbitra entre duas teses, sem atentar para a gestão dos resultados da decisão

4 CONCLUSÃO

Penso que a obra tem menos o formato de um sistemático texto acadêmico do que o de um balanço propositivo a partir de uma extensa experiência pessoal na atividade judicante. Mas como diz Posner a certa altura: “Eu, talvez, seja um bom juiz, um mau juiz ou um juiz indiferente, mas, certamente, sou um juiz experiente” (p. 2).

Além disso, a relevância intelectual de Posner e o respeito, apesar de muitas posições políticas e jurídicas controversas, que lhe é dedicado por juristas de perfil conservador a progressista (o *liberal*, como dizem os americanos) atesta que a obra merece a atenção do profissional do Direito no Brasil.

Quanto ao conteúdo de suas proposições, parece-me que grande parte delas tem pertinência e ressonância no meio jurídico/judicial brasileiro. São coerentemente decorrentes de sua visão realista e de uma postura que pensa o Direito sem mistificações como um instrumento a serviço do bem estar da população. Deixo a última palavra para Posner, no seguinte trecho que sintetiza o espírito da obra e de suas propostas para os desafios do Judiciário:

[O] Direito não é arte, nem ciência, mas um serviço. Tudo o que o realismo jurídico deve significar – tudo o que ele significa pra mim – é tornar o Direito um melhor serviço, trazendo mais para perto, ao ponto de compreensão e utilidade prática, das pessoas a quem ele deve servir, que são a população como um todo. Deve ser possível decidir mais casos de um modo que possa ser explicado em linguagem comum e justificável e consistente com as expectativas de pessoas comuns. Isso exige que os juízes compreendam o que está realmente acontecendo nos casos que apreciam, o que está cada vez mais relacionado à tecnologia. [...] (p. 354).





Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta, proveniente de florestas plantadas e sustentadas