

# DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**  
**Departamento de Ciências Jurídicas**  
**no. 3, agosto/dezembro 1993**

**Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - nº 3, agosto/dezembro de 1993.**

**Direção do Departamento de Ciências Jurídicas**

**Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino**

**Conselho Editorial**

**Alejandro Bugallo Alvarez  
Ana Lúcia de Lyra Tavares  
Joaquim de Arruda Falcão Neto  
José Eduardo Campos de Oliveira Faria  
José Ribas Vieira  
Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino  
Tânia da Silva Pereira**

**Coordenação de Publicação**

**Gisele Guimarães Cittadino**

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - Rua Marquês de São Vicente, 225/ Ala Frings - 6o. andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - Brasil.

**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, n.3, 1993  
Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro,  
Depto de Ciências Jurídicas.  
1. Direito**

## APRESENTAÇÃO

Desde 1990, um grupo de professores e mestrandos do Departamento de Ciências Jurídicas, em associação com outro, de composição equivalente, do *Centre d'Étude et de Recherche sur la Théorie de l'Etat (CERTÉ)*, da Universidade de Montpellier, por via do Acordo CAPES/COFECUB 098/89, vem desenvolvendo estudos sobre a aplicação do conceito de regulação ao direito.

A transposição deste conceito - de matriz econômica - para o direito tem suscitado entendimentos diversos. O grupo de pesquisa pautou-se pela ótica adotada por G. GANGUILHEM, segundo qual a regulação traduz um ajustamento de ordens independentes, proporcionado por regras, mecanismos e/ou institutos.

Da escolha subjetiva, movida por interesses acadêmicos e profissionais, dos campos de manifestação do fenômeno jurídico, no meio brasileiro, sobre os quais incidiram as diversas análises, obteve-se um panorama extremamente rico para avaliar-se o potencial de aplicação e de funcionalidade do referido conceito.

Os textos que se seguem versam, basicamente, três situações tipo: a) situações em que o Estado atua como agente regulador, conduzindo os processos de ajustamento. Neste grupo podem ser incluídos os trabalhos relativos aos Conselhos estatais, de cuja composição participam representantes da sociedade civil (órgãos de defesa do consumidor, conselho de recursos administrativos do Estado do Rio de Janeiro) e o texto que trata dos mecanismos processuais oferecidos pelo próprio Estado, todos eles refletindo formas de ajustamento entre as relações da sociedade civil e do Estado e de harmonização dos poderes nele instituídos; b) situações em que a sociedade civil busca introduzir modificações no Estado. Inserem-se, aqui, os estudos sobre os Conselhos populares do PT, o das práticas oficiosas e das agências informais de resolução de conflitos, com indicação das especificidades das experiências francesas e brasileiras; c) situações em que o Estado não está presente, através dos trabalhos em que são analisadas as práticas não oficiosas, na favela da Maré.

Reconhece-se, ainda, em texto à parte, que o conceito de regulação permite a identificação, de modo mais nítido, das manifestações do pluralismo jurídico, em nosso meio.

Numa avaliação global, considerou o grupo de pesquisa que a noção de regulação é, inegavelmente, válida para o exame das forças mediadoras, oficiais, ou não, que atuam na resolução dos conflitos; constatou a sua utilidade para a observação das diferentes fontes, formais e informais, de produção jurídica, e para a eliminação das divisórias que separam os estudos relativos ao Estado e à sociedade civil; confirmou a insuficiência do direito oficial para a resolução dos conflitos, numa sociedade contrastante como a brasileira; rendeu-se, por fim, ao dinamismo que o conceito de regulação imprime à

pesquisa jurídica, na medida em que propicia novos recortes e destaca o papel do social no direito.

O relatório final do grupo foi apresentado no Colóquio "Regulação, Direito e Política", realizado em outubro de 1992, na Universidade de Montpellier, e constará dos Anais a serem publicados pela Editora Harmattan.

Esta pesquisa, de temática inovadora e de complexidade evidente, sobretudo pela escassez bibliográfica e diversidade de entendimentos doutrinários, proporcionou, no desafio que ela representou, um excelente grau de entrosamento, não apenas entre os professores e mestrandos dos dois países, mais também em nível local, com a UFRJ e a UFF, por meio de dois ilustres membros de seus quadros docentes, que dela participaram ativamente.

Os textos que compõem este terceiro número da Revista não deixarão, por certo, indiferente o leitor que, como nós, busca novos instrumentos de análise para o fenômeno jurídico na sociedade brasileira contemporânea e, através dela, indicações que concorram para a resolução de seus graves problemas.

Setembro de 1993.

Ana Lucia de Lyra Tavares  
Coordenadora do Acordo CAPES/COFECUB

## SUMÁRIO

A Comissão de Valores Mobiliários, Instância Reguladora Independente? <i>Alejandro Bugallo Alvarez</i> .....	p. 01
Propriedades Reguladoras de Instrumentos Processuais e Jurisprudência Constitucional. <i>Ana Lúcia de Lyra Tavares</i> .....	p. 33
Notas para uma Discussão sobre Regulação Jurídica e Direito do Consumidor. <i>Cecília Maria Martins Antunes e Maria Isabel de Sá Earp de R. Chaves</i> .....	p. 53
O Alternativo Regado a Vinho e a Cachaça. <i>Eliane Botelho Junqueira</i> .....	p. 61
As Instâncias Reguladoras na Nova Constituição do Estado do Rio de Janeiro. <i>Francisco Mauro Dias</i> .....	p. 77
Os Conselhos Populares durante a Administração Municipal do Partido dos Trabalhadores (PT) em São Paulo. <i>Joaquim Leonel de Rezende Alvim</i> .....	p. 85
Análise da Regulação: Pluralismo Jurídico e a Autonomia Relativa da Norma Jurídica. <i>José Ribas Vieira</i> .....	p. 93
O Espaço Público, Associação de Moradores e Regulação Participativa. <i>Maria Arair Pinto Paiva</i> .....	p. 101
Regulação Jurídica: um Produto do Conflito? <i>Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca</i> .....	p. 125

## A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, INSTÂNCIA REGULADORA INDEPENDENTE?

Alejandro Bugallo Alvarez (\*)

### 1. A escolha do tema e delimitação do objeto.

#### 1.1 A escolha do tema.

Tendo ingressado, em 1992, no Grupo II do Acordo CAPES/COFECUB que fixou como objeto de pesquisa a Regulação, optei por retomar o tema da Comissão de Valores Mobiliários-CVM, inicialmente proposto por Marcelo Godino.

No quadro teórico delimitado pelo Professor Jean-Louis Autin a análise de regulação tomando como objeto de análise a CVM, equaciona-se na hipótese restrita de regulação (1). A CVM, criada pela Lei nº 6.385/76, foram-lhe atribuídas as funções anteriormente exercidas em virtude da Lei 4.728/65, pelo Banco Central no Mercado de Valores Mobiliários. Desta forma, o mercado do Valores Mobiliários passou a ser regulado pela CVM, com base nos poderes atribuídos por lei, de acordo com a política definida pelo CMN, Conselho Monetário Nacional (art. 7º), ressalvada a competência do Banco Central (art. 15, § 2º).

De relevar que, embora a CVM tenha atuação no Mercado de Valores Mobiliários, no quadro de uma economia que, sob o aspecto organizacional, corresponde ao sistema de economia descentralizada (2) foi criada no contexto político institucional caracterizado pela onipresença do Estado e marcante intervencionismo na economia. Por outro lado, embora o paradigma inspirador tenha sido a *Security and Exchange Commission* - SEC, dos Estados Unidos, assumiu peculiaridades da institucionalização efetivada em sua época pela França e Itália (3).

Finalmente, de ressaltar que, embora o trabalho se insere na hipótese teórica restrita de regulação, o modelo de regulação do mercado de capitais no Brasil, como em outros países, coexiste com mecanismo de regulação voluntária (4).

#### 1.2 Delimitação do objeto

O mercado de Valores Mobiliários, campo de atuação da CVM, insere-se no contexto do sistema financeiro, no campo de uma economia de mercado, cuja operacionalização está em função do modelo de organização do Estado, do modelo econômico e os objetivos fixados para o referido mercado, numa estrutura econômica específica (5). Países como os Estados Unidos e a França institucionalizaram modelos de regulação, segundo suas peculiaridades, através de instâncias que, em sua especificidade, qualificam-se como independentes (6).

Por ter sido criada a CVM sob a inspiração da SEC, levando em consideração a operacionalização da França e Itália, o trabalho centra-se na verificação da identificação dos requisitos qualificadores ou não da CVM como instância reguladora independente. Inicialmente serão identificadas as instâncias reguladoras e o equacionamento da CVM no sistema das referidas instâncias. Posteriormente, a identificação e tipificação das funções atribuídas e desempenhadas pela CVM. Finalmente, o grau de independência no exercício das mesmas, destacando, como variáveis, a natureza do órgão, sua composição, a escolha e nomeação, o mandato dos membros, grau de estabilidade no mandato e o nível de vinculação ao Executivo.

## 2. Regulação do mercado de capitais.

### 2.1 Precisações preliminares.

O mercado de valores mobiliários, precisa Nelson Eizirik, centra-se nas transações efetuadas com títulos de prazo longo e indeterminado, geralmente voltadas para o financiamento de capital de giro permanente e intermediadas por instituições financeiras, não bancárias, abrangendo as operações de lançamento de novas ações (mercado primário) e as transferências dos títulos entre investidores (mercado secundário). Tem função básica de prover as empresas de recursos não exigíveis, por meio de : a) conversão de ativos líquidos em investimentos fixos; b) transformação de prazos relativamente curtos em empréstimos a longo prazo; c) redução dos riscos (7).

Centrando-se o tema na regulação do mercado de valores, torna-se necessário levar em consideração não só sua formação histórica como também o sistema e o modelo econômico subjacente (8). Embora o modelo econômico venha dado pelas características especificadas na constituição econômica, sua estrutura básica vem dada pela prevalência do sistema econômico (9). A ordem econômica e financeira, de acordo com a Constituição Brasileira, está informada por princípios pertinentes à economia de mercado (10). Não obstante a expressão economia de mercado seja passível de diversos significados (11), parece pacífico que atualmente economia de mercado não corresponde aos paradigmas do sistema liberal, tendo a ordem jurídica uma função conformadora do mercado (12). Mesmo assim, ao tratar da regulação deverão ser levados em consideração certos fatores estruturais, especialmente com vistas à análise de eficácia e efetividade das normas, bem como os grupos de interesses titulares tradicionalmente da intermediação (13).

Trubek (14) partindo da análise de Weber, identifica duas funções exercidas pela lei na economia: 1a. de ordem formal, estruturando o processo de negociação e de troca nos mercados; 2a. como instrumento regulador na medida que implementa as políticas voltadas para a alocação de recursos. A este respeito, sustenta que num modelo de sociedade com economia de mercado livre, a ordem legal é puramente ordenadora, sem limitar, em princípio, a conduta dos participantes do mercado. A regulação implica na limitação da atividade dos sujeitos econômicos.

Obedecendo ao modelo econômico cristalizado na constituição econômica, o Estado tende a implementar formas de regulação econômica, embora não absorva todas as formas de regulação. A este respeito Max Weber formula a seguinte tipologia de regulações: a) tradicional, resultante do hábito ou práticas comerciais; b) convencional, resultante da mercabilidade de determinados bens ou luta de preços para determinados

bens ou serviços; c) legal, na medida em que limita o sistema de trocas de determinados bens ou o restringe a círculos de pessoas, o que implica em restrição à liberdade econômica; d) voluntária, resultado da autodeterminação dos agentes econômicos (15).

Os modelos jurídicos de regulação do mercado de capitais, são elaborados levando em consideração os interesses da política econômica, porquanto dizem respeito ao processo econômico global e ao desenvolvimento. Sob o aspecto econômico, a regulação objetiva a maior eficiência no funcionamento dos mercados. Todavia a eficiência terá de ser analisada levando em consideração os interesses a serem maximizados (16). Deve-se reconhecer que a maioria dos assuntos regulados são de grande interesse para as empresas e para o grande público, afetando o sistema econômico e social global. Daí, a procedência da teoria do interesse público. Não se deve, porém, esquecer que as instâncias reguladoras podem utilizar suas atribuições para conferir benefícios a grupos de interesses e por outro lado, que embora a cartelização de fatos cause distorções no mercado, é necessário levar em consideração a teoria dos cartéis para que os mecanismos de regulação resultem eficientes e equitativos. O modelo econômico perfilado na Constituição deverá projetar-se a nível de regulação-pela priorização da teoria do interesse público, sem desconsiderar os componentes estruturais e as conseqüentes relações de poder deles resultantes.

### 2.2 A regulação do mercado de valores e seus objetivos.

O modelo de regulação do mercado é resultado de uma opção política relacionada com o modelo econômico (17). A regulação, portanto, no modelo de economia de mercado, busca a eficiência na alocação de recursos e a eficiência operacional a fim de que tenham o máximo retorno ao custo mais baixo. A este respeito, Nelson Eizirik, seguindo o magistério de James Lorie, identifica quatro objetivos básicos da regulação do mercado de capitais: 1º) Eficiência na determinação do valor dos títulos negociados dimensionada pela capacidade de reação das cotações dos títulos às novas informações publicamente disponíveis. Pressupõe que todos os investidores devem dispor, ao mesmo tempo, de informações necessárias à avaliação dos riscos e vantagens de cada oportunidade de investimento. Para tanto, são necessárias normas reguladoras das informações e proibição de utilização de informações privilegiadas combatendo o *insider trading*. 2º) Eficiência na transferência de títulos reduzindo seus custos. 3º) Evitar a concentração do poder econômico que possa impedir, obstruir ou eliminar a competição no que diz respeito aos intermediários financeiros. 4º) Evitar os conflitos de interesses entre intermediários e seus clientes, através da especialização e separação de funções dos intermediários financeiros e o *disclosure* (18). As normas reguladoras devem definir: a.) as condições de acesso ao mercado para as sociedades emissoras e intermediários financeiros; b.) as condições de exercício de determinadas atividades no mercado, delimitando as atividades que podem desempenhar as instituições financeiras; c.) estabelecer as regras de comportamento dos intermediários financeiros e administradores e controladores de companhias abertas, visando evitar prejuízos aos investidores; d.) prestações de informações consideradas relevantes para a efetivação das escolhas por parte dos investidores, prévio conhecimento das vantagens e riscos (19).

## 3. Instâncias reguladoras

Na regulação do mercado de capitais no Brasil podemos diferenciar duas etapas. A primeira qualificada pela sistemática introduzida pelas Leis nº 4.595, de 31.12.64 (20)

e nº 4.728, de 14.07.65 (21). A segunda qualificada pela criação da CVM, através da Lei nº 6.385, de 07.12.76 (22).

### 3.1 Sistemática introduzida pelas Leis nºs 4.595/64 e 4.728/65

A Lei 4.595/64 define a estrutura do sistema financeiro nacional, pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e as demais instituições financeiras públicas e privadas (23). Verifica-se que o sistema financeiro oferece uma estrutura hierárquica adquirindo significação especial o Conselho Monetário Nacional, como órgão supremo do sistema.

#### 3.1.1 Conselho Monetário Nacional

Na qualidade de órgão supremo do sistema financeiro, o CMN dispõe de atribuições para definir a política da moeda e do crédito com o objetivo de orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, zelar pela liquidez e solvência das mesmas, propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros e coordenar a política monetária, creditícia, orçamentária e fiscal e da dívida pública interna e externa, dispondo de ampla competência de regulação no mercado financeiro (24).

As competências relativas ao mercado de capitais foram fixadas pela Lei 4.728/65. Assim, o Conselho Monetário Nacional: 1º estabelece normas referentes à constituição, organização e funcionamento das bolsas (artigo 7º), às sociedades corretoras (artigo 8º e 9º), às instituições financeiras (artigo 15 e 28), aos bancos de investimento (artigo 29); às sociedades e fundos de investimentos (artigo 49-50) e à participação da União em sociedades de economia mista (artigo 61). 2º fixa normas referentes aos títulos de crédito, especificamente, sobre a publicidade e registro de emissão ao público (artigo 21), a publicidade de informações ao público de sociedades emissoras (artigos 19-20) e estabelece as condições caracterizadoras da sociedade de capital aberto (artigo 59) visando atingir os seguintes objetivos: a.) facilitar o acesso do público as informações sobre os títulos ou valores distribuídos no mercado e sobre as sociedades que os emitirem (artigo 2º, I); b.) proteger os investimentos contra emissões ilegais ou fraudulentas (artigo 2º, II); c.) evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários (artigo 2º, III); d.) assegurar a observância de práticas comerciais equitativas por parte de todos os que exercem profissionalmente funções de intermediação na distribuição ou negociação de títulos ou valores mobiliários (artigo 2º, IV); e.) disciplinar a utilização do crédito no mercado de títulos ou valores mobiliários (artigo 2º, V); f.) regular o exercício da atividade da corretora de títulos mobiliários e de câmbio (artigo 2º, VI).

O Conselho Monetário Nacional, órgão do Ministério da Fazenda exerce as funções sob as diretrizes do Presidente da República (artigo 6º) e está integrado: a.) por quatro membros cuja titularidade está vinculada à função. Assim, integram o CMN, o ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente, bem como os Presidentes do Banco Central, do Brasil e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (artigo 6º, incisos I, II e III); b.) Sete (7) membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, e escolhidos entre brasileiros que preencham os requisitos da capacidade em assuntos econômicos e financeiros e ilibada a reputação,

com mandato de sete anos, podendo ser reconduzidos (artigo 6º, IV), levando em consideração as diversas regiões geo-econômicas. O Conselho delibera por maioria de votos, com a presença, no mínimo de 6 (seis) membros, cabendo ao Presidente o voto de qualidade (artigo 6º, § 1º). Por outro lado, junto ao Conselho funcionam as seguintes Comissões Consultivas: a.) Comissão bancária, integrada por representantes do Banco Central do Brasil e de Desenvolvimento Econômico, do Conselho Superior das Caixas Econômicas, dos Bancos regionais (Nordeste do Brasil), Caixas Econômica estaduais e Bancos privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimento, das bolsas, e representação patronal dos setores da Indústria, Comércio e Agricultura; b.) Comissão do mercado de capitais, integrada por representantes do Ministério da Indústria e Comércio, do Conselho Nacional de Economia, do Banco Central e do Banco de Desenvolvimento Econômico, dos Bancos Privados, sociedades de Crédito, financiamento e investimento, das Bolsas e companhias de seguros privados e de capitalização; c.) Comissão de crédito rural; d.) Comissão de crédito industrial.

Verifica-se, tanto em razão da composição, quanto em razão da forma de escolha e nomeação, assim como da forma de atuação, que o Conselho Monetário Nacional não tem independência em relação ao Executivo, porquanto age de acordo com as diretrizes do Presidente. Embora tenha atribuição de estabelecer a política do crédito, sua determinação está em função da política econômica geral, competência do Executivo. A este respeito, na ausência de uma política econômica a médio e longo prazo, as políticas específicas do CMN resultam conjunturais. Ora, na determinação destas políticas conjunturais, merece destacar-se a influência corporativa dos grupos de interesse através de sua representatividade nas Comissões Consultivas. Se por um lado, garantem um mínimo de consensualidade, conseqüentemente, de legitimidade e eficácia às deliberações do Conselho Monetário Nacional por corresponderem aos seus interesses, por outro lado, têm possibilidades de condicionar e polarizar tais políticas em torno dos interesses dos grupos influentes. O caráter de intermediação que o Conselho poderia exercer está relativizado e fica na dependência da base de sustentação popular e parlamentar do Executivo. Assim, quanto mais vulnerável o Executivo, a política monetária e financeira tenderá a reproduzir, com maior ênfase e intensidade, as relações de poder dos grupos econômicos e de interesses representados nas Comissões Consultivas.

De relevar-se que o Conselho Monetário Nacional foi criado sob os auspícios de uma configuração e estruturação autoritária do Estado caracterizada pela prevalência do Executivo. A participação do Legislativo na composição e nomeação dos membros do Conselho era puramente legitimadora. A formulação de políticas gerais e específicas, portanto, era resultado da ação cooperativa e de entendimento do Executivo e dos grupos de interesses, sem qualquer mecanismo de controle. Levando em consideração os objetivos fixados pela Constituição vigente para a ordem econômica e financeira, devem ser aprimorados os mecanismos de controle de atuação do Conselho Monetário Nacional, de forma a possibilitar maior participação do Congresso e da sociedade civil na composição e nomeação de seus membros.

Sob o aspecto formal, a Constituição prevê a Lei de Diretrizes do Planejamento, bem como as Leis do Plano, de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento. A Lei de Diretrizes do Planejamento é de iniciativa concorrente. Todavia, a Constituição não previu mecanismos de participação na elaboração do Plano. Por outro lado, de acordo com a Constituição, toda matéria que implique na criação de órgãos inerentes à estrutura do Estado ou atribuições a órgãos da estrutura, centralizada ou descentralizada, do Estado é da iniciativa privada do Executivo (artigo 61, § 1º, II). Igualmente da iniciativa

privada a Lei do Plano. Ora, a Lei do Plano é que deve estabelecer prioridades e metas, globais - nacionais e regionais - e setoriais e, conseqüentemente, vincular as políticas. Assim, à tradição de predomínio do Executivo, soma-se a falta de mecanismos que estabeleçam limites e mecanismos de controle que direcionem as políticas consoante o modelo econômico e social previsto na Constituição.

### 3.1.2 O Banco Central

Embora integrante do Conselho Monetário Nacional, constitui-se em agente executor das decisões do Conselho e exerce funções vinculadas à fiscalização, registro e concessão de autorização para funcionamento das instituições financeiras (25). Em relação ao mercado de capitais suas atribuições são abrangentes, porquanto autoriza a constituição e funcionamento das bolsas de valores, o funcionamento das sociedades corretoras, sociedades de investimentos e instituições financeiras, sociedades e firmas individuais que tenham por objetivo a subscrição para revenda e a distribuição de valores mobiliários (26). Por outro lado, registra os intermediários não responsáveis pela subscrição de títulos mas que exercem atividades de intermediação na distribuição ou que efetivem, com qualquer propósito, a captação da poupança popular, os títulos e as emissões destinadas ao mercado de capitais, bem como os consórcios de instituições financeiras, as pessoas jurídicas de direito privado cujos títulos ou valores são negociados em bolsa de valores (27). Fiscaliza as operações de intermediação, a observância das normas legais e regulamentos por parte das sociedades emissoras de títulos na bolsa de valores acerca das informações e proteção dos portadores de títulos, bem como sobre a observância das disposições legais e regulamentares relativas à emissão, à subscrição e à distribuição de títulos e sobre a utilização de informações não divulgadas ao público por pessoas que a eles tenham acesso e sobre sociedades de investimento e seus fundos (28). No exercício de sua fiscalização, poderá exigir a exibição de documentos (29) e para viabilizar sua operacionalização fixou normas através da Circular n° 2 de 11.06.65, obrigando as instituições financeiras a manter registros atualizados relacionados os nomes das pessoas físicas e jurídicas enquadradas nas proibições do artigo 34 da Lei 4.595/64.

### 3.1.3 O Banco do Brasil

Qualificado como sociedade de economia mista (30) o Banco do Brasil constitui-se no instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal. Assim é o agente financeiro do Tesouro Nacional competindo-lhe receber à crédito do Tesouro as importâncias provenientes da arrecadação de tributos e o produto das operações de crédito da União por antecipação da receita orçamentária, bem como realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do orçamento geral da União e leis complementares; conceder aval, fiança e outras garantias, adquirir e financiar estoques de produção exportável e executar a política de preços mínimos dos produtos agrícolas.

### 3.1.4 O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDS

Constitui-se no principal instrumento de execução da política de investimentos do Governo Federal e atua como principal investidor institucional no mercado primário de ações, através de suas três subsidiárias: IBRASA-Investimentos Brasileiros S/A, criada em 1974, para captar recursos para a empresa privada nacional, estimulando a democratização do capital e conseqüente fortalecimento do mercado de capitais. A

EMBRAMEC - Mecânica Brasileira S/A e a FIBASE - Insumos Básicos S/A Financiamento e Participações, atuam como minoritários no capital de risco de empresas, podendo, inclusive, assim como a IBRASA, praticar a tomada de debêntures conversíveis em ações, bem como prestar garantia de subscrição.

No que diz respeito ao mercado de valores deve ressaltar-se: 1º) As instituições financeiras privadas e públicas não federais estão sujeitas à intervenção do Banco Central ou à liquidação extrajudicial (31). A lei confere poderes de intervenção ao Banco Central: a.) quando a entidade sofrer prejuízo decorrente de sua administração, sujeitando a risco os credores; b.) quando se verificam reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária; c.) na hipótese de inadimplemento de obrigação líquida em título que justifique ação executiva e na ocorrência de outros fatos que justifiquem a falência (artigo 2º, do Dec. lei n° 7.661/41) houver possibilidade de evitar-se a liquidação extra judicial. 2º) a decretação de liquidação extrajudicial implica nos seguintes efeitos: a.) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidada, não podendo ser inventadas quaisquer outras enquanto durar a liquidação; b.) vencimento antecipado de todas as obrigações; c.) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial; d.) não fluência de juros, mesmo que estipulados contra a massa, enquanto não integralmente pago no passivo; e.) interrupção e prescrição relativa às obrigações de responsabilidade da instituição; f.) incidência da correção monetária sobre a totalidade das obrigações das entidades submetidas ao regime da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência (artigo 1º, Decreto-lei n° 1.477, de 28 de agosto/76). 3º) Pelo que diz respeito a regulação das sociedades emissoras, sob a influência do *Securities Act* de 1933 e *Securities Exchange Act* de 1934 dos Estados Unidos, foi adotado o princípio do *disclosure*, através das Resoluções n°s 88 e 214 do Banco Central, que estabelecem exigências quanto às informações que devem ser prestadas pelas sociedades emissoras em casos de ofertas públicas de venda de suas ações. Todavia, o princípio visa a proteção dos investidores. Neste sentido, as legislações procuram combater o *insider trading*. De acordo com o teor do artigo 3º da Lei 4.728/65, a fiscalização e utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio é da competência do Banco Central, prevendo a Resolução n°88, que as empresas por ocasião do registro para colocar no mercado as suas ações, assumem o compromisso formal de informar ao público as decisões tomadas pela Diretoria e Assembléia em relação a todos os elementos que possam afetar os preços dos títulos ou influenciar as decisões dos investidores. A proibição da utilização de informações não divulgadas para proveito próprio, não foi propriamente proibida pela Lei 4.728/65, mas pela Lei n° 6.404/76 em seu artigo 155 (32).

### 3.1.5 A auto-regulação

Sob a vigência das Leis 4.595/64 e 4.728/65, a Resolução n° 39/66 do Banco Central instituiu o sistema de auto-regulação das bolsas sob sua supervisão. Este diploma disciplina a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores, definindo sua qualificação jurídica e funções básicas (33).

Os poderes de auto-regulação estão previstos nos artigos 11 a 13, evidenciando-se que no exercício dos mesmos nas Bolsas estão sob a supervisão do Banco Central. Tais poderes de regulação resultam de delegação legal e são exercidas sob a supervisão da entidade estatal. Todavia, é inquestionável o poder regulador toda vez que a Resolução

39 é complementada pelas resoluções do Conselho de Administração das Bolsas que estabelecem regras operacionais sobre as negociações em bolsa, fixam condições para admissão não só das sociedades corretoras, mas também sobre a cotação dos títulos (34)

### 3.2 Sistemática introduzida com a Lei nº 6.385/76.

#### 3.2.1 A Criação da Comissão de Valores Mobiliários.

A Lei 6.385/76 dispõe sobre o mercado de valores mobiliários tendo por objetivo disciplinar e fiscalizar a emissão, negociação e intermediação dos valores mobiliários no mercado, a organização, funcionamento e as operações das bolsas de valores, bem como a administração de carteiras e de custódia de valores, a auditoria das companhias abertas e os serviços de consultoria e analista (35). Define as competências do Conselho Monetário Nacional (36) e cria a Comissão de Valores Mobiliários e define suas competências, ressalvada a competência específica do Banco Central (37), bem como a das Bolsas de Valores (38).

A competência da CVM diz respeito ao mercado de valores mobiliários (39) e abrange: a.) o Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários atingindo as instituições financeiras e sociedades que tenham por objeto distribuir a emissão de valores, as sociedades que tenham por objeto a compra e venda de valores em circulação no mercado para revenda por conta própria, as sociedades ou agentes autônomos que exercem atividade de mediação ou negociação e as bolsas (40); a negociação no mercado, exercendo a CVM tarefas de fiscalização do cumprimento das normas referentes à emissão (41); b.) a administração de carteiras e custódia de valores (42) os auditores independentes, consultores e analistas (43).

Esta competência explicita-se em poder regulamentar, com observância das políticas definidas pelo CMN (44) na administração dos registros (45) e na fiscalização permanente das atividades e serviços de mercado de valores, da veiculação de informações, das pessoas que participam do mercado e os valores nele negociados, bem como na fiscalização e inspeção de companhias abertas (46). A fiscalização diretamente exercida pela CVM é complementada pela fiscalização das Bolsas de Valores em relação a seus membros e as operações nelas realizadas, na qualidade de órgãos auxiliares e sob a supervisão daquela (47).

#### 3.2.2 As Bolsas de Valores - sua autonomia e poder de auto-regulamentação.

##### 3.2.2.1 Natureza privada e corporativa das Bolsas de Valores.

As Bolsas de Valores são entidades de natureza privada. Historicamente, esclarece Arnold Wald/M. Eizirk, "sempre se caracterizaram, pela reunião de comerciantes de títulos que iam estabelecendo, no decorrer de suas práticas negociais, determinadas regras de comportamento e de auto-proteção do grupo contra eventuais concorrentes externos", acrescentando que podem identificar-se "nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, determinados modelos legais quanto às feições corporativas das Bolsas de Valores, qualificando-se, portanto, como entidades tipicamente corporativas"(48). Tal configuração pode ser explicada devido ao fato de sua existência ter surgido antes de qualquer legislação a respeito (49). Após a intervenção reguladora governamental inicial nos Estados Unidos em 1934 950), cujo modelo serviu de inspiração para outros países, especialmente a França, a partir de 1967 com a criação da *Commission des Opérations de*

*Bourse*(COB) e de 1974, na Itália, com o estabelecimento da *Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, as Bolsas continuaram desfrutando de autonomia financeira e administrativa e regulamentar, recebendo, ainda, a delegação de certos poderes de fiscalização sob a supervisão das autoridades governamentais. Desta forma, atualmente podem qualificar-se como "entidades essencialmente corporativas, sujeitas ao direito privado, ainda que exercendo, eventualmente, determinadas funções de normatização e fiscalização, que devem atender ao interesse público, na medida em que destinadas ao estabelecimento e manutenção de elevados padrões éticos nas negociações, desenvolvidas no mercado secundário de títulos"(51).

Enquanto exercem funções delegadas ao Poder Público, constituem-se, a este respeito, em órgãos auxiliares e, conseqüentemente, de colaboração, assumindo cada vez maior importância em virtude da hipertrofia do Estado e funcionando como mecanismo de eficiência e até de democracia participativa.

##### 3.2.2.2 Autonomia das Bolsas de Valores

No regime da Lei 4.728/65, as Bolsas de Valores dispunham de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, operando sob a supervisão do Banco Central (artigo 6º). Ora, tal supervisão, na lição de Pontes de Miranda, implica em fiscalização, vigilância, inspeção. Todavia "a fiscalização não pode transformar-se em ingerência na administração, nem no patrimônio da Bolsa, porque está em lei o primado da autonomia administrativa, financeira e patrimonial"(52).

A Lei 6.385/76, dispõe igualmente sobre a autonomia administrativa, financeira e patrimonial, porém sob a supervisão da Comissão de Valores Mobiliários que substitui o Banco Central na função. Portanto, qualificada a autonomia das Bolsas, infere-se que dispõe de poder de auto-regulamentação, como ocorre com as associações profissionais em tudo o que diz respeito as questões administrativas, financeiras e patrimoniais (53). A supervisão da Comissão de Valores mobiliários, não implica em subordinação, mas em fiscalização, no exercício das funções delegadas pela Lei 6.485/76, vale dizer, de fiscalização e normatização das sociedades corretoras e no poder de polícia perante seus associados. A este respeito afirma Nelson Eizirik: "A atuação das Bolsas como órgãos auxiliares da CVM, tal como expresso no parágrafo único do artigo 17, refere-se, unicamente, à fiscalização das Sociedades Corretoras e das Operações realizadas em Bolsa. Ou seja, a CVM pode demandar das Bolsas de Valores uma efetiva fiscalização de seus membros, assim como ter acesso aos relatórios realizados por seus fiscais ou auditores na Sociedades Corretoras"(54).

A autonomia das Bolsas de Valores e as questões resultantes da supervisão da CVM, está consolidada na Resolução 1.656, de 26 de outubro/1989, relativamente aos recursos interpostos perante a CVM, contra as decisões do Conselho de Administração. De acordo com os artigos 19 a 69, somente cabe recurso à CVM das decisões referentes aos incisos XIII a XV do artigo 69. Evidencia-se maior autonomia que a prevista na Resolução 922/84, que admitia os recursos também em decisões pertinentes à admissão de novos membros, à fixação de contribuições, emolumentos e comissões e à admissão ou cancelamento à negociação de títulos e valores mobiliários.

Todavia, cabe ressaltar que no que diz respeito à atividade normativa e disciplinar, as Bolsas agem como órgãos auxiliares da CVM. Por esse motivo, a Resolução 1.656/89 atribui à CVM a competência para suspender a execução de normas adotadas

pelas Bolsas de Valores, julgadas inadequadas a seu funcionamento e determinar a adoção daquelas que considere necessárias (artigo 70, I), bem com sustar a aplicação de decisões que prejudiquem interesses dos investidores (artigo 70, II).

### 3.2.2.3 Auto-regulação.

As Bolsas de Valores exercem dupla função: a.) manter um local adequado à realização, entre seus membros, de transações estabelecendo e implementando sistemas de negociações que propiciem continuidade de preço e liquidez ao mercado; b.) preservar elevados padrões éticos de negociações, baixando normas, fiscalizando seu cumprimento e aplicando as sanções cabíveis (Resolução 1.656/89, artigo 1º). A segunda consagra as Bolsas como órgão regulador. Ao invés de uma regulação direta por parte do Estado, as Bolsas passam a dispor de um poder de regulação, por delegação da lei (55). Portanto, as Bolsas, antes consideradas clubes de negócios, passaram a exercer a auto-regulação por imposição legal. As características básicas deste sistema forma estabelecidas pela Resolução 39/66 que disciplina a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores e os poderes de regulação, sob supervisão da CVM. Através de Resoluções, o Conselho de Administração das Bolsas, estabelece regras operacionais sobre as negociações em bolsa, fixam as condições de admissão de sociedades corretoras e a da cotação de títulos e valores mobiliários, bem como as punições a que estão sujeitos seus membros, regulando sua conduta. A este respeito, de ressaltar, a Resolução nº 2/67 do Conselho de Administração da Bolsa de São Paulo dispoendo sobre o comportamento ético de seus membros, devendo denunciar ao Conselho, quaisquer manipulações de preços, abster-se de lançar no mercado ou recomendar a seus clientes a aquisição de títulos que notoriamente não oferecem segurança e vantagem ao comprador; abster-se de veicular ou permitir a circulação de notícias tendenciosas ou de informações inverídicas sobre títulos ou a situação financeira das sociedades emissoras. Proíbe a divulgação de informações falsas, tendenciosas ou imprecisas ou a realização de consórcio com o fim de influir no curso dos títulos, provocando oscilações artificiais nos preços; a manipulação ou fraude, destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos títulos negociados em bolsas ou distribuídos no mercado de capitais. A este respeito, a Resolução nº 328, de 04.07.75, proibiu as sociedades corretoras de manterem carteira própria de ações, limitando a autonomia de participantes no mercado, visando eliminar um conflito de interesses da corretora atuando por conta própria e os clientes porquanto aquela poderá privilegiar as operações em que atua como principal, em detrimento dos interesses dos clientes.

As bolsas continuam a operar com autonomia e dispõem de poder de auto-regulamentação, porém, sob a supervisão da CVM. A este respeito precisam Arnold Wald/Nelson Eizirik: "O ato de supervisionar compreende o de orientar ou inspecionar em plano superior. Muito embora tal noção possa acarretar, aparentemente, a idéia de subordinação, tal não ocorre justamente porque autonomia e subordinação são conceitos antinômicos. A supervisão é uma tutela que exclui a subordinação que pode ser exercida sobre a entidade autônoma" e acrescentam "tal supervisão refere-se, tão somente à orientação e verificação, por parte da entidade supervisora do cumprimento dos objetivos e finalidade do ente supervisionado". Com base neste raciocínio concluem "entendemos, portanto, que a supervisão exercida pela CVM sobre as Bolsas de Valores refere-se única e exclusivamente à atuação de tais entidades quando no exercício de seus poderes, delegados pela Lei nº 6.385/76 e pela Resolução nº 922/84, de fiscalização e normatização das sociedades corretoras".

Portanto, as Bolsas de Valores gozam de plena autonomia administrativa, financeira e patrimonial quando tratam de seus próprios interesses como associações civis, porém, enquanto entidades auto-reguladoras estão sujeitas à supervisão da CVM. Por outro lado, enquanto órgãos auxiliares da CVM, no que se refere ao poder de polícia perante seus associados e à fiscalização das Sociedades Corretoras e das operações realizadas em Bolsa, a CVM pode demandar uma efetiva fiscalização, bem como ter acesso aos relatórios realizados por seus fiscais ou auditores (56).

### 4. Tipificação das funções da CVM.

Preende-se identificar, como base no diploma legal instituidor, as funções que desempenham a CVM no contexto das instâncias reguladoras do Mercado de Valores Mobiliários. Verifica-se que à CVM são atribuídas: função regulamentar, de fiscalização, de investigação e sancionadora.

#### 4.1 Função regulamentar.

De forma explícita, o inciso I, do artigo 8º, da Lei nº 6.385/76 estabelece que compete à CVM, regulamentar, com observância da política definida pelo CMN, as matérias expressamente previstas nesta lei e na Lei das Sociedades por ações. Ora, ressalvadas as competências específicas do CMN, o poder regulamentar da CVM, atinge a emissão e distribuição de valores, a negociação e intermediação no mercado, a organização, funcionamento e as operações das bolsas, a administração de carteiras e custódia de valores, bem como a auditoria das companhias abertas e os serviços de consultoria e analista (artigo 1º, da Lei 6.385/76).

A CVM está investida de poderes para tomar decisões sobre questões de caráter geral e individual referentes ao funcionamento das Bolsas de Valores e do mercado. Com efeito, não obstante as bolsas disporem de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, operam sob a supervisão da CVM (artigo 17, da Lei 6.385/76). A este respeito, a CVM por um lado exerce uma magistratura de influência, na medida em que tem competência para propor ao CMN a aprovação de normas sobre: a.) condições de constituição e extinção das bolsas de valores, forma jurídica, órgão de administração e seu preenchimento (artigo 18, "c"); b.) exercício do poder disciplinar pelas bolsas sobre seus membros, imposição de penas e casos de exclusão (artigo 18, "d"); c.) sobre administração das bolsas, emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas Bolsas ou seus membros (artigo 18, "f" e inciso IV). Por outro lado, a CVM dispõe de poderes específicos para, diretamente, definir: 1º) as espécies de operações autorizadas na Bolsa e no mercado de balcão; métodos e práticas que devem ser observados no mercado e responsabilidade dos intermediários nas operações (artigo 18, II, "a"); 2º) determinar a configuração das condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários ou de manipulação de preço; operações fraudulentas e práticas não-equitativas na distribuição ou intermediação de valores (artigo 18, II, "b") (57); 3º) estabelecer normas aplicáveis ao registro de operações a serem mantidos pelas entidades do sistema de distribuição (artigo 18, II, "c") aplicáveis também às Bolsas (artigo 15, IV); d.) A CVM define outras situações ... artigo 19, I) e fixa procedimento do registro (artigo 19, II), estabelece as condições para o registro e procedimentos dos autores independentes artigo 26, § 3º).

Além do mais, a CVM tem competência para administrar os registros (artigo 8º, II) especificamente dos atos de emissão e distribuição (artigo 19), negociação em bolsa (artigo 21, I), expedindo normas para a execução dos registros (artigo 21, § 6º), especificando casos em que os registros podem ser dispensados, recusados, suspensos ou cancelados (artigo 21, § 6º, I) e os documentos e informações que devem acompanhar o pedido de registro e seu procedimento (artigo 21, § 6º I), e ainda, aprova registros específicos estabelecidos pelas bolsas de valores (artigo 21, § 5º). Conseqüentemente, autoriza a distribuição de emissão no mercado, a compra de valores mobiliários para a venda por conta própria, mediação e corretagem (artigo 16). Autoriza o exercício profissional de distribuição de carteiras de valores (artigo 23) e a atividade de custódia (artigo 24).

#### 4.2 Função de fiscalização

Compete à CVM, nos termos do inciso III, do artigo 8º da Lei 6.385/76, "fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários de que trata o artigo 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam e os valores nele praticados".

Os serviços referidos no artigo 1º dizem respeito à emissão e distribuição, à negociação e intermediação, à organização, funcionamento e às operações das bolsas de valores; à administração de carteiras, à custódia de valores e à auditoria de companhias abertas e aos serviços de consultor e analista.

Os dispositivos referentes à veiculação das informações estão contidos na Lei 6.404/76 disciplinando "o dever de informar" (artigo 157) e proibindo o *insider trading* (artigo 155, § 1º) (58).

A Instrução CVM nº 31/84 regulamenta os referidos dispositivos legais, explicando como fato relevante, qualquer deliberação da assembléia geral ou dos órgãos da administração da companhia aberta, bem como qualquer ato ou fato que possa influir de modo ponderável: a.) na cotação; b.) na decisão dos investidores; c.) na determinação por parte dos investidores, de exercer quaisquer direitos inerentes à sua posição de titular de valores emitidos pela companhia. Entre os fatos ou atos relevantes exemplifica: mudanças de controle da companhia; fechamento de capital; na incorporação, fusão, cisão, formação ou dissolução da companhia; alteração dos direitos e vantagens dos valores emitidos pela companhia (artigo 1º da Instrução nº 31/84).

Por outro lado, o dever de guardar sigilo (artigo 155, § 1º da Lei nº 6.404/76) incumbe não só aos administradores mas também aos acionistas controladores (artigo 9º da Instrução CVM 31/84). Podem ser considerados *insiders*, os administradores e acionistas controladores (artigo 10) e quem em razão de seu cargo, função ou posição tenha conhecimento de informação relativa a ato ou fato relevante antes da comunicação ou divulgação ao mercado (artigo 11, parágrafo único) (59). Sintetizando o conteúdo da Instrução nº 31/84, afirma Nelson Eizirik: "deve ficar claro que na sistemática estabelecida pela Instrução 31/84, o dever de divulgar ato ou fato relevante incumbe apenas aos administradores da companhia (artigo 2º). O dever de guardar sigilo sobre informações referentes a atos ou fatos relevantes, até sua divulgação pública, incumbe

aos administradores e acionistas controladores (artigo 9º). Já o dever de não utilizar a informação privilegiada incumbe não só aos administradores e acionistas controladores, como também às pessoas que, no seu exercício profissional, tiveram acesso à informação, e, adicionalmente, a qualquer pessoa que a ela tenha acesso, sabendo tratar-se de informação privilegiada ainda não divulgada ao mercado (artigo 10 e 11)". Desta forma conclui, a proibição afeta a todas as negociações, quer as realizações no mercado de bolsa ou balcão, quer as negociações privadas seguindo neste particular a experiência do direito comparado (60).

A Instrução regulamenta ainda, o artigo 157, caput, da Lei 6.404/76 e o artigo 22, parágrafo único, V, da Lei 6.385/76. Os administradores e controladores são obrigados a comunicar à própria companhia a quantidade e características dos valores mobiliários de sua emissão e da emissão de sociedades controladas ou controladas abertas das quais são titulares ou seus cônjuges e dependentes, bem como as negociações que realizarem com valores mobiliários de sua emissão ou da companhia aberta dela controladora. A CVM tem o poder de determinar a divulgação de informações ou republicação com correções ou aditamentos quando as informações divulgadas sejam imprecisas, incompletas ou inverídicas, podendo a bolsa de valores suspender a negociação de ações de determinada companhia quando verificar não existirem informações suficientes sobre fato ou ato relevante (61). Portanto, o princípio informativo do mercado consagrado pela Instrução é o da ampla informação, como meio de proteção ao investidor, e a proibição do *insider* (62).

#### 4.3 Exercício de poderes quase-jurisdicionais.

##### 4.3.1 Poderes de investigação.

O artigo 9º da Lei 6.385/76 atribui à CVM, em todo o território nacional, ressalvados os poderes do Banco Central artigo 15, § 2º, poderes para: a.) examinar registros contábeis, livros ou documentos das pessoas físicas ou jurídicas que intervêm no sistema de distribuição de valores, das companhias abertas, dos fundos e sociedades de administração, das carteiras, dos analistas, consultores e grupos de pessoas que participam ou negociam no mercado, quando houver suspeita fundada de fraude ou manipulação (inciso I, alíneas "a" - "g"); b.) intimá-los a prestar informações ou esclarecimentos sob pena de multa (II); c.) requisitar informações a qualquer órgão público, autarquia ou empresa pública (III); d.) apurar, mediante inquérito administrativo, segundo procedimento fixado pelo CMN, garantida ampla defesa, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores e diretores de companhia aberta, intermediários e demais participantes do mercado.

##### 4.3.2 Poderes de sanção

###### 4.3.2.1 Poder de disciplinar

Com o objetivo de reprimir as infrações de profissionais, a CVM pode: a.) suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsas de valores (artigo 9º, § 1º, D); b.) suspender ou cancelar registros (artigo 9º, § 1º, II); c.) determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas (artigo 9º, IV) e divulgar as informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado (artigo 9º, §, III); d.) proibir os participantes do mercado, sob combinação de multa, a prática de atos que considerar prejudiciais ao funcionamento regular do mercado (artigo 9º, § 1º, IV).

#### 4.3.2.2 Administrativas

Além das penalidades de advertência e multa, a CVM pode: a.) suspender do exercício de cargo administrativo de companhia aberta ou entidade do sistema de distribuição; b.) inabilitar para o exercício de cargo; c.) suspender a autorização ou registro de todas as atividades pertinentes ao mercado de valores; d.) determinar a cassação da autorização ou registro. As penalidades são aplicáveis sempre que houver infração de normas da lei que regula o mercado de valores, da lei de Sociedades por Ações, das resoluções da CVM ou outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar (artigo 11). Por outro lado, a aplicação das penalidades deverá observar o procedimento administrativo fixado pelo CMN (§ 2º, do artigo 9º), cabendo recurso ao CMN (artigo 11, § 4º). Finalmente, as multas, após decisão final na esfera administrativa, terão eficácia de título executivo (artigo 32).

4.3.2.3 Na esfera penal, quando o inquérito administrativo conclui pela ocorrência de crime de ação pública, a CVM oficia o Ministério Público para a propositura da ação penal (artigo 12), bem como da ação civil pública quando se verificarem as hipóteses de lesão aos interesses difusos (artigo 1º, caput, e incisos I, II, III da Lei 7.913/89).

Por outro lado, nos processos judiciais em matéria de sua competência, a CVM sempre será intimada para oferecer parecer ou prestar esclarecimentos (artigo 31, caput) e, em oferecendo-os, será intimada em todos os atos processuais sobre tais questões (§ 2º), tendo legitimidade para interpor recursos quando as partes não o fizerem (§ 3º), podendo oferecer pareceres e assessoria aos juizes em determinados casos. A este respeito, a CVM mantém serviços para exercer atividades de consultoria ou orientação junto aos agentes do mercado imobiliário ou qualquer investidor (artigo 13), ficando a seu critério divulgar as respostas às consultas ou aos critérios de orientação.

### 5. A equiparação da CVM às Autoridades Administrativas Independentes.

#### 5.1 Apreciação geral

Verifica-se que a Comissão de Valores Mobiliários não exerce apenas uma missão geral vinculada a uma magistratura de influência na medida em que propõe ao Conselho Monetário Nacional e elaboração de normas, mas também pratica atos que visam

assegurar o funcionamento concreto do sistema. Com efeito, no complexo sistema de instâncias reguladoras do mercado de valores mobiliários, a comissão situa-se numa instância intermediária entre a intervenção direta do Executivo, especialmente através do Conselho Monetário Nacional, e os mercados privados polarizados nas Bolsas e os interesses dos investidores e da sociedade em geral. Está dotada de autonomia administrativa e, consequentemente dos poderes inerentes à sua responsabilidade jurídica. Trata-se de poderes atribuídos por lei e sua função é essencial ao funcionamento do mercado. Tecnicamente, integra a estrutura descentralizada do Estado na medida em que se configura como autarquia. Neste sentido, embora sua atuação esteja sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, é autônoma no exercício de suas funções. A este respeito, o artigo 26 do Decreto-lei nº 200/67, dispõe que a supervisão visa assegurar a realização dos objetivos fixados nos atos constitutivos da entidade, quais sejam, a harmonia com a política e o programa do Governo no setor da entidade, a eficácia e a autonomia administrativa, operacional e financeira. Entende-se, portanto, que a supervisão é tutelar, nos limites da lei, ao contrário de implicar em subordinação. Fábio Konder Comparado elucida a aparente contradição entre autonomia e vinculação ao Ministério de Fazenda, ao ponderar: "O Ministro de Estado que expede avisos às autarquias vinculadas ao seu Ministério, para que estas pratiquem ou deixem de praticar atos de sua normal competência, age com excesso de poder, invadindo a competência administrativa do serviço público autônomo. Vigora, neste campo, o princípio condensado na máxima francesa *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au delà des textes* (63).

A função da CVM não se reduz a uma simples inspeção dotada de efeito jurídico direto. Seus controles não são resultado de uma vigilância a posteriori, mas tem um sentido de direção e império. Desta forma, sua função é globalizante em relação ao setor, não simplesmente corretiva, mas também preventiva, simultânea e reparadora.

#### 5.2 Os poderes quase legislativos, jurisdicionais e executivos das Autoridades Administrativas Independentes.

Paulo Tesouro, em estudo sobre as Comissões Reguladoras Independentes no modelo norte-americano, ressalta suas funções afirmando que, no âmbito de sua atividade, desempenham funções quase-legislativas, executivas e quase judiciais. Todavia, estão submetidas ao controle: a.) do Legislativo, na medida em que lhe atribui os poderes através da lei e, consequentemente, pode modificá-los, e exerce controle financeiro, ao determinar a remessa de balanço anual ao Congresso, além de controles oficiais, através da Comissões Legislativas, e não formais, através de contatos e, finalmente, através da aprovação de seus membros pelo Senado; b.) do Judiciário, que decide sobre a constitucionalidade das leis em que se fundamenta a atividade quase legislativa; c.) do Executivo, em razão do poder de nomear seus membros, embora esteja restringido quanto à percentagem de membros do mesmo partido e pelas limitações legais (64). Jean Louis Autin, enfatizam que a denominação Autoridades Administrativas justifica-se por tratar-se de instituições dotadas de personalidade que representam o Estado e a de Independentes porque a vontade política do Estado manifesta-se claramente neste sentido traduzindo-se em termos jurídicos. Por outro lado, seus membros gozam de garantias no exercício de suas funções no período do mandato e, portanto, menos condicionados por pressões exteriores. Além do mais, tais

autoridades não estão condicionadas por pressões exteriores. Nem estão submetidas a controles hierárquicos, mantendo autonomia em relação aos serviços do Estado que não lhe podem dirigir instruções nem revisar, sob qualquer forma, suas decisões (65). Gilles de Margerie, ao analisar a Comissão de Operações de Bolsa, o Conselho da concorrência e a autoridade reguladora da comunicação, destaca que tem a função de remediar as disfunções do sistema político-administrativo, impossíveis de corrigir intra muros, enfatizando que, uma vez criadas, produzem normas e exercem um poder de polícia (66). Ressalta Jean-Louis Autin, que em relação à justiça administrativa, as AAI desenvolvem uma função efetiva, quer preventiva, em relação às ameaças aos direitos e liberdades, quer reparadora, respondendo às exigências de rapidez e eficácia, gerando um novo tipo de direito que supera a dicotomia tradicional do público/privado, e qualificado como não estatal e disciplinar (67). Por outro lado, ao analisar o projeto de lei referente à reforma da Comissão das Operações de Bolsa qualifica sua função reguladora destacando que participa das funções legislativas, executiva e exerce poderes quase jurisdicionais, com ênfase no poder de investigação e de sanção (68).

### 5.3 A qualificação dos poderes da CVM comparativamente com os das Autoridades Administrativas Independentes.

#### 5.3.1 Poderes quase-legislativos.

A tipificação da função regulamentar, atribuída por lei, conforme referido no item 4.1, evidencia que à semelhança das AAI, a CVM dispõe de poderes normativos e expede normas disciplinando sua própria atuação e a dos agentes do mercado. A respeito do poder normativo da CVM e partindo de sua qualificação como autarquia, Bolívar M. B. Rocha, enfatiza: "parece-nos que o ponto de partida para a justificação de uma competência normativa das autarquias reside em sua autonomia. De fato, a um órgão incumbido de disciplinar determinado setor da ordem econômica ou social, há que ser reconhecida uma parcela de poder normativo, sem a qual ele ficaria como que de mãos atadas para agir" (69).

Invoca como fundamento, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo o qual "a despeito do caráter auxiliar, a autarquia não é simples delegado de funções públicas. Dispõe de titularidade sobre os interesses e atividades que lhe foram outorgadas pela ordem jurídica. Portanto, não exerce a administração em nome do Estado, mas em nome próprio. Pode fazê-lo porque co-participa da natureza administrativa do Estado. Sua situação em relação à atividade pública desempenhada diverge radicalmente da situação particular no exercício de atividade idêntica, porque, ao contrário deste, a autarquia exerce direitos seus próprios, perseguindo interesses que a lei lhe atribui como pertinentes à sua capacidade" (70).

No que diz respeito ao controle no direito brasileiro destaca Bolívar Rocha, que é típico das autarquias, vale dizer, o controle judicial, na medida em que o judiciário pode apreciar se sua atuação em concreto resulta adequada aos critérios estabelecidos pelas normas que disciplinam sua atividade, podendo intervir nas hipóteses em que os objetos e limites estabelecidos em lei não forem respeitados.

Também o legislativo exerce o controle sob tríplice modalidade: 1º) por delimitar a esfera de sua atuação no plano normativo, através da lei; 2º) por fiscalizar indiretamente sua atuação, através das comissões parlamentares de inquérito, embora tal controle seja remoto e, por razões políticas, sem mecanismos operacionais de eficácia; 3º) um controle indireto através do tribunal de contas, no que diz respeito não à atividade, mas à fiscalização financeira e orçamentária.

Finalmente, existe um controle do executivo, na medida em que, embora não integre a hierarquia da Administração Central, em razão de seu caráter auxiliar insere-se no planejamento geral administrativo, não desgarrando-se, portanto, da órbita estatal (71).

Em princípio, estes controles não afetam a autonomia e independência atribuída às Autoridades Administrativas Independentes. O fato de a CVM não dispor de recursos próprios para o exercício de suas funções mas depender da dotação orçamentária, embora não contribua para afirmar sua independência não chega a afetá-la diretamente. Todavia, evidencia certa vinculação ao Executivo que não só tem a iniciativa da lei orçamentária, como também a responsabilidade direta pela administração do orçamento geral, não obstante a autonomia dos órgãos autárquicos. De fato, a independência da CVM está mais afetada em razão de seus membros não terem garantido um mandato definido por lei e serem demissíveis ad nutum.

#### 5.3.2 Poderes quase-jurisdicionais

A CVM dispõe de poder de investigação e, conseqüentemente, de mecanismos para a obtenção de todas as informações necessárias ao seu poder de inquirição, analisando os livros e relatórios, podendo inclusive exigir a desconsideração do sigilo bancário ou de bolsa. O poder de investigação insere-se, por sua vez, como mecanismo de operacionalização do poder de fiscalização e, conseqüentemente, do poder disciplinar. Por outro lado, identificado o ilícito penal, a CVM aciona os titulares da respectiva ação encaminhando as informações e documentos pertinentes. As informações que lhe devem ser transmitidos pelos agentes do mercado e sob sua competência registral, bem como o poder de investigação, constituem mecanismos de controle. Seu poder de fiscalizar o funcionamento do mercado e assegurar a informação ao público, implica em objetivos mais amplos que requerem meios que ultrapassam os contornos do regulamento.

Inferre-se dos dispositivos referidos no item 4.3.2.1 que o poder disciplinar abrange todos os agentes que intervêm no mercado e dizem respeito ao seu funcionamento, qualquer que seja a natureza e fonte produtora das normas, reprimindo inclusive as infrações às regras deontológicas de competência dos Conselhos de Administração. A caracterização do poder disciplinar, elucida Alexandre Travares Guerreiro, radica, na faculdade de apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas, podendo aplicar as penalidades previstas no artigo 11 da Lei nº 6.385/76, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal. Donde se conclui que, a punição administrativa a cargo da CVM é autônoma, independente das conseqüências civis e

penais. Por outro lado, a abrangência do poder disciplinar dimensiona-se em função dos objetivos previstos no artigo 4º da lei. Desta forma, conclui que o exercício do poder disciplinar atinge a todos os agentes do mercado de valores, quer no que diz respeito a atos praticados no mercado de bolsa quer no balcão porquanto "não se concebe poder disciplinar sem o necessário e correlato exercício das atividades de investigação e inspeção" que "no regime da lei são previstas única e exclusivamente com relação a atividade do mercado (72). Todavia, enfatiza, que o objeto das infrações disciplinares suscetível de apuração e punição pela CVM consoantes os incisos V e VI do artigo 9º da Lei 6.385/76, são os atos ilegais e práticas não equitativas quando praticados por administradores ou assemelhados de companhia aberta e "impliquem em prejuízo aos acionistas minoritários ou aos investidores em valores mobiliários e quando a ação omissiva do controlador projete efeitos diretos no mercado de valores mobiliários", ressaltando que "ao direito disciplinar não repugna o *bis in idem*". Por outro lado, o poder disciplinar do Banco Central e o poder disciplinar da CVM podem incidir sobre instituições financeiras que atuem no mercado de valores (73).

#### 5.4 Qualificação da CVM com o órgão regulador.

A independência, como qualificação dos órgãos reguladores (74), implica na análise não só das funções reguladoras tipificadas no item 4, como também da estrutura orgânica propriamente dita, tanto no que se refere à sua natureza jurídica como especialmente no que se refere ao nível de independência no exercício das funções. Portanto, na análise da independência deverão ser ponderados especialmente os aspectos operacionais.

##### 5.4.1 Sob o aspecto orgânico ou estrutural.

Formalmente, as Autoridades Administrativas Independentes não integram a estrutura centralizada nem a administração indireta, embora exerçam funções delegadas do Estado. Desempenham funções do Estado, de acordo com as atribuições fixadas em lei, no âmbito específico de sua atuação. Conseqüentemente, não estão diretamente vinculadas a nenhum dos Poderes do Estado, embora desempenhem funções típicas dos mesmos e, conseqüentemente, sejam passíveis de controles exercidos pelos 3 (três) Poderes através de mecanismos formais (75). Não obstante, além da autonomia interna, dispõe de autonomia funcional representando uma inovação no modo de implementação e execução das políticas públicas em setores específicos Surgiram como um novo mecanismo de operacionalização da atuação interventiva do Estado. Sob o aspecto político, em razão da composição e funções atribuídas, as Autoridades Administrativas Independentes possibilitam a implementação de processos de legitimação e eficácia na medida em que o órgão regulador pode desempenhar um papel de intermediação entre os interesses públicos e privados. Assim, dispõe de potencialidade para captar as aspirações e interesses dos destinatários diretos, da sociedade em geral e do próprio Estado (76).

No caso brasileiro, a CVM integra a estrutura descentralizada do Estado em razão de sua configuração formal como autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda (artigo 5º, da Lei nº 6.385/76). Desta forma, sob o aspecto estrutural, a CVM não corresponde ao modelo organizacional das Autoridades Administrativas Independentes. Todavia dada

a autonomia típica das autarquias, esta deficiência organizacional, por si só, não desqualifica a tentativa de equiparação. Interessa, portanto, analisar a independência a nível operacional. A este respeito, passarei a analisar a procedência dos membros da Comissão, a nomeação, a duração do mandato e os recursos de financiamento do órgão.

##### 5.4.2 Sob o aspecto operacional.

Enquanto na *Commission de Operations de Bourse*, de acordo com a análise de Jean-Louis Autin, verifica-se uma evolução no sentido da maior desvinculação da influência do poder político nos critérios que orientam a nomeação dos membros (77), o mesmo acontecendo no modelo norte-americano (78), no caso da Comissão de Valores Mobiliários, a nomeação é privativa do Presidente da República, sem participação direta ou formal de outros poderes ou mesmo de outros órgãos do Executivo. O único requisito estabelecido em lei consiste em que os membros sejam pessoas "de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais" (artigo 6º, da Lei nº 6.385/76). A respeito da composição da Comissão, não existe determinação legal estabelecendo percentagem de representantes de instituições públicas, categorias profissionais ou da sociedade civil em geral. Neste sentido, dada a ausência de limitação legal, a discricionariedade do Executivo é ampla, podendo portanto dar-se composição que obedeça a interesses unilaterais ou setorializados. Verifica-se, portanto, a ausência de mecanismos que garantam a representatividade do órgão configurando um modelo de operacionalização em que, por um lado, evidencia a sua vinculação direta ao poder político e, por outro, inviabiliza a pretendida função de intermediação. A composição da Comissão pode dar margem tanto à prevalência do corporativismo favorecendo as teses da teoria da captura, quanto a instrumentalização de um modelo de dirigismo estatal. A esse respeito, sob o aspecto teórico e político, discute-se se a composição da Comissão deve polarizar-se na representação dos setores regulados, da sociedade civil global ou se deve combinar ambas as representações com a participação de órgãos estatais. A priorização ou harmonização da representação, sem prescindir da racionalidade e eficácia, deve levar em consideração o componente político e os interesses da sociedade global que suporta as conseqüências do modo de gestão e, do próprio mercado, sensível a qualquer patologia no sistema. Finalmente, a participação do Estado deverá, igualmente, ser dimensionada num nível que possibilite a independência e ao mesmo tempo, viabilize uma atuação diferenciada entre a Comissão e as entidades típicas da administração direta e indireta.

A demissão ad nutum dos membros, no caso da Comissão de Valores Mobiliários, juntamente com a ausência de um mandato definido, vincula o órgão à influência do Poder Político. Esta configuração no modo de operar da Comissão de Valores Mobiliários, evidencia sua vulnerabilidade em razão da sua subordinação aos componentes conjunturais da política pública no setor. Por outro lado, as constantes mudanças nos Ministérios, normalmente acompanhada de substituições nos cargos da hierarquia superior, afeta a independência da Comissão e a autonomia no exercício do mandato de seus membros.

Os aspectos acima mencionados comprometem igualmente a função da intermediação. Sob o aspecto orgânico, a Comissão de Valores Mobiliários, após a

Resolução nº 439, de 20.07.77, está incluída entre as entidades integrantes das Comissões Consultivas Bancárias e do Mercado de Capitais junto ao Conselho Monetário Nacional (79). Por outro lado, nos termos do artigo 6º, § 2º da Lei 6.385/76, o Presidente da Comissão tem assento no Conselho Monetário Nacional com direito a voto. Desta forma, em razão de sua participação nas Comissões Consultivas junto ao Conselho Monetário Nacional e de compor, com direito a voto, o referido Conselho, assim como em razão do âmbito de sua atuação, a Comissão teria condições de desempenhar uma função de intermediação entre os pólos de irradiação de poder e interesses: o Estado, o mercado e a sociedade em geral. Todavia, a vinculação direta ao Poder Político acima enfatizada faz com que a função de intermediação em sua atuação fique prejudicada.

Também sob o aspecto financeiro, a Comissão é dependente do Executivo. Com efeito, o artigo 7º da Lei 6.385/76 estabelece que os recursos para o seu funcionamento provêm: 1º) de dotações de reservas monetárias que lhe forem atribuídas pelo Conselho Monetário Nacional; 2º) de dotações que lhe forem consignadas no orçamento federal; 3º) de receitas provenientes da prestação de serviços, segundo tabela a ser fixada pelo Conselho Monetário Nacional; 4º) das rendas de bens patrimoniais.

A maior parte dos recursos, portanto, tem origem em dotações orçamentárias. Desta forma, embora a Comissão detenha a qualificação de autarquia e como tal, disponha de autonomia, sua dependência financeira em relação ao Executivo representa mais um aspecto negativo à sua pretensão de qualificação como independente.

## 6. Conclusão

Quer em razão de sua qualificação jurídica e configuração orgânica, quer em razão do aspecto operacional, especialmente levando em consideração a composição, o processo de escolha e nomeação de seus membros, bem como da precariedade do mandato e sua demissão ad nutum, a Comissão de Valores Mobiliários resulta fragilizada no exercício de suas funções. Em sua atuação ressam-se da discricionariedade do Poder Político e parece vinculada aos componentes conjunturais da formulação e implementação das políticas públicas no setor. A dependências financeira e a instrumentalização do exercício de suas funções desqualificam qualquer pretensão ao exercício da função de intermediação. A recente qualificação do Conselho de Defesa Econômica (CADE) como autarquia evidencia que, não obstante a Constituição projetar um modelo de organização e gestão pública permeável à diminuição da presença do Estado e à implantação das Autoridades Administrativas Independentes nos padrões de outros modelos de Estado Social e Democrático de Direito, falta visão para uma real e eficiente reformulação da estrutura centralizadora do Estado, típica de um modelo dirigista. A modernização das estruturas parece corresponder mais bem a aspectos puramente externos do que à busca de mecanismos operacionais que introduzam sistemas de participação e que, conseqüentemente, garantam maior operacionalidade, legitimidade e eficiência dos sistemas.

## NOTAS

- (1) AUTIN, Jean-Louis - destaca a pertinência da pesquisa jurídica da regulação por dois tipos de argumentos: sócio-político e doutrinário. O argumento sócio-político é configurado pela constatação da sociologia das organizações de que a gestão dos serviços locais não opera tanto em razão da confrontação da lógica da administração em relação à lógica dos eleitos quanto por mecanismos sutis de coordenação e integração resultantes da cooperação e influência mútua. Tal fato e abordagem foi assumido pelas autoridades, no fim da década de 80, estabelecendo mecanismos de regulação que envolvem simultaneamente procedimentos amigáveis e construtivos através de um diálogo sutil e informal com as administrações. O doutrinário resulta da influência no estudo da regulação tanto pela reflexão marxista que, reconhecendo os limites da análise do direito como representação, fundamentação e mediação específica das relações sociais e a insuficiência para tornar inteligível a maneira através da qual se opera concretamente essa atividade de representação/mediação, passou a considerar o direito como prática social específica e conflitual que não deve ser apreendido unicamente como ordem normativa coativa, como pela evolução do pensamento neoliberal que de acordo com o pensamento de L. Cohen-Tanugi expressado no artigo - *Une doctrine pour la régulation*: in: *Debat*, nº 52, Nov. Dec. 1988, vê na regulação um fator de modernização do Estado iniciada nos Estados Unidos da década de trinta com o objetivo de regular o mercado com um mínimo de intervenção. Com base nestes pressupostos, formula duas hipóteses de pesquisa: Uma abrangente e outra restrita. Seguindo as sugestões de A. Jeammaud, o direito assume globalmente, como fenômeno regulador. A este respeito, a pesquisa centra-se na análise de regulação em todos os mecanismos e instituições jurídicas do presente e do passado e situa o direito em relação a outras disciplinas reguladoras. Tal abordagem, implica: 1º) em identificar o papel da regulação no direito estudando as diversas formas de regulação recorrendo para tanto ao quadro teórico de J. Chevallier (*Les enjeux de la dérégulation*, RDP, 1987) destacando que o intervencionismo do Estado pode revestir a forma direta e bruta da gestão pública ou manifestar-se através de regulamentações (intervencionismo normativo a que se refere F. Dupuy - J. Cl. Thoenig - *L'administration enmisttes*, Fauard, 1985) ou finalmente, harmonizar condutas sociais através de mecanismos de influência que resulta mais econômica, mais flexível nos efeitos e mais eficaz nos resultados, conforme a indicação de Chevallier. 2º) identificar a parte do direito na regulação, através das interações e o papel do direito em relação a outros fatores de mediação dos conflitos e ajustamento dos comportamentos. Estudam-se os processos de regulação diferenciando o direito do não-direito. Neste caso, a regulação é analisada sob a idéia de influência. A hipótese restrita limita a pesquisa às instituições e técnicas jurídicas que expressam a forma mais elaborada de regulação combinando-se o direito com outros mecanismos para obter o ajustamento à harmonização dos comportamentos. As instituições típicas no ramo do direito administrativo, nesta abordagem, são as Autoridades Administrativas Independentes (Jean-Louis Autin - *L'Irruption de la Regulation dans la Sphera du Droit*: In-Centre d'études de recherche fur la théorie de l'Etat - */Certe II - Regulation*, pg. 10-24).

- (2) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reproduzindo o pensamento da Raymond Barre na obra *Economie Politique*, PUF, Paris, 1957, T.I, a respeito dos sistemas de economia descentralizada e centralizada, destaca suas características básicas. A economia descentralizada caracteriza-se por: 1º) ser "uma economia de mercado, constituída por redes de troca entre centros de produção, de oferta de fatores e de consumo, ligados por uma solidariedade funcional", qualificada como "economia multipolar". 2º) ser "uma economia de cálculos em moeda". Os preços, relações entre bens e moeda, expressam e medem as tensões de escassez da vida econômica, traduzem as necessidades e pretensões entre as quais se instaura o equilíbrio econômico". 3º) ser "uma economia de empresa, a unidade econômica de produção que assegura a ligação entre as necessidades de bens e serviços e os mercados de fatores de produção". 4º) é uma economia em que o Estado exerce somente uma intervenção indireta e global" respeitando a liberdade do mercado. "A economia é somente orientada". A economia centralizada, caracteriza-se: 1º) por funcionar "a base de injunções" de forma a que "todas as ações econômicas estão submetidas a um conjunto de ordens em números, endereçadas pelo Estado, único centro de decisões". Qualifica-se por ser "economia unipolar". O Estado "determina os objetivos da economia, os meios para atingir esses objetivos e fixa o período de realização". 2º) "É uma economia de unidades técnicas de produção" em que desaparece a empresa e o empresário e são substituídos pelos técnicos incumbidos de executar as ordens sobre o volume da produção. 3º) "É uma economia de cálculos técnicos e objetivos operacionalizada através de avaliações administrativas" (Ferreira Filho, G.Manoel. *Direito Econômico Constitucional*. Saraiva. São Paulo, 1990, pag.9.
- (3) EIZIRIK, L. Nelson - *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, Rio, IBEMEC, 1977. O autor, para equacionar a especificidade de regulação do mercado de capitais no Brasil, sintetiza os critérios básicos de dois macro-sistemas de regulação: o modelo americano e o modelo inglês. Enfatiza que o modelo americano serviu de paradigma para o modelo francês e italiano e, através destes, do modelo brasileiro.
- (4) Deve destacar-se a este respeito, o poder de auto-regulação exercido historicamente pelas Bolsas de Valores e reconhecido pelo sistema legal vigente.
- (5) Na experiência dos Estados Unidos, quer em razão do modelo de organização social e funções do Estado, quer em razão de experiências históricas, as *Independent Regulatory Commissions* são uma realidade. A este respeito, Laurent Cohen - Tanugi, na obra - *Le Droit sans L'Etat*, Paris, PUF, 1985, traça as linhas dos pressupostos sócio-político-culturais das formas de regulação não estatal em contraposição a uma visão estatizante predominante na França. Paulo Tesouro, na obra - *Le Independent Regulatory Commissions - Organi di Controllo dei Publici Servizi Negli Stati Uniti*, Napoli, ed. Jovene, 1966 - estuda a natureza dos poderes das instâncias reguladoras.
- (6) A configuração teórica das *Autoridades Administrativas Independentes* é objeto específico de estudo de Jean - Louis Autin nos artigos *Du Juge Administratif aux Autorités Administratives Independentes: Un Autre Mode de Régulation* - in: RDP, 1988, pag. 121401227; *illusions et vertus de L'Etat de droit administratif*. In: *L'Etat de Droit-Travaux de la Mission sur la Modernisation de L'Etat*. PUF-Questions-1987. Da mesma forma, J.Gazier/Y.Cannac-*Les Autorités Administratives Independentes* E.D.C.E., nº 35,1983-1984, e Gilles de Margerie - *Un nouveau type d'autorités*. In: *Le Debat*, nº 52 (nov-dec) 1988, pag. 87-97. A respeito da oportunidade e incremento das *Autoridades Administrativas Independentes*, nos países do sistema continental, destaca Jean Louis Autin ser resultado da crise do Estado Providência evidenciada pelo excessivo custo de intervenção, a disfuncionalidade da burocracia administrativa e a necessidade de modernização dos serviços públicos de forma a torná-los mais eficientes e racionais. Desta forma, deseja-se um Estado mais flexível e mais próximo da sociedade. As *Autoridades Administrativas Independentes* oferecem um modelo de organização de menor custo, mais eficiente e mais próximo da sociedade, na medida em que superam os impasses do modelo representativo através de mecanismos de participação direta, a participação de poderes legislativos, judiciais e administrativos exercidos sem vinculação direta a nenhum Poder e passíveis de controle tanto social quanto formal (in: *Teoria da Regulação e as Autoridades Administrativas Independentes*, Conferência proferida na PUC/RJ, março/1992).
- (7) EIZIRIK, L. Nelson - *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, Rio, IBEMEC, 1977, pag. 29
- (8) MOREIRA, Vital - *A Constituição Econômica*. Coimbra Editora, 1979. O Autor distingue sistema e forma econômica, de economia concreta que implica na realização de um ou mais sistemas e formas econômicas e, neste sentido, equivale a modelo econômico. pag. 46-50.
- (9) A este respeito cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conforme referência da nota 2.
- (10) GRAU, Eros, Roberto - *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 Interpretação e Crítica*, São Paulo, Ed.RT, 1990, pag. 220-232.
- (11) ASENJO, Oscar de Juan - *La Constitución Economica Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 às pags. 135-152, esclarece que o termo economia de mercado é polivalente, podendo ser identificado: 1º) com o capitalismo tradicional o que implica que o setor público submete-se ao princípio da subsidiariedade e constitui-se em guardião da produtividade da empresa e elimina a possibilidade de intervenção nos conflitos entre agentes econômicos; 2º) com a economia de mercado socialmente orientada e operacionalizada, quer num modelo aberto, quer num modelo concreto tal como entendido pela escola de Freiburg segundo o qual a essência da economia de mercado está na descentralização. A coordenação das decisões individuais e a direção do processo econômico está a cargo dos preços que se formam espontaneamente nos mercados competitivos pelo

livre jogo da oferta e procura. O papel do setor público consiste em criar as condições e regras para o funcionamento do mercado. Neste caso, a intervenção somente se justifica na disfuncionalidade do sistema. 3º) identificando o mercado como uma técnica instrumental. A expressão economia de mercado seria uma categoria suscetível de ser combinada com múltiplos sistemas econômicos. Neste sentido tanto é aplicável ao sistema capitalista em sua fase de acumulação primitiva, como na fase monopolística. Também poderia aplicar-se, embora pareça contraditório, ao sistema implantado anos atrás nos países do leste, porque ali, segundo o entendimento dos partidos comunistas, também existiam relações de mercado. 4º) entender a economia de mercado como um estilo de economia descentralizado e desconcentrado, entendendo-se a desconcentração como o estabelecimento das bases para o controle do monopólio, como pressuposto para manter a livre concorrência, e a descentralização, como o reconhecimento de iniciativa própria aos agentes econômicos, garantindo-lhes a liberdade de consumo, trabalho e de empresa, subordinados sempre ao interesse geral.

- (12) MOREIRA, Vital - ob. cit., pag. 136-143
- (13) Sob este aspecto elucidativa a análise de Max Weber, sobre as associações economicamente orientadas, oferecendo a seguinte tipologia: a.) com gestão econômica acidental (Estado-Igrejas-comunidades educativas); b.) associações econômicas (companhias mercantis, cartéis, sindicatos); c.) associações reguladoras (comunidade de marcas, grêmios, associações patronais, as aldeias e cidades medievais); d.) associações ordenadoras, típicas do Estado de direito que regulando apenas formalmente os conflitos, deixa a gestão econômica das atividades individuais a autodeterminação dos interessados. In: *Economia y Sociedad*, México, FCE, 1976, vol. I, pag. 55.
- (14) Trubek, David e outros - *O mercado de Capitais e os Incentivos Fiscais*, Rio de Janeiro, APEC, 1971.
- (15) WEBER, Max - *Economia y Sociedad*. México, FCE, 1976, pag. 62 e segs. Comentando as modalidades de regulação, Nelson Eizirik, aquilata que as duas primeiras, correspondem a sociedades primitivas, enquanto as duas últimas são típicas das economias capitalistas - ob.cit., pag. 21.
- (16) EIZIRIK, L. Nelson - Sintetiza a controvérsia entre a teoria do interesse público e a teoria da captura. Para a teoria do interesse público a regulação dos mercados é uma resposta à demanda por parte do público de correção de práticas ineficientes ou pouco equitativas. Embora reconheça que muitas imperfeições do mercado não são passíveis de remoção pela regulação devido a falhas na legislação, sustenta que a sociedade necessita das agências reguladoras para defendê-la de dois agentes atípicos: o eventual comerciante inescrupuloso ou monopólios e o ocasional político corrupto. O mecanismo corretor, seriam as agências independentes, especializadas e apolíticas. Todavia, reconhece-se que certos resultados indesejáveis podem resultar da ação dos grupos influentes. Desta forma, a teoria

do interesse público não consegue controlar e canalizar o poder inerente aos grupos de interesse. A teoria de captura sustenta que a regulação representa uma resposta às demandas dos grupos de interesse organizados, atuando para maximizar seus interesses e destaca a importância destes na formulação da política pública, da qual faz parte a regulação dos mercados. Partindo do pressuposto do pluralismo, concebe o sistema político como balança do poder entre os diversos grupos. In: *O Poder do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, pp. 38-44.

- (17) Como paradigmas externos, o Estado pode abster-se de estabelecer qualquer controle, sendo a regulação resultado das leis do mercado ou dirigir por inteiro as forças do mesmo. Na economia descentralizada, a regulação estatal, direta ou através de agências especializadas, parte do princípio de que o mercado operacionaliza a livre iniciativa e deve ser preservado estabelecendo, porém, limitações aos participantes com o objetivo de eliminar ou reduzir comportamentos que obstruam, impeçam ou eliminem as condições de concorrenciaisidade.
- (18) EIZIRIK, L. Nelson - *O Poder do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio, IBEMEC, 1977, pag. 54-56. Do mesmo autor - *Regulação e Auto-Regulação do Mercado de Valores Mobiliários*. In: RDM, nº 48 (outubro-dezembro) 1982, pag. 48-49, reproduzindo o pensamento de James H.Lorie - *Public Policy for American Capital Markets Washington*, Dep.Of the Tesoure, 1974.
- (19) EIZIRIK, L. Nelson - *Regulação e Auto-Regulação do Mercado de Valores Mobiliários*. In: RDM, nº 48 (outubro-dezembro) 1982, pag. 50.
- (20) A lei nº 4.595/64 "dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional".
- (21) A Lei nº 4.728/65, disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para seu desenvolvimento.
- (22) A Lei nº 6.385/76 "dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.
- (23) Nos termos do artigo 192 da Constituição de 1988, o sistema financeiro deverá ser "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade", sendo matéria da Lei Complementar que disporá inclusive sobre: autorização e funcionamento das instituições financeiras, estabelecimentos de seguros, previdência e capitalização, a organização, funcionamento e atribuições do Banco Central e requisitos para a designação de membros de sua diretoria e demais instituições financeira. Todavia, enquanto não

for promulgada a referida Lei Complementar, por processo de recepção, continua em vigor a Lei 4.595/64.

- (24) Artigos 2º, 3º e 4º, da lei nº 4.595/64.
- (25) As atribuições do Banco Central são especificadas nos artigos 10 e 11 da Lei 4.595/64.
- (26) Atribuições previstas na Lei 4.728/65, artigos 3º, I, II, III; artigo 8º, § 2º, artigo 11, 29 e 49 caput.
- (27) Artigos 3º, IV, V, VI; artigo 12, 19, II, 15 § 2º e 21.
- (28) Artigos 3º, I, IV, VII, VIII, X; artigo 49, § 3º.
- (29) Artigo 44, § 8º, da Lei 4.595/64.
- (30) Artigo 19, da Lei 4.595/64.
- (31) Artigo 45, da Lei 4.595/64. A Lei 6.024, de 13.03.74, regula o regime de intervenção e liquidação extrajudicial, atingindo também as cooperativas de crédito.
- (32) O artigo 155, da lei 6.404/76, estabelece o dever de sigilo sobre qualquer informação não divulgada para o administrador da Companhia aberta, conselheiros e diretores, e proíbe a utilização das mesmas para obter para si ou para outrem, vantagem mediante a compra ou venda de ações. A Instrução CVM 31/84 explicou que o dever do sigilo atinge também os acionistas controladores. cf. item 4.2.
- (33) Nos termos do artigo 1º, incisos I a IV, as Bolsas de Valores são associações civis sem fins lucrativos. Suas funções básicas são a de servir de encontro para a realização das transações e preservar elevados padrões éticos de negociação para seus membros e empresas emissoras listadas nas bolsas, podendo aplicar penalidades aos comportamentos que não se coadunam com tais padrões.
- (34) Atualmente está em vigor a Resolução nº 1.656, de 26 de outubro de 1989. A aquilatação do poder de auto-regulamentação e da autonomia das bolsas em relação a entidade governamental será analisada no contexto da sistemática introduzida com a criação da Comissão de Valores Mobiliários, no item seguinte.

- (35) Artigo 1º, incisos I a VI.
- (36) De acordo com o artigo 3º, o Conselho Monetário Nacional, define a política a ser observada na organização e funcionamento do mercado, regula a utilização do crédito, define as atividades da CVM e fixa a orientação geral a ser observada pela mesma, bem como aprova o Quadro e o Regulamento de Pessoal e fixa a retribuição de seus membros e servidores.
- (37) A regulação do mercado de capitais passa a ser exercida pela CVM, ressalvada a competência do Banco Central, naquilo que a lei lhe atribuir especificamente. A competência do Banco Central, portanto, neste setor é residual (parágrafo único do artigo 3º).
- (38) As Bolsas de Valores dispõe de competência em relação a seus membros e aos valores nelas negociados (artigo 8º, § 1º), o que implica que gozam de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (artigo 17). Todavia operam sob a supervisão da CVM e, como órgãos auxiliares seus, tem a atribuição de fiscalizar os respectivos membros e as operações nelas realizadas (parágrafo único do artigo 17).
- (39) O mercado de valores mobiliários constituiu-se pelas ações, partes beneficiárias e debêntures ou cupons desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores; outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas a critério do CMN (artigo 2º, I, II, III). ficam excluídos os títulos da dívida pública e os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira exceto as debêntures (parágrafo único, I, II).
- (40) Artigo 15, I, II, III, IV.
- (41) Artigos 19-21
- (42) Artigos 23-25
- (43) Artigos 26-27
- (44) Artigo 8º, I
- (45) Artigo 8º, II

- (46) Artigo 8º, III, V
- (47) Artigo 17
- (48) WALD, A/EIZIRIK, N - *O regime jurídico das Bolsas de Valores e sua autonomia frente ao Estado*. In: *Revista de Direito Mercantil*, nº 61 (janeiro-março) 1986, pag. 6.
- (49) LABORDA, Rafael - *La Bolsa de Valores en el Mundo*. Bilbao, Deusto, 1980, pag. 74.
- (50) Nos Estados Unidos até o advento do *Securities Exchange Act*, as Bolsas não estavam sujeitas a qualquer regulamentação governamental, exercendo autoridade absoluta sobre seus membros. Configuravam-se como clubes de negócios inteiramente autônomos. Com a Lei de 1934 foram institucionalizadas como entidades privadas aptas a promover as necessárias condições de negociabilidade dos títulos, embora sob a supervisão governamental através da *Securities and Exchange Commission*. No sistema legal brasileiro, "as Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa" (artigo 1º da Resolução nº 1.656, de 26.10.89). Trata-se portanto, de entidades civis, pessoas jurídicas de direito privado, exercendo funções próprias (incisos I a IX do artigo 1º acima referido) e outras delegadas do Poder Público, como a função de fiscalizar, sob a supervisão da CVM (artigo 17, da Lei 6.385/76).
- (51) WALD, A/EIZIRIK, N - Ob. cit., pag. 11, cf. Comparato, K. Fábio - *Natureza Jurídica das Bolsas de Valores e delimitação de seu objeto*. In: RDM, nº 60 (outubro-dezembro) 1985, pag. 45-53.
- (52) MIRANDA, Pontes de - *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Ed.RT, T.LII, § 5.453, pag. 227.
- (53) CRETELLA Junior, José - *Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1977, pag. 53.
- (54) EIZIRIK, L. Nelson - *Regulação e auto-regulação no Mercado de Valores Mobiliários*. In: RDM nº 48, pag. 58-59. Idêntico entendimento sustenta Ary Oswaldo Mattos Filho. *A natureza jurídica das Bolsas de Valores*. In: *Rev. da Comissão de Valores Mobiliários*, vol. 3, nº 7, pag. 25.
- (55) A este respeito existem dois modelos tipo de auto-regulação. O modelo de auto-regulação voluntário consagrado na Inglaterra, no qual as Bolsas auto regulam o comportamento de seus membros, sem qualquer interferência do Estado, voltadas para a institucionalização de práticas equitativas consagradas pelo uso e o modelo

- introduzido nos Estados Unidos em 1934, através do *Securities Exchange Act* em que as Bolsas passam a ser tuteladas pelo Estado, delegando-lhes certos poderes reguladores, passando a atuar como entidades reguladoras, por exigência da lei. Noutros termos, o ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que lhes reconhece autonomia interna, atribui-lhes poderes de regulação e fiscalização sobre seus membros em sua atuação no mercado.
- (56) WALD, A/EIZIRIK, L. Nelson - *O regime jurídico das Bolsas de Valores e sua autonomia frente ao Estado*. In: RDM nº 61 (janeiro-março) 1986, pag. 17-18. cf. EIZIRIK, L. Nelson - *Regulação e Auto-Regulação no Mercado de Valores Mobiliários*. In: RDM nº 48 (outubro-dezembro) 1982, pag. 58.
- (57) A este respeito a Instrução nº 8, de 08.10.1979 regula as condições artificiais de demanda, oferta ou preço.
- (58) O § 4º do artigo 157 da lei 6.404/76 determina que "os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à Bolsa de Valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia". O artigo 155, § 1º, estabelece que o administrador da companhia aberta e obrigado a "guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido vinculada para conhecimento do mercado, obtida em razão de seu cargo e capaz de influir de modo ponderável, na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários". A norma obriga diretores, membros dos conselhos de administração e fiscal ou consultivo (artigo 145, 160, 165).
- (59) A respeito do *caput* do artigo 11 comenta Nelson Eizirik que "foi nitidamente inspirado na Lei Francesa 70. 1.208, de 23.12.70, na qual estão incluídos, na categoria de insider, as pessoas que obtém a informação confidencial por força de sua função ou atividade profissional. A *Commission des Opérations de Bourse*, órgão encarregado da regulação do mercado de capitais naquele país, considera que tal extensão do conceito deve incluir, na categoria de insider, os empregados da companhia, as instituições financeiras, analistas e consultores de investimento, funcionários públicos, etc." Em relação ao parágrafo único sustenta que "foi inspirado na famosa "rule 10 b.5", da *Securities and Exchange Commission* norte-americana que considera ilegal a conduta de qualquer pessoa que ao negociar com ações, preste informações falsas ou incorretas ou omita um fato relevante". In: *A Instrução CVM 31/84 e a Regulação do Insider Trading*, RDM (julho-setembro) 1984, pag. 172, nota 3.
- (60) EIZIRIK, L. Nelson - ob. cit., pag. 172-173.

- (61) Instrução 31/84, artigos 6,7,8,13,14,15
- (62) Sobre *Insider Trading* no direito brasileiro e seu tratamento jurídico tomando como referencial de análise o modelo americano cf. MUSSNICH, Francisco - *A utilização desleal de informações privilegiadas - insider trading - no Brasil e nos Estados Unidos*. In: RDM, nº 34 (abril-julho), 1979, pag. 31-52; COMPARATO, Konder, Fábio - *Insider Trading: Sugestões para uma moralização do nosso mercado de capitais*. In: RDM, nº, 1971, pag. 41-50; EIZIRIK, Nelson - *Insider e a responsabilidade do administrador*. In: RDM, nº50 (abril-junho), 1983, pag. 42 e segs.; VALD, Arnaldo - *A divulgação de informações na aquisição do bloco substancial de valores mobiliários*. In: RDM, nº 42 (abril-junho) 1981, pag. 9-16. A Lei nº 7.913, de 07.12.80, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, precisamente: a.) quando ocorrer operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preço ou criação condições artificiais de mercado; b.) quando ocorrer omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la ou prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa; c.) compra ou venda de valores por parte de administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante não divulgada (artigo 1º, incisos I, II e III).
- (63) COMPARATO, Konder, Fábio - *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio, Forense, 1981, pag. 301.
- (64) TESAURO, Paulo - *Le Independent Regulatory Commissions. Organi di Controllo dei Pubblici Servizi Negli Stati Uniti*, Napoli, Ed. Jovene, 1966.
- (65) AUTIN, Jean-Louis - *Illusions et vertus de L'Etat de droit administratif*. In: *Travaux de la Mission sur la Modernisation de l'Etat*. Puf. Questions, 1987, pp. 168-169
- (66) MARGERIE, Gilles - *Un nouveau type d'autorités*. In: *Le Debat*, nº 52 (nov.-dezembro) 1988, pp. 92-93.
- (67) AUTIN, Jean-Louis - *Du Juge Administratif aux Autorités Administratives Independantes: Un autre mode de régulation*. In: RDP, 1988, pag. 1220-1225.
- (68) AUTIN, Jean-Louis - *La Réforme de la Commission des Opérations de Bourse - la Consécration d'une Instance Régulatrice*.
- (69) ROCHA, M.B. Bolívar - *O Poder Normativo dos Órgãos da Administração. O Caso da Comissão de Valores Mobiliários*. In: RDM, nº 64 (outubro-dezembro) 1986, pag. 62

- (70) BANDEIRA DE MELLO, A. Celso - *Natureza e regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Ed. RT., 1968, pag. 226
- (71) ROCHAS, M.B. Bolívar - ob. cit., pag. 63-64
- (72) GUERREIRO, T. José Alexandre - *Sobre o Poder Disciplinar da CVM*. In: RDM, nº 43 (julho-setembro) 1981, pag. 64-69
- (73) GUERREIRO, T. José Alexandre - ob.cit., pag. 68-70. Prática não equitativa, a que se refere o artigo 9º, da Lei 6.385/66, nos termos da Instrução CVM nº 8, de 08.10.79, é aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação.
- (74) *Autoridade Administrativas Independentes*, no modelo orgânico francês e *Independent Regulatory Commissions*, no modelo norte-americano. cf. nota 5 e 6.
- (75) Cf. notas 64 e 68
- (76) Manuel García Pelayo discorrendo sobre as relações entre o Estado e a Sociedade enfatiza que "atualmente Sociedade e Estado, tanto nos países industrializados como nos países em desenvolvimento não podem definir-se como dois sistemas, cada qual auto-regulado, mas como dois subsistemas completamente interdependentes, vinculados e condicionados por um número crescente de interrelações" tendo como resultado a transformação da estrutura e função do Estado.
- Por outro lado, a respeito da influência da sociedade no Estado, destaca que "a sociedade atual é uma sociedade organizacional estruturada em organizações, na qual os objetivos individuais e os coletivos somente podem atingir-se através das organizações". Desta forma, conchui "à mediação e freqüente mediatização dos partidos, acrescenta-se a mediação das organizações como mecanismos de acesso da sociedade à participação nas decisões do Estado". Em razão destes fatores, tem surgido intentos de institucionalização que superam a idéia de representação política, tendo como resultado a proliferação de Conselhos, comitês e comissões, cuja eficácia prática é variável de país para país, e dentro de cada país. In: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 1988, pag. 126-140.
- (77) A este respeito Jean Louis Autin destaca a evolução que se operou na *Comission des Opérations de Bourse*. Originalmente todos os membros eram designados pelo poder político, mas especificamente, o Presidente, por indicação do Conselho de Ministros e os demais, pelo Ministro de Economia e Finanças, além do Comissário

Geral do Governo. O Projeto prevê que, a exceção do Presidente da Comissão e do Comissário Geral do Governo que deverão continuar sendo prerrogativa do executivo, os outros sete membros serão designados da seguinte forma: um pelo governador da Banca; um pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado; um pelo Presidente da Corte de Cassação; um pelo Presidente do Tribunal de Contas; dois pelas autoridades do mercado (Conselho de Bolsas e Conselho de Mercado a termo) e, o último, escolhido pelo colegiado entre profissionais. No que diz respeito à composição constata-se assim mesmo evolução. Enquanto a Ordenança de criação de 1967 previa que dois dos quatro membros seriam escolhidos em razão do critério de experiência no exercício de uma profissão que tivesse como objeto a realização de operações de bolsas, desde 1970 a Comissão oferece a seguinte composição: um advogado geral indicado pela Corte de Cassação; um representante das bolsas e, um último das empresas corretoras. Finalmente, no projeto de reforma prevê-se que além do presidente, quatro dos oito membros, representarão instituições públicas de caráter administrativo ou financeiro. Esta composição evidencia uma tendência a estabelecer uma relação estreita entre sociedade política e sociedade civil, dando à Comissão o perfil de um órgão regulador, o que é reforçado com a ampliação e irrevogabilidade do mandato, garantindo-lhe maior estabilidade. In: *La Réforme de la Commission des Opérations de Bourse. La Consécration d'une instance regulatrice* pp. 3-4

(78) ROCHA, B.M. Bolivar - ob. cit., pag. 60-61

(79) Este dado é importante porquanto O Conselho Monetário Nacional, nos termos do artigo 7º, § 1º da Lei 4.595/64, é obrigado a ouvir previamente as Comissões Consultivas, cujos representantes são escolhidos pelas entidades (artigo 7º, § 2º, da Lei 4.595/64).

## PROPRIEDADES REGULADORAS DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL (\*)

Ana Lucia de Lyra Tavares (\*\*)

**SUMÁRIO:** Observações preliminares. 1.0 potencial regulador de certos instrumentos processuais 1.1. A colocação em cheque dos poderes do Estado para fins de exercício dos direitos fundamentais. 1.1.1 O mandado de injunção 1.1.1.1 Relações entre o Estado e a Sociedade Civil 1.1.1.2. Relações interpoderes. 1.1.2. A ação de inconstitucionalidade por omissão. 1.1.2.1. Relações entre o Estado e a Sociedade Civil. 1.1.2.2 Relações interpoderes. 1.2. O alcance coletivo das decisões judiciais. 1.3. O alargamento do campo de proteção dos interesses. 2. O emprego desses instrumentos processuais. 2.1. A sua utilização pelo cidadão e por grupos. 2.2. Reações do Judiciário. 2.2.1. Dificuldades de técnica legislativa. 2.2.2. Diversidade de interpretação. 2.2.3. Tipos de reação. 2.3. Efeitos (des)reguladores desse emprego. 2.3.1. Nas relações Estado/Sociedade Civil. 2.3.2 Nas relações interpoderes. Reflexões finais.

### Observações preliminares:

Em nosso trabalho, situamo-nos em pleno campo da regulação estatal. Trata-se, por conseguinte, de examinar o emprego dos meios de que dispõe o próprio Estado para coordenar, de modo mais satisfatório, ordens distintas e independentes, tais como a sociedade civil em relação às instituições públicas e os poderes executivo, legislativo e judiciário em suas relações recíprocas.

É certo que a previsão constitucional desses meios decorre da preocupação do constituinte com a eficácia do Estado-Providência, em plena crise, como descreve, em termos precisos, o Professor Xavier Arbòs, da Universidade de Barcelona. (1)

Com efeito, a ampliação crescente das demandas, nos mais variados setores a que se atribui ao Estado prover, não corresponde aos elementos de que é dotado, sobretudo em matéria de Administração Pública. Se isso é facilmente constatado nos países em que não faltam recursos humanos e materiais, naqueles em desenvolvimento o quadro é, sem dúvida, mais sombrio. Poder-se-ia pensar que o senso da realidade fizesse com que os

(\*) Texto elaborado em 1991, no âmbito da pesquisa "Regulação e Direito", no quadro do Acordo CAPES/COFECUB 098/89, firmado entre a PUC-RJ e a Universidade de Montpellier.

(\*\*) Professora-Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da FUC-RJ.

dirigentes desses últimos países se afixassem propósitos mais modestos, de realização mais provável. Sabe-se que tal não é o caso. Se fizermos um cotejo de Constituições contemporâneas, como as da Espanha (1978), Portugal (1976 e suas revisões), Itália (1947), Alemanha (1949) e, até mesmo a da França de 1958, com sua remissão às Declarações de Direitos, com aquelas de países em desenvolvimento, como a do Peru (1979) e a do Brasil de 1988, a semelhança dos objetivos a atingir, sobretudo no campo dos direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, pode ser, de pronto, observada.

Entretanto, esta constatação não mais surpreende, uma vez que não se ignora a crença tradicional desses países no poder transformador que a imitação de textos legais, provindos de contextos mais avançados, pode acarretar (2). E esta mística vale, igualmente, como se sabe, para a área do direito privado (3), embora menos permeável às influências exógenas que a do direito público. Inegavelmente, as experiências de recepção de direitos revestem-se de extrema importância para a compreensão do direito brasileiro, pródigo em efetuar transplantes legais (4).

É bem verdade que, se de uma lado, a tendência ao irrealismo jurídico tem-se mantido ao longo de nossa história constitucional, fortalecida, nos dias de hoje, pelas facilidades de comunicação e intensificação do intercâmbio internacional, de outro lado, nota-se que os legisladores e juristas, em geral, preocupam-se, cada vez mais, com a eficácia das normas, para não deixá-las tornarem-se letra morta, verdadeiras leis-espetáculo, na expressão feliz retomada pelo Professor Arbòs.

Esta preocupação vem ao encontro das posições defendidas pelos movimentos da sociedade civil (grupos sócio-profissionais, associações de bairro, comunidades religiosas, entidades culturais, minorias de ordem vária, etc) a qual se organiza e reivindica o exercício de seus direitos.

No atendimento a esse objetivo, uma das vias adotadas foi a previsão de instrumentos ou mecanismos processuais, verdadeiras ações, cuja finalidade principal é a de assegurar resultados concretos às disposições normativas, com natural destaque para as de matriz constitucional. Esta solução não é nova, mas é notório que a Constituição de 88 superou os demais Diplomas Magnos, não apenas guiando ao patamar constitucional ações já previstas em nível de lei ordinária, como foi o caso da ação civil pública, mas também prevendo outros instrumentos destinados a garantir a implementação dos direitos fundamentais.

O Estado, portanto, se deu conta que era necessário colocar à disposição dos cidadãos e da sociedade como um todo, os meios que lhes permitiriam exercer os direitos proclamados na Constituição, mesmo que isso implicasse uma autolimitação em seus poderes. A eficácia desses meios somente pode ser verificada à luz do emprego correto ou não, por parte daqueles que os utilizam, bem como sob o ângulo dos resultados alcançados junto ao Judiciário, perante o qual eles se fazem valer.

Relembre-se, a propósito, que não obstante os inconvenientes, freqüentemente invocados, de recurso à Justiça, sobretudo em termos de custo elevado e de lentidão, refletidos no adágio popular "mais vale um mau acordo do que uma demanda judicial", o número de causas a que a ela são submetidas não cessa de aumentar. Isso se deve, não apenas à excessiva produção normativa desse Estado-Providência, mas também à confiança que o povo, de modo global (9), continua a depositar no Judiciário. Ora, se a esta demanda social crescente não corresponder a ação deste poder, em termos de

eficácia, não surpreende que as análises sobre a crise do Judiciário proliferem. Para contorná-la, o próprio Estado previu instâncias especiais destinadas a dirimir conflitos de menor complexidade, com procedimentos mais rápidos, como no caso dos Juizados de Pequenas Causas, ou ainda, mecanismos processuais que possibilitam o ajuizamento de ações coletivas, evitando, assim, a pulverização das demandas. Ilustram este tipo de estratégia a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo. (10)

### 1. O potencial regulador de certos instrumentos processuais

Tendo em mente a noção de regulação, tal como enunciada por G. Ganguilhem, que a considera como o ajuste, segundo alguma regra, de uma pluralidade de movimentos ou atos cuja diversidade ou sucessão torna, a princípio, reciprocamente estranhos (11), pensamos ser possível identificar, em certos instrumentos processuais, introduzidos pela Constituição de 1988, propriedades reguladoras. Esta opinião decorre do reconhecimento que estes instrumentos, verdadeiras ações, foram previstos para melhor ajustar ordens independentes, *i.e.*, o Estado e a Sociedade Civil, bem como os três poderes - legislativo, executivo e judiciário - igualmente independentes, que compõem a estrutura estatal.

Vejamos, pois, o potencial regulador de cada uma dessas ações, ou seja, a capacidade que elas possuem de promover um ajustamento mais satisfatório entre as ordens acima referidas.

#### 1.1 A colocação em cheque dos poderes do Estado para fins de exercício dos direitos fundamentais.

Das ações introduzidas pela CF 88, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão apresentam-se, em nosso entender, como as mais adequadas para colocar em cheque os poderes estatais, para o fim de bem caracterizar suas responsabilidades na implementação dos direitos fundamentais.

##### 1.1.1. O mandado de injunção

Como não se ignora, está previsto este instituto no art. 5º, LXXI, da CF 88, nos seguintes termos:

"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

De origem anglo-saxã, não apenas do ponto de vista semântico, mas igualmente sob o aspecto ético, tomado este último termo no sentido de valorização dos casos concretos, o mandado de injunção foi posto ao alcance dos cidadãos e dos grupos sociais para permitir-lhes obter, junto ao Judiciário, decisões que lhes assegurem, diretamente, o exercício de seus direitos fundamentais, no caso de a lei, em sentido lato, da qual a implementação desses direitos depende, não ter sido ainda editada (12).

Não entraremos na análise técnica dessa ação, objeto, por sinal, de copiosa literatura, pois que assim fazendo estaríamos nos afastando do nosso objetivo principal que é o de dar ênfase aos aspectos que nos parecem vincular-se mais diretamente ao processo de regulação, os quais passamos a focalizar.

#### 1.1.1.1. Relações entre o Estado e a Sociedade Civil

Este instrumento processual permite o exercício imediato dos direitos de cidadãos ou de grupos sociais sem que seja necessário aguardar-se o funcionamento do aparelho legislativo ou do executivo, conforme a origem da omissão normativa, para a efetivação do direito constitucionalmente assegurado.

Recorde-se que esta ação está ao alcance não apenas dos indivíduos, mas também dos grupos, pois que pode ser utilizada em litisconsórcio ou por associações, devidamente reconhecidas, na defesa dos interesses de seus membros (art. 5º, XXI), o que, para muitos justifica o reconhecimento do mandado de injunção em sua forma coletiva.(13)

#### 1.1.1.2. Relações interpoderes

No tocante ao executivo, o efeito da decisão judiciária deve ser imediato, restrito, contudo, às partes em causa, não se cogitando de atribuir-lhe efeitos *erga omnes*. A autoridade da qual depende o exercício do direito é obrigada a obedecer a esta decisão, tomada após um processo sumário, tal qual o adotado para o mandado de segurança e comportando decisões provisórias, similares às do processo de *référé* do direito francês.

Quanto ao legislativo, esta ação tem antes efeito moral, *i.e.*, o de evidenciar a omissão dos parlamentares perante seus eleitores e a sociedade como um todo.

Na verdade, o mandado de injunção, tal como concebido pelo constituinte, faz sobressair o papel do Judiciário na implementação do Texto Constitucional, cabendo-lhe pressionar os dois outros poderes para que desempenhem suas funções.

#### 1.1.2. A ação de inconstitucionalidade por omissão

Recepcionada do Texto Constitucional português de 1976, esta ação permite que certas pessoas e entidades indicadas no art. 103, da CF 88, entre elas as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, possam recorrer ao Supremo Tribunal Federal, para solicitar a edição, pelo poder competente, de medida necessária para tornar efetiva uma norma constitucional.

Esta ação é a contrapartida da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no mesmo artigo, que visa a suspender a eficácia de diplomas que contrariem a Constituição. Uma serve, pois, para declarar a omissão, a inexistência de atos normativos necessários à efetivação de um direito fundamental; a outra destina-se ao controle direto, em tese, da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou dos estados-membros.

As semelhanças da ação de inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção não são difíceis de serem identificadas. Diversamente, contudo da injunção, que permite aos cidadãos e aos grupos obterem do Judiciário uma decisão suscetível de assegurar-lhes, diretamente, o exercício de seus direitos, a ação de inconstitucionalidade por omissão, reservada às pessoas e organismos indicados no art. 103 citado, tem como

objetivo, apenas, o de advertir o poder competente que ele deve editar a lei ou ato normativo necessários à efetivação da norma constitucional.

Se nos alongamos nesta distinção é que, precisamente, uma das reações do Supremo Tribunal Federal, como veremos, frente a numerosos pedidos de injunção, foi a de equiparar as duas ações.

Quais seriam as propriedades reguladoras da ação de inconstitucionalidade por omissão?

#### 1.1.2.1. Relações entre o Estado e a Sociedade Civil

Na medida em que as entidades sindicais ou de classe têm legitimidade para ajuizar esta ação junto ao Supremo Tribunal Federal, é evidente que esta pressão oficial que lhes é reconhecida reforça o seu poder perante o Estado. Através desse instrumento, o contrapeso do controle da sociedade, o seu poder de reivindicar, oficialmente, o funcionamento satisfatório do aparelho estatal, poderia tornar-se uma realidade

#### 1.1.2.2. Relações interpoderes

Percebe-se que com este instrumento o campo de ação do Judiciário se amplia, consideravelmente, pois que este, além de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, passa a ter a atribuição de advertir os dois outros poderes de suas omissões funcionais, podendo estipular, quando se tratar do executivo, prazos específicos para que estas omissões sejam supridas.

### 1.2 O alcance coletivo das decisões judiciais

Visando não somente a tornar efetivo o Texto Constitucional, mas também a desafogar o Judiciário, a CF 88 previu um tipo de ação que atribui às decisões judiciais, em certos casos, efeito coletivo. É o mandado de segurança coletivo, que nada mais é do que o tradicional mandado de segurança, instituído desde 1934, o qual, doravante, pode ser impetrado por grupos e pessoas jurídicas, não se restringindo, como antes, às pessoas físicas.

Lembre-se que o mandado de segurança é uma ação de procedimento sumário, que objetiva a reparar, ou mesmo a evitar, a violação de um direito incontestável, por ato considerado ilegal ou abusivo da parte de autoridade pública. Ele é admitido, pois, mesmo no caso de o ato ainda não ter sido cometido, mas quando há sérios indícios de que vai sê-lo, sob a forma do mandado de segurança preventivo. Sabemos que esta espécie de ação requer uma decisão judiciária preliminar e rápida, que visa a suspender a aplicação do ato administrativo, considerado ilegal ou abusivo. Ela não representa um prejulgamento do mérito do caso.

A dimensão coletiva do mandado de segurança decorre do reconhecimento, a certas entidades, da qualidade de agir. Dispõe do art. 5º, LXX, da CF 88: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Desnecessário acentuar que este tipo de ação possibilita um controle efetivo da sociedade civil sobre os atos estatais, de origem executiva, legislativa e, mesmo, judiciária. Seu campo de incidência é a violação e até a simples ameaça de violação a um direito líquido e certo, por meio de ato ilegal ou abusivo da autoridade pública. Se se acrescenta que, a partir do Texto de 88, as entidades sindicais, de classe e de interesses sócio-econômicos, sem contar os partidos políticos, podem dele lançar mão, não é difícil avaliar o potencial regulador deste instrumento processual.

### 1.2.1. Relações entre o Estado e a Sociedade Civil

O mandado de segurança coletivo, pela amplitude do seu campo de ação e por sua eficácia (16), apresenta-se como o remédio processual ideal para unir e mobilizar a sociedade civil na defesa de seus direitos.

### 1.2.2. Relações interpoderes

É inegável que, na medida em que o Judiciário tem faculdade de rever, de anular ou, o que é mais freqüente, de impor soluções para a Administração Pública, as quais, muitas vezes, contrariam planos econômicos e sociais do Executivo, a independência deste último pode ser repensada.

As repercussões sobre o Legislativo não são menores, como se pôde observar nas questões previdenciárias, notadamente nas causas em que os aposentados pleiteavam o reajuste de seus proventos em 147%.

## 1.3. O alargamento do campo de proteção dos interesses

É sabido que a ação popular e a ação civil pública não são instrumentos novos no direito brasileiro. A primeira já figurava nas Constituições precedentes e é meio hábil para que o cidadão recorra aos tribunais a fim de solicitar a anulação de ato administrativo que lese o patrimônio público, a moral administrativa, o meio ambiente, ou o patrimônio histórico ou cultural (CF 88, art. 5º, LXXIII). A última chegou ao patamar constitucional com o Texto de 88 e está prevista no art. 129, III, incluída que foi entre as funções institucionais do Ministério Público. Cabe-lhe, portanto, promovê-la para "proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos". Mais adiante, porém, amplia-se a legitimação ativa para intentar esta ação, com a inclusão de terceiros, nos seguintes termos: "Art. 129, § 1º. A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."

Ora, se associarmos este dispositivo constitucional ao que atribui legitimação às associações para agir (CF 88, art. 5º, XXI), constataremos que os grupos da sociedade civil possuem um campo considerável de influência sobre a administração pública na defesa de interesses coletivos de natureza diversa. A importância desses dois instrumentos na regulação das relações sociais é, por conseguinte, incontestável.

## 2. O emprego desses instrumentos processuais

Procurar-se-á examiná-lo sob dois aspectos: de um lado, a sua utilização pelo cidadão e pelos grupos, em outras palavras, pela sociedade civil; de outro, sob a ótica das reações do Judiciário a esta aplicação.

### 2.1. A sua utilização pelo cidadão e pelos grupos

Sob este prisma, a nosso ver, deve-se considerar, em primeiro lugar a expressão quantitativa do emprego dos mecanismos em tela, a natureza das questões que, através deles, são levantadas e a adequação de sua escolha para determinado fim.

Se a jurisdição deve ser provocada, se não pode o juiz proceder de ofício, cabe aos indivíduos, aos grupos e mesmo aos agentes do Poder Público imprimir o impulso inicial para colocar o aparelho judiciário em funcionamento.

No que tange aos tipos de ação aqui enfocados, este impulso não faltou, desde a entrada em vigor da CF 88. Dentre os instrumentos processuais referidos, observa-se que as preferências se voltaram para aqueles de potencial regulador já conhecido, particularmente, o mandado de segurança, na modalidade coletiva, ou ainda, a ação civil pública, cujos resultados se revelaram satisfatórios, mesmo antes de ela ser elevada ao nível constitucional.

Os dois tipos inteiramente novos de ação, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão estão sendo timidamente utilizados, com efeitos pouco encorajadores. De 5.10.88 a 23.8.90, dos 44 mandados de injunção impetrados junto ao STF, um apenas lograra uma decisão parcialmente favorável (17). Retornaremos ao assunto.

Por outro lado, verifica-se que os novos instrumentos são, preferencialmente, empregados para questões de natureza trabalhista ou previdenciária. Assim, os mandados de injunção foram impetrados para a atualização dos proventos (18), para a concessão da aposentadoria proporcional (19), a prorrogação da licença-maternidade (20), a aposentadoria rural (21), a regulamentação do aviso-prévio (22).

Quanto à ação de inconstitucionalidade por omissão, ela tem sido utilizada, em matéria econômica, como, por exemplo, em relação à participação dos estados-membros e dos municípios nos *royalties* decorrentes da exploração de petróleo ou gás natural, nos recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais, nos termos do art. 20, § 1º, da CF 88 (23).

Os mandados de segurança coletivo têm sido impetrados por associações de classe (24) ou partidos políticos (25), na defesa de empregados demitidos, como no caso do Ministério da Saúde.

No tocante ao acerto, ou não, da escolha da ação mais pertinente à natureza e à finalidade da demanda, é forçoso reconhecer que, em muitos casos, um exame mais atento dos dispositivos constitucionais atinentes a essas ações evitaria a sua rejeição, de plano, por razões puramente formais. Assim, na ação de inconstitucionalidade por omissão versando matéria previdenciária, ou outra qualquer, o Texto Constitucional é claro ao estabelecer que a parte passiva da causa é aquela à qual cabe legislar sobre o assunto, *i.e.*, o Congresso Nacional. Entretanto, é corriqueiro ver-se que inúmeros

mandados de injunção são impetrados contra o órgão administrativo encarregado de aplicar a lei, o que enseja a inadmissibilidade da ação. (26)

Da mesma forma muito freqüente é o emprego do instrumento para casos em que já há leis sobre o assunto, ou ainda, a sua utilização para pleitear a edição de uma lei quando o dispositivo constitucional é auto-executável, *i.e.*, cuja efetivação independe de outro ato normativo.

São, por conseguinte, falhas de técnica processual e de compreensão do Texto Constitucional que inviabilizam, muitas vezes, o julgamento dos mandados de injunção pelos Tribunais.

## 2.2. Reações do Judiciário

Se em relação ao mandado de segurança coletivo e à ação civil pública que, de uma forma ou de outra, já eram conhecidos do direito brasileiro, as demandas vêm alcançando resultados bastante satisfatórios junto ao Judiciário, o mesmo não se pode dizer no que se refere aos dois instrumentos, inteiramente novos, que a CF de 88 incorporou, *i.e.*, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Destacaremos, pois, as reações dos Tribunais ao emprego desses dois tipos de ação, precisamente os que põem em jogo as relações do Judiciário com o Legislativo. Para tanto, consideraremos, de um lado, as dificuldades intrínsecas à sua implementação, e de outro, as interpretações jurisprudenciais e as reações pouco encorajadoras que elas revelam.

### 2.2.1 Dificuldades de técnica legislativa

#### 2.2.1.1 Recepção, pela nova CF, de leis que já vigoraram e não lhe são contrárias.

O emprego do mandado de injunção ou da ação de inconstitucionalidade por omissão pressupõe a inexistência de uma lei ordinária sobre a matéria. Ora, pode ocorrer que a lei preexistisse à CF de 88, e não lhe sendo contrária, tenha sido por ela recebida. Mesmo que esta lei preexistente não corresponda aos fins da nova Lei Magna, ela existe, o que impede que se cogite de omissão legislativa (29). O exemplo habitual a esse respeito é o da recepção das leis que fixam o salário mínimo, cuja atualização, segundo os critérios estabelecidos pela CF 88 não pode ser solicitada por via de mandado de injunção, visto que não há omissão legislativa.

#### 2.2.1.2 Redação ambígua ou incompleta dos dispositivos

Este tipo de dificuldade é observado, sobretudo, no artigo que dispôs sobre o mandado de injunção. Qual é, exatamente, o alcance desta ação? Ela incide sobre todos os direitos e liberdades constitucionais? A redação do dispositivo suscitou interpretações distintas. Alguns entenderam que todo direito constitucionalmente assegurado é por ela abrangido (30); outros não incluem em seu campo de incidência os direitos sociais, considerando que ela se restringe aos direitos políticos (31).

Lembre-se que, logo após a promulgação da CF, uma outra imprecisão redacional provocou interpretações controversas. Decorreu ela do emprego do termo *soberania*. Tratar-se-ia da soberania estatal? Neste caso, em que consistiria a injunção? Atualmente

os exegetas concordam que o legislador constituinte referiu-se à "soberania popular". Assim, o mandado de injunção poderá ser impetrado para garantir, na falta de ato normativo, o exercício, pelo cidadão, de seus direitos de participação política direta, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa legislativa popular.

### 2.2.1.3 Indefinição quanto ao tipo de decisão a ser tomada pelo Judiciário

O termo *injunção* indica imposição, ordem. Mas que ordem? A Constituição não especificou este ponto, o que ensejou interpretações distintas. O juiz deveria mandar a autoridade competente editar o ato normativo necessário ao exercício do direito constitucional em causa? Ou ele se encarregaria de assegurar o seu exercício por meio de sua própria decisão? Neste caso, a sentença ficaria restrita às partes ou, ao contrário, poderia ter efeitos *erga omnes*?

Estas indefinições do constituinte levou a orientações heterogêneas na doutrina e na jurisprudência.

### 2.2.2. Diversidade de interpretações

Destacaram-se duas correntes exegeticas. Para a primeira, o mandado de injunção possibilita ao juiz, na falta de um ato normativo, decidir sobre o caso concreto, garantindo às partes o exercício do direito proclamado pela Constituição. (33)

Para os que pertencem à outra corrente, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se equivalem, uma vez que cabe ao juiz, apenas, advertir a autoridade competente no sentido de que é necessário a edição de um ato normativo para assegurar o exercício de um dado direito fundamental. (34)

Esta corrente, minoritária na doutrina, é, todavia, predominante nos Tribunais Superiores, em especial no STF, cujo *leading-case* retoma os seus argumentos da seguinte forma:

O mandado de injunção "é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão". (35)

Deve-se, porém, registrar que dois dos Ministros do STF não comungam desta opinião, no momento, majoritária (36).

Considerando-se, de um lado, as dificuldades que decorrem da própria forma do texto sobre o mandado de injunção, e de outro, a existência dessas correntes, não surpreende que, até agora, as ações desse tipo não tenham atingido, plenamente, os seus objetivos. Esta observação se aplica, por igual, à ação de inconstitucionalidade por omissão, que também não alcançou os resultados esperados.

## 2.2.3 Tipos de reação dos Tribunais Superiores (37)

2.2.3.1. Quanto ao mandado de injunção, ele não chega nem mesmo a ser examinado, sob os seguintes argumentos:

- a) o encaminhamento de um projeto de lei ao Congresso impede que o Tribunal considere que haja uma omissão normativa;(38)
- b) a existência de uma lei sobre a matéria descaracteriza a omissão normativa (39). Este tipo bastante freqüente de reação decorre da inadequação da escolha da via processual por parte dos representantes dos cidadãos e dos grupos;
- c) a incompetência do Tribunal (40).

Num balanço final, até agora, conhecem-se, apenas dois mandados de injunção que obtiveram um resultado parcialmente favorável (41).

#### 2.2.3.2. No que tange à ação de inconstitucionalidade por omissão:

- a) rejeição imediata, dada a inadequação dos pedidos que visam à edição de medida para suprir a omissão, o que contraria a própria finalidade de tais ações (42);
- b) rejeição pela ilegitimidade das partes *ad causam*, sobretudo quando se trata de confederação de associações de classe, para as quais é exigido que elas sejam compostas por entidades associativas que representem uma mesma categoria (43).

Verifica-se, pois, que nem mesmo este remédio processual, de objetivos bem mais modestos do que os do mandado de injunção, visto que se limita a provocar um alerta ao poder competente, conseguiu produzir resultados mais positivos.

#### 2.3. Efeitos (des)reguladores desse emprego

Deve-se, antes de tudo, ressaltar que as reflexões que se seguem decorrem da observação de uma prática constitucional recente. É possível que a utilização dos novos instrumentos processuais, a longo prazo, acarrete mudanças, seja nas relações Estado/Sociedade Civil, seja naquelas que se estabelecem interpoderes estatais, modificações que, no momento, são apenas objeto de cogitação.

As referidas reflexões, portanto, não podem ser consideradas como acabadas, nem muito menos como definitivas, visto que fundadas em um curto período de observação.

##### 2.3.1. Nas relações Estado/Sociedade Civil

As relações entre Estado -leia-se, aqui, Judiciário - e Sociedade Civil vinham-se mostrando difíceis, entravadas por formalismos e, extremamente, decepcionantes. Sublinhe-se que se tratava, principalmente, de relações indivíduo/Estado e não de grupo/Estado. A partir do momento em que o Estado reconheceu às associações legitimidade para a defesa de seus interesses, mesmo que impondo certas limitações para o seu acesso ao Judiciário, as relações entre as duas ordens em questão tornaram-se mais intensas, ágeis e decisivas.

Verifica-se que agora a sociedade se organiza para defender os seus direitos, pela via processual, junto aos poderes instituídos. Dos dois tipos de instrumento processual que foram destacados nesta notas, é o mandado de injunção o que se prestaria melhor a produzir efeitos diretos sobre a sociedade, visto que o juiz garantiria, de imediato, o exercício de direitos que a omissão normativa dos dois outros poderes teria inviabilizado.

Até o momento, como se viu, os resultados têm sido desestimulantes, a tal ponto que um magistrado chegou a fazer um apelo, em artigo publicado na imprensa, para que se salvasse o mandado de injunção.(44)

Esta relutância em acolher-se, na extensão de seu potencial, o mandado de injunção, tem levado, em nosso entender, aos seguintes resultados:

2.3.1.1. abandono do novo instrumento processual em prol do emprego daqueles já conhecidos, aos quais se conferiu um alcance coletivo. Assim, o mandado de segurança coletivo, que se apóia sobre um direito líquido e certo, consagrado em lei, não dependendo como a injunção ou a ação de inconstitucionalidade por omissão, da edição de medidas normativas, vem sendo utilizado, em prioridade, pela sociedade civil.

Poder-se-ia argumentar que as finalidades dos institutos citados são distintas, tornando de duvidosa eficácia a substituição de um pelo outro. Não é, contudo, inviável, a subrogação de um pedido para suprir a omissão legislativa diante de um direito que se concebe como dependente de regulamentação (pedido formulado, pois, por via do mandado de injunção) por outro, visando a assegurar o exercício de um direito veiculado por norma constitucional à qual se imprime, para o fim almejado, a característica de auto-executoriedade, em busca, portanto, da liquidez e da certeza necessárias à impetração da segurança.

Este desvio, todavia, não indica o abandono completo dos novos institutos que abordamos, de vez que já se observam mudanças no entendimento de integrantes dos Tribunais Superiores, sob forma, ainda, de votos vencidos.

Os grupos sociais buscam, entretanto, resultados mais rápidos e de maior alcance.

##### 2.3.1.2 Fortalecimento dos grupos sociais

Este efeito não resulta, apenas do emprego do mandado de segurança coletivo, mas igualmente do reconhecimento de legitimidade processual às associações que, com a CF de 88 passaram a poder representar em juízo seus membros (art. 5º, XXI), o que equivaleu a imprimir um alcance coletivo a todas essas ações.

Estimulados pelo saldo positivo dessas ações coletivas, sobretudo junto aos magistrados de 1º grau, os grupos organizam-se para a defesa de certos interesses comuns, notadamente em matéria previdenciária e trabalhista, multiplicando-se, destarte, os pedidos de natureza coletiva.

##### 2.3.1.3 Emergência dos aspectos vulneráveis do Estado

O recurso às novas ações em tela, em particular as de cunho coletivo, as quais se revelaram mais eficazes, tornam, sem dúvida, manifestas as dificuldades do Estado, ao mesmo tempo administrativas e financeiras, para garantir o exercício do largo leque de direitos sociais e econômicos que a Constituição, na sua cuidadosa atualização dos modelos jurídicos provindos dos países desenvolvidos, reconheceu ao cidadão e aos grupos.

Esta utilização permite, então, por um lado, que a sociedade reclame, com maior insistência e força, dos poderes instituídos, o exercício dos direitos que seus

representantes políticos inscreveram na Constituição. Por outro, este emprego desvenda os óbices e incapacidades de toda ordem dos referidos poderes para implementar aqueles direitos.

#### 2.3.1.4 Receptividade dos magistrados de 1º grau às ações coletivas e os problemas hierárquicos decorrentes

Por sua competência originária, os juízes de 1a. instância são os primeiros a serem chamados a se pronunciar sobre estes pedidos coletivos, da natureza predominantemente social e econômica. Os resultados iniciais têm traduzido uma receptividade evidente por parte de um número expressivo deles. Suas reações contrastam com as dos membros dos Tribunais Superiores, aos quais é submetida a mesma matéria em nível recursal. Por que o contraste? Consideram alguns que, ou a juventude desses magistrados de 1º grau os torna mais impulsivos e menos responsáveis, sem preocupação com as conseqüências financeiras de suas decisões, uma vez que as encaram como um meio de realização imediata de seus ideais de justiça social, ou então, a elas é atribuída esta independência de comportamento em decorrência do tipo de seleção a que se submetem, pois que todos são egressos de concursos públicos.

Nos Tribunais Superiores, entretanto, cabe ao Chefe do Executivo escolher, em listas que incluem juízes de carreira e advogados indicados pelas Ordens profissionais, aqueles que irão integrá-los. A recordar, em especial, o caso do Supremo Tribunal Federal, em que todos os 11 ministros são nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado, escolhidos entre os cidadãos maiores de 35 e com menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, da CF 88), não se incluindo entre as condições para ser Ministro do STF a de ser juiz de carreira.

Esta diferença de comportamentos entre os juízes de 1º grau e os dos Tribunais Superiores não deixa de suscitar problemas hierárquicos no seio do Judiciário, provocando até uma certa insegurança social, visto que muitas das decisões favoráveis aos grupos são cassadas no 2º grau.

### 2.3.2. Nas relações interpoderes

#### 2.3.2.1. Do Judiciário com o Executivo

Identificam-se dois tipos de reação relativamente ao Executivo, na dependência de que as decisões resultantes das ações aqui tratadas emanem do 1º ou do 2º graus.

As decisões dos juízes de 1º grau sendo, em geral favoráveis aos atores coletivos, e, por isso mesmo, com repercussões financeiras consideráveis, pois que suscetíveis de execução imediata por via de liminares, acarretam, evidentemente, medidas defensivas por parte do Executivo. Elas podem ir desde uma simples defesa por via judicial, como até mesmo à edição de decreto e medidas provisórias, para retardar ou evitar despesas em larga escala.

As reações dos Tribunais Superiores, como vimos, vão no sentido de, ou bem cassar tais liminares, ou ainda, atrasar a execução e retardar os reflexos financeiros, apresentando-se o Judiciário, sob este aspecto, como verdadeira válvula de segurança nas relações do Governo e da Sociedade.

#### 2.3.2.2. Do Judiciário com o Legislativo

Os dois tipos de ação que poderiam repercutir mais diretamente nas relações entre o Judiciário e o Legislativo, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão - não alcançaram os resultados esperados.

Na verdade, o poder que a Constituinte de 88 conferiu ao Judiciário de decidir em caso de omissão legislativa, não deixa de suscitar um reexame de questão da distribuição tradicional das funções entre os poderes do Estado. Muitos membros dos Tribunais Superiores aceitam uma interpretação mais tímida, que esvazia o mandado de injunção, transformando-o num mero instrumento de alerta ao órgão normativo competente.

No *leading-case* já referido, sobre a matéria foi claramente observado que o mandado de injunção é incompatível com o sistema de separação de poderes e que "ao STF (...) não é dado (...) atribuir-lhe efeitos (...) que não se coadunam com o sistema dessa (...) Constituição".(45)

Esta interpretação que, sem dúvida, não corresponde à intenção do Constituinte, foi, todavia, capaz de impedir choques com o Legislativo.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, muito mais modesta em seus objetivos, também não alcançou resultados concretos, o que revela a extrema prudência e timidez das relações que o Judiciário mantém com o Legislativo, no campo das ações que incidem mais diretamente sobre este último.

Entretanto, quando se trata de uma ação coletiva que coloque em causa o Executivo, os dois outros poderes reúnem forças, sem dificuldade. As ações de mandado de segurança coletivo que mobilizam um número expressivo de eleitores, constituem um exemplo válido a este respeito.

\*\*\*

A questão do reajuste dos proventos em 147%, que apaixonou a opinião pública, ilustra bem os comentários que precedem quanto às relações sociais e interpoderes.

Recorde-se que gestões deficientes da instituição previdenciária geraram sérios problemas financeiros ao Governo, agravados pelo reconhecimento de uma série de novos direitos sociais pela CF de 88, tais como a licença-paternidade, o seguro-desemprego, a extensão da licença-maternidade, os tetos de indenização trabalhista, etc, implicando em seu conjunto, um aumento substancial das despesas no setor. Buscando diminuir os seus gastos, o Governo conseguiu, pela nova Lei da Previdência Social, que entrou em vigor em julho de 1991, não aplicar às pensões o índice do reajuste do salário mínimo, fazendo incidir sobre as mesmas um índice bem inferior.

Ora, como até dezembro de 91, o decreto necessário à regulamentação da referida Lei não fora editado, e uma portaria ministerial fixara um índice diverso, os aposentados mobilizaram-se para ajuizar ações que visavam ao reajuste dos proventos segundo o salário mínimo. A reação dos juízes variou conforme as instâncias: a maioria dos magistrados de 1º grau concedeu liminares, de natureza satisfativa, chegando até a expedir mandados de prisão contra os agentes do Governo que se recusassem a pagar

aos aposentados segundo o índice de 147% calculado sobre o aumento do salário-mínimo.

Nesse meio tempo, o Governo baixou um decreto para adiar os pagamentos além de 1993, sustentando que esta despesa com a atualização dos proventos não estava prevista no orçamento. Esta medida do Executivo provocou uma outra do Congresso, um decreto legislativo objetivando a anular os efeitos do decreto governamental.

Este exemplo permite observar bem as reações desencadeadas pelo emprego de certos instrumentos processuais, postos à disposição da sociedade, pelo próprio Estado. Assim, um grupo social expressivo reivindica. Dois dos poderes estatais se aliam: o Legislativo, movido, ou não, por interesses eleitorais, e o Judiciário, em sua composição de 1º grau. O Executivo se defende e encontra apoio nos Tribunais Superiores, aos quais cabe a última palavra que, em geral, tarda e, quando chega, contraria os interesses financeiros do grupo social. Isto leva a uma tomada de posição dos magistrados de 1º grau que, por meio de liminares visam a garantir o pagamento imediato dos aposentados pelo índice pleiteado, não hesitando em mandar prender os agentes do Executivo que os desobedecem.

Tal caso, como muitos outros, evidencia que a aproximação de ordens diferentes, provocadas pelo emprego de um instrumento processual pode, contrariamente ao que se imagina, não produzir, de imediato, a harmonia, o entrosamento desejável, em suma, a regulação. Na verdade, assiste-se como que a uma exarcebação dos interesses em jogo. Em lugar de coordenação, este emprego pode chegar a produzir choques e intensificar os conflitos.

#### Reflexões finais

A previsão de instrumentos processuais-espetáculo, tais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, tidos como meios adequados para responder aos anseios de efetividade da norma constitucional, são por ora de aplicação duvidosa, como se viu. Podem, ao contrário, gerar um descrédito da Constituição, como um todo. Longe de provocarem um efeito regulador, eles desregulam, evidenciando a fragilidade das bases sobre as quais se fundam as relações Estado/Sociedade.

O mandado de segurança coletivo, por sua vez, se é de uso mais freqüente, nem por isso tem produzido a regulação a que estaria potencialmente habilitado, pois como se viu, ele põe a descoberto todas as exigências sociais, de um lado, e de outro, a incapacidade do Estado em atendê-las.

Seria, contudo, precipitado, em nossa opinião, concluir que não se poderia esperar resultado diverso, considerando-se que foi o próprio Estado que colocou estes instrumentos ao alcance da Sociedade, e que é ele que conduz o jogo. Isto porque, lentamente, vêm ocorrendo mudanças, seja no nível dos poderes instituídos, notadamente no Judiciário, seja no da Sociedade. No âmbito do Judiciário, em particular, a diversidade de posição dos dois graus de jurisdição vem levando a uma revisão de sua posição perante a Sociedade e aos outros dois poderes(46). Os grupos sociais, por seu turno, têm ganhado em organização e em força e suas relações com o Estado apresentam-se, incontestavelmente, renovadas. Tais mudanças permitirão uma utilização

mais satisfatória dos instrumentos processuais focalizados em vista da consecução das metas constitucionais.

## NOTAS

- (1) Xavier Arbòs, *Notes sur la crise de la régulation étatique, Cahier du CERTE* n° VII, p.2 e segs.
- (2) No campo da sociologia jurídica, a análise do fenômeno destaca os fatores que o estimulam, entre eles a associação da idéia de desenvolvimento jurídico à de progresso social e econômico. v., sobretudo, Athanase Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1976, estudo empreendido sob a direção de Jean Carbonnier, cujos trabalhos sobre o assunto são bastante conhecidos.
- (3) V. René David, ao examinar *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, in: *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982.
- (4) Abordamos este tema em: *O estudo das recepções de direito*, in: *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Haroldo Valladão*, Livraria Freitas Bastos, 1983, pp.45-66; *A utilização do direito comparado pelo legislador*, *Revista de Ciências Políticas*, FGV, vol. 30(3), 1987; *Aspects de l'acclimatation du judicial review au droit brésilien*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1986, pp. 1135-1159, e, mais recentemente, em *A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas*, *Revista de Informação Legislativa*, 28(109), 1991, pp. 71-108.
- (5) apud Xavier Arbòs, op. cit., p. 12.
- (6) V. o excelente trabalho do Prof. Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Ed. Renovar, 1990.
- (7) V. Celso Agrícola Barbi, *O Supremo Tribunal Federal- funções na Constituição Federal de 1988*, *Revista dos Tribunais*, n° 656, junho de 1990.
- (8) Em fins de 1990, o número de causas julgadas na 1a. instância, excluídas as de competência da justiça eleitoral e militar, se elevava a cerca de 3 milhões e meio, pelas incluídas as estaduais. (V. José Néri da Silveira, *Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário Brasileiro*, in: *Correio Braziliense (Suplemento)*, de 9.9.1991.
- (9) Isto sem desconhecer, por certo, a realidade do direito não-oficial que predomina nas comunidades marginais das grandes cidades, cujos mecanismos de regulação e de auto-regulação foram, igualmente, examinados, no quadro deste grupo de pesquisa.
- (10) V. a análise de Ada Pellegrini Grinover, *A crise do Poder Judiciário*, in: *Revista de Direito Público*, n° 98, abril/junho, 1991.
- (11) V. *Régulation*, in: *Encyclopedia Universalis*, vol. 14, p.I, 1980.
- (12) Conforme é de hábito assinalar, o *writ of injunction* provém do sistema inglês de *equity* e permite ao juiz emitir uma decisão "em equidade", no caso em que os remédios de *Common Law* não bastem para fazer justiça. Conheceu emprego bem mais amplo no direito americano, sobretudo em matéria trabalhista e constitucional, sendo este a fonte mais imediata de inspiração do constituinte brasileiro de 87/88 (V. José Afonso da Silva, *Mandado de Injunção e Habeas Data*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1989, pp. 11-14).
- (13) Carlos Mário da Silva Velloso *Constituição e Processo - questões polêmicas- a nova feição do mandado de injunção*, *Revista de Direito Público*, 100, out./dez. 1991, p. 171.
- (14) Sobre esta ação, V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- (15) V. Ada Pellegrini Grinover, op.cit., p. 20.
- (16) V. Ada Pellegrini Grinover, *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e objeto*, *Revista de Direito Público*, n° 93, pp. 18-22; Carlos Ari Sundfeld, *Habeas Data e Mandado de Segurança Coletivo*, id. ibid.; Celso Agrícola Barbi, *Garantias Constitucionais processuais*, *Revista dos Tribunais*, 659, set. 1990, p. 12.
- (17) Estes dados foram fornecidos por Lenio Luis Streck ( *O mandado de injunção no direito brasileiro*, Edições Trabalhistas, 1991, p. 14) que os obteve junto ao Serviço de Informática do Senado Federal, o PRODASEN.
- (18) M.I. n° 208 - *Diário de Justiça*, parte I, de 6.11.90, p. 12485.
- (19) M.I. 2053/400, *Diário de Justiça*, Parte I, de 19.10.90, p. 11488.
- (20) M.I. 91-3, *Diário de Justiça*, Parte I, de 22.10.90, p. 11617.
- (21) M.I. 224,
- (22) M.I. 2363/400, *Diário de Justiça*, Parte I, de 10.12.90, p. 14763.
- (23) ADIN 361-5/600, *Diário Oficial*, Parte I, de 24.10.90, p.20225.
- (24) M.S. 522 (STJ), *Diário de Justiça*, Parte I, de 26.11.90, p. 13762.
- (25) M.S. 197-DF (STJ), *Diário de Justiça*, Parte I, de 19.12.90. Esta ação, em defesa dos aposentados, não foi admitida, pois que o partido político estava legitimado para defender seus membros em questões políticas e não 50 milhões de aposentados dos quais nem todos eram seus afiliados.

- (26) M.I. 001-PE, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, 1(2). 489-505, outubro de 1989.
- (27) Id. Ibid., M.I. 003-RJ.
- (28) Id. Ibid. M.I. 004-DJ.
- (29) Streck, op. cit., p.80.
- (30) José Afonso da Silva, op. cit., pp. 28-29.
- (31) J.B. Cordeiro Guerra, *Considerações sobre o mandado de injunção*, *Jornal do Comércio*, de 3.4.1991, p. 15.
- (32) José Cretella Júnior, *Os writs na Constituição de 1988*, Forense Universitária, 1989, p. 109.
- (33) Partilham dessa opinião: José Afonso da Silva, op. cit. p. 95; Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989); Hélio Tornaghi (*O mandado de injunção*, in: *Revista de Processo*, nº96, p. 45); Michel Temer, *Mandado de Injunção e seus limites*, in: *Revista de Direito Público*, nº 98, 1991, p. 30; Celso Agrícola Barbi, *Mandado de Injunção*, in: *Revista dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Mandado de Injunção, Revista de Processo*, nº56, p. 115); Régis Fernandes de Oliveira, juiz em São Paulo (apud José Afonso da Silva, op. cit., p. 25); Carlos Mário da Silva Velloso, Ministro do STF (*As novas garantias constitucionais*, in: *Revista dos Tribunais*, 644).
- (34) Chefia esta corrente, na doutrina, J.J. Calmon de Passos (*Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: Constituição e Processos*, Rio de Janeiro, forense, 1989, pp. 133-135).
- (35) M.I. 107-3 (STF), *Diário de Justiça*, Parte I, de 21.9.1990, p. 9782, Relator: Ministro Moreira Alves.
- (36) São, por ora, os Ministros Carlos Mário da Silva Velloso e Marco Aurélio (V.M.I. 160-0, *Diário de Justiça*, Parte I, de 22.10.90, p. 11618 - votos vencidos).
- (37) Sobre este tópico, deve-se mencionar a dissertação de mestrado que está sendo elaborada, no quadro do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, por Marcos Costa Vianna Moog, *O Mandado de Injunção e o Exercício de Cidadania*, trabalho no qual ele faz um levantamento dos dados relativos às reações do Judiciário ao Mandado de Injunção.
- (38) M.I. 27-RJ, *Diário de Justiça*, Parte I, 19.3.1990, p. 1929.
- (39) M.I. 003-RJ (STJ), *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 1(2), out. 1989, p. 496.
- (40) M.I. (STF) 4-2, *Diário de Justiça*, Parte I, de 22.11.90, p. 16845.

- (41) M.I. 283-5, *Diário de Justiça*, Parte I, de 14.11.91, p. 16356
- (42) ADIN 361-5, *Diário de Justiça*, Parte I, de 26.10.90, p. 11976, Relator: Ministro Marco Aurélio.
- (43) ADIN 57-8, *Diário de Justiça*, Parte I, de 13.12.1991, p. 18353, Relator: Ministro Ilmar Galvão.
- (44) José Carlos Barbosa Moreira, *S.O.S. para o Mandado de Injunção*, *Jornal do Brasil*, 11.9.90.
- (45) M.I. nº 107, já citado, p. 46, do Relatório.
- (46) José Eduardo Faria, *Direito e Justiça - a função social do judiciário*. Ed. Ática, São Paulo, 1989.

## NOTAS PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE REGULAÇÃO JURÍDICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

Cecília Maria Martins Antunes  
Maria Isabel de Sá Earp de R. Chaves

Este artigo tem por objetivo apresentar, em síntese, algumas reflexões que a pesquisa sobre os órgãos de defesa do consumidor do Estado e do Município do Rio de Janeiro tem ensejado.

Preendendo-se estabelecer um enfoque baseado numa possível *teoria da regulação*, num esforço conjunto dos pesquisadores do Departamento de Direito da PUC/RJ e da Universidade de Montpellier, na França, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

Desde logo, ressalte-se que a tentativa de construção dessa nova perspectiva teórica tem por derradeira finalidade rever o *locus* do Direito nas sociedades contemporâneas. Essa tarefa, a que se lançam os estudiosos de vários países, é sustentada por dois fortes argumentos, a saber: a insatisfação acadêmica em relação às teorias jurídicas tradicionais, incapazes de atender a realidade atual; e a introdução de uma nova categoria de análise (regulação jurídica) capaz de possibilitar um enfoque onde se ultrapasse a visão puramente estatal da produção da norma jurídica.

Pode-se opor à relevância dessas razões a ausência de novidade que encerram, visto que a mencionada insatisfação da ciência do direito e a intenção de identificar a produção da norma jurídica fora do âmbito do Estado não constituem algo novo em si mesmas.

Entretanto, cabe-nos aqui apenas situá-las em contexto próprio, verificando-se as possibilidades de utilização dessa abordagem para a análise dos organismos e fenômenos por nós estudados.

A noção de regulação aparece na França, no campo do Direito, propiciando uma revalorização do jurídico no debate contemporâneo. Busca responder às indagações acerca da especificidade do Direito, enquanto complexo de normas, pleno de ambigüidades e portador de uma autonomia relativa. Tem como pano de fundo uma crise teórica de largas proporções intensificada pela falência de uma visão marxista do Direito e, paralelamente, por uma crise do Estado Providência europeu, no seio do qual surgem novos arranjos sociais como a sugerir uma tentativa de sua superação.

Não convém, neste espaço, discutir a natureza desta crise. No entanto, é certo que o Estado Providência está perdido em meio a necessidade urgente de retrair-se. Neste quadro político-jurídico aparecem novos organismos - atípicos na sua

configuração, mas que têm se revelado de significativa importância para o encaminhamento de determinadas questões como, p.ex., as relativas à ética e genética médicas, às transmissões audio-visuais, dentre outras. Denominadas *Autoridades Administrativas Independentes (AAI)* essas entidades garantem a regulação de determinados setores sociais, mas não podem ser explicadas pela análise jurídica clássica. A despeito de se situarem no âmbito administrativo, escapam à hierarquia e ao comando característicos deste, incorporam elementos da sociedade civil em seus quadros e cumprem funções típicas ora de um ora de outro poder estatal. Evidencia-se, assim, o rompimento da dicotomia Estado/ sociedade civil e da separação de poderes, e o surgimento de uma zona *cinzenta*, intermediária, localizada entre o poder do Estado, concebido como o espaço da regulamentação, e a sociedade civil, esfera da autonomia, do mercado, ou da auto-regulação.

Enfim, evitando alongarmo-nos demais nessa experiência alienígena, vale ressaltar algumas conclusões antes de passarmos à apreciação dos órgãos de defesa do consumidor do Rio de Janeiro.

- a) A teoria da regulação traduz uma resposta à crise da ciência jurídica atual;
- b) Decorre, também, da necessidade de compreensão de determinados fenômenos jurídicos europeus, como as AAIs, conseqüentes à crise do Estado de Providência;
- c) Constitui instrumento teórico que pretende dar conta da ambivalência do Direito, descartando uma visão mecanicista que insiste em vê-lo apenas como um instrumento de dominação de classe.

Os organismos de defesa do consumidor objeto desse trabalho guardam algumas semelhanças com as AAIs, validando assim a utilização deste instrumental teórico para a sua análise. Vejamos: ambos são frutos de uma crise do Estado e do Direito, e, por conseguinte, apontam para a necessidade de superá-la, amenizando suas conseqüências ou neutralizando seus efeitos. A atuação dessas entidades acaba levando à reordenação do Estado, na medida em que acentua, por um lado e desprivilegia, por outro, certas funções que lhes são próprias, além de acrescentar-lhes outras que pertenciam a órgãos de outros poderes.

Para a verificação empírica das afirmações acima estabelecidas elegemos dois organismos que desempenham relevante papel na defesa do consumidor no Estado do Rio de Janeiro: o PROCON/RJ (Programa de Orientação e Proteção do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro) e a COMDECON/RJ (Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara Municipal do Rio de Janeiro).

O direito do consumidor só recentemente foi introduzido em nosso país. Entretanto, a discussão em torno deste tema vem se travando no meio jurídico nacional desde a década passada, e resultou em algumas ações concretas por parte de significativos setores sociais, tais como as associações de magistrados do Rio Grande do Sul que criaram os Juizados de Conciliação e Julgamento para resolver conflitos de reduzido valor econômico. O que restou evidenciado foi a extrema vinculação do tema à problemática ampla do acesso à justiça. Na verdade, faz-se sempre presente, entre nós, intensa demanda social pela elaboração de mecanismos que possibilitem a superação dos obstáculos à tutela jurisdicional. Por força dessa demanda, além da iniciativa

anteriormente mencionada, a Lei n. 7244/84 instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas, que alcançaram *status* constitucional a partir de 1988 (art. 88, a da CF/88). Paralelamente, associações civis foram organizadas para amparar os consumidores, podendo, inclusive, representá-los em juízo. Dentre elas, destaca-se o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), em São Paulo, por sua intensa e abrangente atuação.

Como se pode perceber, a princípio as soluções para as questões relativas aos consumidores encontravam-se circunscritas à esfera do Poder Judiciário ou ao espaço da sociedade civil.

Entretanto, os órgãos de defesa do consumidor que se inserem na Administração Pública ou no Poder Legislativo, concorrem possivelmente para a mudança desse quadro, dado que, mesmo não fazendo parte do Poder Judiciário desempenham função de resolução de conflitos nesse âmbito, contribuindo assim para a reordenação do Estado brasileiro em crise.

Claro que a COMDECON/RJ e o PROCON/RJ não possuem função jurisdicional; mas, na prática, desempenham papel que a ela se assemelha procurando resolver os conflitos de consumo através do caminho da conciliação e da persuasão. Olhemos mais de perto estes órgãos.

Para analisar a COMDECON/RJ importa, inicialmente, uma rápida passagem pelas funções do Poder que ela integra. Sabe-se, há muito, que não se pode reduzir o Legislativo ao desempenho exclusivo da função legiferante. Ainda que esta seja sua função característica, outras igualmente relevantes foram-lhe confiadas; dentre elas, a de controle dos atos do Executivo, a de legitimação do regime político e a de representação.

A COMDECON/RJ também não desempenha uma única função. Sendo uma comissão permanente do Legislativo municipal, criada pela Resolução n. 104/81, tem por principal atribuição assessorar o processo legislativo, no que se refere a matéria de sua competência - no caso, aquela relacionada aos direitos dos consumidores. Assim sendo, participa da *divisão do trabalho legislativo*, no que exerce a função clássica de uma comissão parlamentar. No entanto, além desta atuação, as comissões, de modo geral, e a COMDECON/RJ, em particular, possibilitam a comunicação entre a sociedade civil e os órgãos estatais (cf. Reg. Int. art. 68). Nesse sentido, designam-se entre suas faculdades a realização de audiências públicas, o recebimento de petições, reclamações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades públicas, cabendo-lhes, ainda, colher depoimentos de autoridades ou cidadãos. Essas atribuições representam nada mais que desdobramentos das funções clássicas do Parlamento que a COMDECON/RJ como órgão do legislativo estaria adequadamente desempenhando.

Todavia, examinando-se o Regimento Interno da Câmara Municipal do Rio de Janeiro podemos encontrar referência a outras competências, tais como, a de fiscalizar os produtos de consumo e seu fornecimento e zelar pela sua qualidade; de receber reclamações e encaminhá-las aos órgãos competentes; de emitir pareceres técnicos quanto aos assuntos relacionados ao consumidor e ao usuário; de contratar serviços técnicos de laboratório de análises e de técnicos em assuntos pertinentes ao consumidor, quando necessário; de informar aos consumidores e usuários, individualmente e através de

campanhas publicitárias; de manter intercâmbio e formas de ação conjunta com órgãos públicos e instituições particulares (art. 69, VIII, a e h).

Uma análise cuidadosa desse rol de atribuições permite-nos concluir pela sua natureza *atípica*, uma vez que elas não dizem respeito nem ao processo legislativo, nem ao controle do Poder Executivo e nem a qualquer questão representativa; quando muito, o fiel cumprimento dessas funções talvez contribuam para algum tipo de legitimação do poder estatal. Por outro lado, o Regimento Interno, que absorveu o conteúdo da Resolução n.104/81, documento básico para o conhecimento da comissão, não deixa transparecer a verdadeira lógica que norteia a COMDECON/RJ.

Na prática, de todas as atribuições mencionadas, distingue-se a que se refere ao atendimento do consumidor possivelmente lesado em seus direitos, através do recebimento de reclamações e posterior encaminhamento aos órgãos competentes. Mediante utilização de infra-estrutura própria e relativamente adequada, a comissão instaura verdadeiro *processo*. Para tanto, transforma-se em espaço de resolução de conflitos de consumo, recebendo o consumidor, pessoa física preferencialmente, ouvindo sua reclamação e desenvolvendo, mediante uma *lógica processual própria, função jurisdicional alternativa*, baseada na persuasão e na conciliação das partes em litígio. E o intermediário nas negociações e, através da prerrogativa de informar ao público em geral dos assuntos de interesse do consumidor, acaba por funcionar como autêntico *juízo moral*.

Vale notar que a intermediação relatada faz-se sentir, principalmente, entre consumidores e fornecedores do setor privado, ainda que, por muitas vezes estejam em foco também empresas prestadoras de serviços públicos. A maior parte dos conflitos dizem respeito à habitação (contratos de locação), saúde (seguros de saúde) e educação (mensalidades escolares), sendo que estes últimos são encaminhados a APAERJ (Associação de Pais das Escolas do Rio de Janeiro), além das reclamações relativas a compra e venda de mercadorias. Ressalte-se que, segundo dados colhidos na pesquisa, o índice de questões resolvidas por acordo é significativo, próximo dos 8057.

O PROCON/RJ tem configuração diversa. Criado pelo Dec.n.9953/87, é um órgão superior da Administração Pública estadual, na classificação de Hely Lopes Meirelles, e integra a Secretaria de Justiça. Caracteriza-o a preeminência hierárquica na esfera de suas atribuições mas, não possui autonomia nem financeira nem administrativa. Dentre os membros natos que compõem o Conselho Estadual de Orientação e Proteção ao Consumidor, órgão máximo da entidade, figuram, além de representantes das Secretarias de Justiça e Planejamento, um do Ministério Público e outro da FAMERJ (Federação das Associações de Moradores do Rio de Janeiro) com direito a voto. Isto significa que esse organismo possibilita o envolvimento direto da sociedade na formulação e execução da política estadual de defesa do consumidor. A legislação em vigor permite, ainda, a participação nas reuniões do Conselho, sem direito a voto, de entidades de direito público e privado cuja atuação interesse a consecução dos seus propósitos.

Os objetivos do PROCON/RJ em relação à defesa e proteção do consumidor são amplos, como bem determina o art.2º. do Dec.9953/87. Entre eles, pode-se salientar os que dizem respeito diretamente ao recebimento do público para atendimento, apoio e orientação nas questões de consumo. Na verdade, assim como a COMDECON/RJ, o PROCON/RJ presta serviço de intermediação entre as partes em conflito e, como aquela,

inaugura procedimento atinente à sua resolução. Inicia-o com a abertura da reclamação e a expedição de ofício ao fornecedor-reclamado para, a final, alcançar a conciliação das partes, através da utilização da técnica de persuasão. É certo que, em seu curto período de existência, o PROCON/RJ sofreu significativas modificações na linha de atuação - já que a alternância de partidos no governo do Estado influenciou sobremaneira na orientação de sua conduta. Se, a princípio, esse órgão funcionava em conjunto com a Defensoria Pública no atendimento ao consumidor carente de recursos, hoje esse convênio não mais vigora; havendo necessidade, o consumidor é, apenas, encaminhado àquela instituição.

Enfim, fica muito clara a atribuição específica que esse organismo administrativo recebe de promover a defesa dos consumidores em todos os níveis, inclusive representando-os em juízo se necessário (cf. art.2º, II, VI, VII, VIII e X do Dec.9953/87 e CDC arts.82, III, 91, 97 e 100).

Pelo exposto, verifica-se que esse organismo também extrapola de suas clássicas funções administrativas, para criar novo espaço, ao interior do Estado, de resolução de conflitos de consumo, nos mesmos moldes daquele proporcionado pela COMDECON/RJ. Assim como esta, as reclamações mais frequentes referem-se à habitação (locação), saúde (planos de seguro-saúde) e compra e venda de mercadorias, mas, o índice de acordos é mais baixo e gira em torno de 5058, segundo a Coordenação do órgão.

A partir de meados de 1991, o PROCON/RJ passou a integrar o projeto de criação da Casa do Consumidor, mudando de sede e reduzindo suas atividades em vista das reformas de suas instalações. De resto, para os objetivos desse estudo, vale ressaltar a linha de atuação que prevaleceu até o referido ano, sintetizada em relatório interno da Coordenação do organismo ao secretário de Justiça, nos seguintes termos:

"Embora com amplas funções de planejar, coordenar e executar a política estadual de proteção ao consumidor, o PROCON/RJ nunca atuou neste sentido."

Fica evidenciado, portanto, que, pelo menos até 1991, esse organismo teve por sua principal função a tarefa de resolver conflitos de consumo nos moldes detalhados.

De todo o exposto podemos concluir que, pelo menos no âmbito do direito do consumidor, a clássica divisão dos poderes sofre impactos quando organismos integrantes do Legislativo ou do Executivo desempenham funções atípicas de pacificação social, próprias do Judiciário. Cabe agora indagar sobre as razões que contribuíram para determinar essa orientação dos órgãos públicos de defesa do consumidor.

Já se mencionou a relação existente entre o surgimento desses organismos e a problemática brasileira do acesso a justiça. Vários fatores concorrem para obstruir ou dificultar a prestação ampla da tutela jurisdicional, sejam aqueles próprios da organização judiciária, como a morosidade e a onerosidade do processo, ou decorrentes de questões culturais e sociais.

Todavia, alguns elementos merecem destaque: houve grande incremento das demandas de consumo provocado primeiramente, pela intensificação da industrialização nacional, fruto do *milagre brasileiro*, onde o Estado desempenhou papel diretivo e,

paralelamente, pelo desamparo de grande parcela da população, em razão do modelo econômico adotado, aliados aos movimentos sociais reivindicatórios de bens de consumo coletivo (educação, habitação e saúde, dentre outros) que pipocaram a partir do final da década de 70 e no decorrer dos anos 80.

O conjunto desses fatores gerou uma expulsão de litígios, especialmente depois que o modelo econômico entra em crise, produzindo, em consequência, uma parcela ainda maior de descontentes e uma retração do Estado, através do enfraquecimento das políticas públicas, pela desatualização do Judiciário, traduzida pela carência de recursos materiais e humanos, pelo seu distanciamento da população e por sua incapacidade de responder as demandas coletivas.

Tanto o Estado como a sociedade tiveram que se adaptar a esse contexto de crise.

A sociedade civil, de seu lado, modificou sua perspectiva de ação, abandonando o paradigma de transformação radical para se mover dentro de limites mais precisos, como o da luta por direitos específicos. Neste sentido, os *movimentos sociais de consumidores*, em nosso País, reclamando do Estado maior intervenção nas relações de consumo para reequilibrar as forças econômicas em oposição, criaram condições propícias ao surgimento dos organismos de defesa do consumidor, que, por sua vez, fizeram pressão na Assembléia Nacional Constituinte para o reconhecimento constitucional do direito do consumidor e a subsequente elaboração do Código.

O Estado, mediante a capacidade relativa de atualização do sistema jurídico, além da instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e da inclusão dos direitos metaindividuais no rol dos direitos constitucionalmente amparados, promulgou leis como a da ação civil pública (Lei n.7347/85) e o código de defesa do consumidor (Lei n.8078/90) que se revelaram fundamentais na ampliação dos canais de acesso à justiça para os consumidores, pelas inovações processuais que introduziram no sistema jurídico.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor reúne no que denomina Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, todos os órgãos federais e estaduais do Distrito Federal, municipais e as entidades privadas de proteção ao consumidor (art.105), enfatizando, assim, a atuação desses organismos como canais administrativos de resolução de conflitos no âmbito do consumo.

Podemos concluir, portanto, que há indicações suficientes da tentativa de um novo arranjo entre o Estado e a sociedade civil, impulsionado e delimitado, principalmente, pela problemática do acesso à justiça. Os movimentos sociais demandando intervenção estatal desempenharam papel relevante levando, inclusive, à legitimação de novos direitos, de cunho metaindividual, onde se enquadra o direito do consumidor, e, possibilitando a afirmação de um novo sujeito de direito, de caráter coletivo. Contudo, na prática, o que se verifica é a ambigüidade da atuação dos órgãos que se voltam mais ao atendimento das questões individuais.

Se queremos entender a regulação como um modelo analítico que supere a clássica dicotomia Estado/sociedade civil e permita uma visão integral e global da produção da norma jurídica, não devemos nos esquecer, no entanto, que no âmbito das relações de consumo, no Brasil, prepondera a fonte estatal de produção do Direito. Aliás, dada a fragilidade dos movimentos sociais de consumidores e a dura realidade

onde se faz prioritária a garantia dos direitos sociais, o direito do consumidor e os canais competentes para a resolução de seus conflitos são utilizados como *via* alternativa para a sua veiculação. Assim se explica o elevado índice de reclamações relativas à habitação, educação e saúde nos órgãos públicos de defesa do consumidor.

Para finalizar, podemos afirmar que o PROCON/RJ e a COMDECON/RJ parecem representar essa nova forma de atuação do Estado, que abandona os parâmetros clássicos do liberalismo em prol de uma possível ação integrada com a sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OLIVEIRA, Luciano. *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*/ Luciano Oliveira e Afonso Cesar Batista Ferreira Pereira. Recife, FUNDAJE, ed. Masangana, 1980.

OST, François et Michel Van de Kerchove. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris, PUF, 1988.

AUTIN, Jean-Louis. *L'irruption de la régulation dans la sphere du droit*, in *Cahiers du CERTE*, VI.

SPANOU, Calliope. *Le droit instrument de la contestation sociale? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit*, in *Les usages sociaux du droit*, (org.) CURAPP, Paris, PUF, 1988.

SOUZA JR., José Geraldo de. *Movimentos sociais e emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito*, in *Lições de Direito Alternativo*. Edmundo Lima de Arruda Junior (org.) São Paulo, Acadêmica, 1991.

## O ALTERNATIVO REGADO A VINHO E A CACHAÇA

Eliane Botelho Junqueira(\*)

Este ensaio sobre a multiplicidade de sentidos do(s) termo(s) direito e justiça alternativos pretende, de uma certa maneira, dar continuidade à reflexão anterior (1), em que se procurou analisar a sociologia jurídica brasileira através de uma determinada leitura da sociologia jurídica européia, tomando-se como parâmetro comparativo o exemplo francês. Em verdade, esta linha de continuidade impõe-se nesta nova reflexão já que direito e justiça alternativos constituem os principais objetos de uma sociologia jurídica pensada como uma *sociologia da administração da justiça* ou uma *sociologia da resolução dos conflitos*.(2)

Se o objeto desta *nossa* sociologia jurídica remete, portanto, naturalmente ao alternativo, esta reflexão não pode limitar-se a seguir a tendência consolidada a partir dos anos cinquenta nesta área do conhecimento, ou seja, a tendência de se privilegiar uma análise procedimental em substituição à perspectiva substantiva que caracterizou as primeiras formulações da sociologia do direito(3). Ao contrário, por alternativas devem ser compreendidas não apenas as agências e procedimentos de resolução de conflitos - temas constitutivos da *sociologia da administração da justiça* - , mas também o novo direito substantivo produzido no interior ou no exterior do ordenamento jurídico estatal.

Considerando-se que o alternativo pressupõe uma relação de autoridade (só se é alternativo em relação a alguma coisa), definiu-se que esta análise seria referida à ordem jurídica estatal tradicional, opção que permite incluir na reflexão tanto o direito e a justiça construídos à margem do *direito do asfalto* e gerados de forma a - utilizando palavra tão perigosa em nossa América Latina - subverter o direito oficial, como também os novos procedimentos informais criados pela própria ordem legal, como é o caso da variante brasileira dos *Small Claims Courts* norte americanos.

Mantendo-se o jogo especular da reflexão anterior, pretende-se, portanto, pensar o direito e a justiça alternativos no Brasil através de uma determinada leitura das experiências informalizantes desenvolvidas da França nas duas últimas décadas, proposta que, para evitar o risco de se tornar uma mera descrição, procurará, no resgate do sentido dessas experiências *ici e lá-bas* (4), testar a possibilidade de utilização da teoria da regulação - em voga em determinados círculos acadêmicos franceses (5) nestes dois contextos tão diferenciados.

1 - Alternativo *au vin*

(\*) Professora Assistente no Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; membro do grupo de pesquisa do acordo CAPES-COFECUB/098/89.

A experiência francesa do alternativo no direito e na justiça gira em torno da mediação (6), prática que pode ser incluída na tendência internacionalmente conhecida como *alternative dispute resolution* (ADR). No entanto, se este movimento vincula-se, nos países centrais, à crise do Estado-Providência e ao conseqüente surgimento de incontáveis experiências alternativas de resolução de conflitos fundamentadas na informalização, na descentralização e na desprofissionalização das agências e dos procedimentos do ordenamento jurídico estatal - , o diagnóstico desse processo aparentemente semelhante deve estar atento para as particularidades da relação Estado-sociedade, público-privado, em cada contexto específico.

Ao contrário do caso norte-americano, onde as correntes antiformalistas justificam o surgimento desses novos mecanismos de resolução de conflitos a partir da ocorrência de uma *explosão de litigiosidade* (*legal pollution*, *hyper-lexis*, *litigation explosion* são as expressões comumente empregadas para a caracterização desse fenômeno) (7), a França tem sido apresentada como uma sociedade avessa à juridicidade, ou seja, como uma sociedade *déjuridicisée* (8). Marcada por uma forte apatia jurídica, a sociedade francesa demonstra, diferentemente da norte-americana, uma profunda aversão ao tratamento judicial de seus conflitos, já que a simples possibilidade de acionamento dos canais jurídicos competentes (do *contentieux*) é percebida pelos franceses como uma infâmia, uma vergonha e uma incivildade (ao contrário dos Estados Unidos, onde a civilidade é diretamente relacionada com *the rule of law*) (9). Assim, enquanto os Estados Unidos experimentam uma expressiva tendência à juridicização de todos os conflitos sociais ou políticos, a França tende a realizar o movimento inverso, politizando até mesmo os conflitos de natureza jurídica, uma vez que o modelo de sociedade contratual, sobre a qual se constrói o legalismo norte-americano, não tem espaço em uma ordem social fundamentada na centralização estatal, na retração da *societate civil* e na marginalidade do sistema jurídico.

À medida que este Estado à francesa tornou-se obsoleto (10) em razão de sua incapacidade de responder às demandas sociais, um triplo desafio impôs-se para a França nas duas últimas décadas.

Se, por um lado, o Estado francês é instado a se retirar do cenário social através de um processo de desregulamentação (*deregulation*) (11) das atividades sociais, já que se fortalece a noção de que um *Estado moderno* é um *Estado modesto* (12), por outro lado, no entanto, esta desregulamentação que implica o abandono das funções de interdição e de empreendimento direto (13), deve ser acompanhada de um esforço desse Estado no sentido de se constituir um regulador da vida social, apenas gerenciando, como modelo norte-americano, a sociedade e a economia. Afinal, desregulamentação e regulação (*régulation*) não são processos inconciliáveis, mas, ao contrário, podem ser conduzidos simultaneamente dentro deste movimento de mudança da fisionomia do Estado.

O desafio francês, no entanto, completa-se e torna-se mais estimulante pela necessidade de que este movimento do Estado seja acompanhado de um movimento paralelo de auto regulação *societate civil* que, forçando a retirada do Estado das atividades sociais - ou aproveitando-se dessa retirada -, procura criar seus próprios instrumentos de regulação e assumir a responsabilidade pelo desempenho de tarefas até então consideradas atribuição estatal exclusiva. Através de uma maior participação da população na prestação de serviços *públicos*, a *societate civil* francesa, neste

movimento em direção à auto regulação conquista autonomia, liberta-se da tutela estatal que a mantinha aprisionada e comprova, com Habermas, que o Estado não pode ser considerado o regulador central das atividades sociais (14).

Se este processo caracteriza a transição francesa para uma sociedade de tipo contratual, a exemplo da norte-americana, este esforço de *societalization* (como oposição a *estatization*) (15) não implica, pela criação de algum social entre o Estado e os indivíduos (16), um movimento de dejuridicização. Muito pelo contrário, o caminho francês caracteriza-se justamente por buscar, através da *societalization*, a juridicização das relações sociais.

As ordens profissionais, as associações, as companhias consulares e as autoridades administrativas independentes são entidades que vêm sendo estudadas pelos teóricos da regulação, principalmente a partir da perspectiva do direito administrativo, como representativas desse movimento de substituição da regulamentação estatal pela regulação da *societate civil* (17). As imagens do termostato (18) e do *carrefour anglais* (19) são constantemente utilizadas no esforço de se importarem para o direito e para a ciência política, através da economia, os modelos biológicos construído através da percepção da auto-organização dos seres vivos (20).

Se esta tarefa apresenta-se árdua mesmo para a análise das novas instituições desse novo direito administrativo que se constrói fora das fronteiras tradicionais do espaço da administração pública, no campo jurídico (no sentido de Boudieu) (21) são introduzidos dois obstáculos à utilização da teoria da regulação para a compreensão das transformações ocorridas nos últimos vinte anos. Obstaculizando a apropriação desse marco teórico, tem-se, em primeiro lugar, a contradição decorrente desta juridicização das relações sociais na França ser realizada a partir de um movimento de dejudicialização caracterizado pela criação de agências informalizadas de resolução dos conflitos; em segundo lugar, este processo de desregulamentação parece atingir as tarefas clássicas do Estado (a polícia, a justiça e a defesa), ou seja, as tarefas que os próprios liberais clássicos consideravam monopólio estatal. (22)

No entanto, estes obstáculos podem ser facilmente ultrapassados, pois, por um lado, a dejudicialização, pela criação de novos mecanismos estatais ou societários de equacionamento da conflitualidade, garante um tratamento jurídico a problemas anteriormente *lumpeds* (23). Por outro lado, a quebra do monopólio da violência do Estado parece ser a consequência necessária de um diagnóstico que não restringe a crise do Estado-Providência ao econômico, mas que a considera presente em todas as relações do Estado com a sociedade.

Ultrapassados estes obstáculos, torna-se possível perceber que o processo de informalização da justiça francesa constitui exemplo privilegiado deste movimento de criação de pólos de regulação - pelo Estado e pela *societate civil* - em substituição à ordem regulamentadora estabelecida pela Revolução Francesa. Em verdade, pelo tema da administração da justiça e do surgimento de formas alternativas de resolução de conflitos evidencia-se a lógica desse movimento de desregulamentação-regulação fundamentado simultaneamente em um fortalecimento da *societate civil* e em uma permanência camuflada do Estado, já que sua retirada do cenário social é apenas *para francês ver*.

A ilustração desse processo *contraditório* - de fortalecimento da *sociedade civil* e permanência do Estado como agente de regulação - pode ser feita a partir da periodização do movimento de informalização da justiça francesa, iniciado com a criação das primeiras alternativas ao ordenamento jurídico estatal tradicional na segunda metade da década de setenta. Se, em um primeiro momento, este movimento foi caracterizado pela iniciativa estatal de criação de novos mecanismos, mais ágeis e informais, de resolução extra-judicial de conflitos - dos quais são exemplo o conciliador e a *Boîte Postal 5000* -, em um segundo momento, marcado pela chegada da esquerda ao poder, surgiram respostas de caráter societal, preocupadas não tanto com a flexibilização das instâncias judiciais, mas sim com a recuperação do tecido social esgaçado.(25)

Apesar da ainda reduzida expressão quantitativa dessas respostas societais - o que talvez possa ser interpretado como a demonstração da dificuldade da sociedade francesa afastar-se do Estado e recuperar sua autonomia -, algumas experiências alternativas de resolução de conflitos têm se destacado, como, por exemplo, as *Boutiques de Droit*. Associações de caráter privado (26), estas novas agências societais utilizam a mediação - "não como técnica, mas como processo societal" (27) - para a resolução de conflitos interindividuais de natureza cível, familiar, trabalhista e penal, realizando um trabalho que objetiva reaproximar as partes litigantes e restabelecer o diálogo rompido.

O caráter societal deste tipo de resposta alternativa de equacionamento de conflitos pode, no entanto, ser questionado em alguns aspectos, como por exemplo, na origem *espontânea* (28) dessas agências, que não são criadas pela comunidade, mas pela iniciativa de determinados atores sociais individuais. Ou, ainda, pela vinculação das *Boutiques de Droit* ao Estado, que se faz presente quer pelo fornecimento do local para o funcionamento dessas associações, quer pelo financiamento do trabalho dos mediadores (já que nem todos são *benevolentes*) e da infra-estrutura (luz, telefone, fotocópias, material de escritório, etc.), quer ainda pelo encaminhamento a estas agências, através do *parquet*, dos casos potencialmente *mediatizáveis* (principalmente na área penal). Apesar do discurso dos mediadores apontar para a possibilidade dessa experiência resgatar o *direito espontâneo* existente na sociedade - direito espontâneo que se diferencia de um direito popular ou paralelo, explicitamente rejeitado (29) -, o referente permanente da mediação é o ordenamento jurídico estatal, representado pela formação jurídica dos *mediadores-chefes* (30), pela consulta aos códigos e leis na orientação das partes e pela percepção da necessidade de tratamento judicial de determinado conflito que extrapola a competência dessas agências informalizantes (31). Em outros termos, apesar de apresentar-se como uma resposta societal e de pretender fundamentar-se *mais no vivido* e na *equidade* do que na *lógica jurídica* (32), em verdade, a mediação desenvolve-se à sombra do Estado, tendo a ordem legal como parâmetro, prática que limita a própria possibilidade de superação da crise do Estado-Providência, já que a "definição de alternativas positivas ao Estado-Providência supõe que os segmentos da sociedade civil (...) possam ser reconhecidos como sujeitos de direito e instâncias produtoras de um direito autônomo em relação à lei estatal" (33).

Se, em certo sentido, as *Boutiques de Droit* devem seu (relativo) sucesso à inexistência na França de uma assistência judiciária garantida por advogados contratados pelo Estado - nos moldes da Defensoria Pública brasileira -, o que explica uma significativa demanda destas agências por pessoas pertencentes aos setores subalternizados (imigrantes, principalmente), em busca de alguma forma de orientação jurídica, por outro lado, a possibilidade de recuperação do tecido social, objetivo a partir do qual se constrói o discurso dessas agências, vê-se comprometida pela própria

complexidade do mundo moderno. Afinal, ao tratar de forma individualizada conflitos interindividuais envolvendo litigantes que circulam por espaços geográficos e sociais específicos - freqüentemente demandantes e demandados, além de não habitarem o mesmo *quartier*, não possuem o mesmo poder social, como bem exemplificam os conflitos entre mutuários e agências de financiamento, ou entre locatários e imobiliárias, que confrontam o indivíduo com uma empresa pública ou privada - não se avança nem para a auto-organização da *sociedade civil*, nem para o restabelecimento das relações sociais deterioradas em uma determinada *localidade*.(34)

Estas observações, no entanto, não esvaziam o caráter de agências de regulação das *Boutiques de Droit*. Muito pelo contrário, parece ser esta aparente contradição, este duplo movimento de afastamento e de aproximação do Estado, esta dificuldade de criar novos sujeitos de direito em sociedade estatizada e centralizada como a francesa, que justamente caracteriza as *Boutiques de Droit* como novos pólos de regulação.

Em verdade, a teoria da regulação permeia os principais discursos sobre a mediação - como sinteticamente são conhecidas estas experiências francesas -, conforme pode ser depreendido dos artigos escritos por Bonafé-Schmitt (35), um dos principais defensores dessas instâncias alternativas. Para esse sociólogo *du terrain* - porque, na qualidade de organizador das *Boutiques de Droit* de Lyon, nas quais também atua como mediador, encontra-se profundamente comprometido com seu objeto de estudo -, as agências alternativas de justiça não devem ter apenas a função de corrigir a disfuncionalidade do aparelho judicial, mas devem, principalmente, criar modos de regulação social, com vistas a uma maior flexibilidade, um menor formalismo e uma melhor adaptação às realidades sociais (36). Em outros termos, Bonafé-Schmitt considera que a estrutura de mediação deve ser um lugar de regulação autônoma e um lugar de socialização, que represente uma alternativa real ao modelo atual de regulação judiciária dos conflitos (37), ou seja, a expressão de um dos subsistemas existentes em uma sociedade tão diferenciada como a francesa.

Em suma, considerando que os entraves à constituição das *Boutiques de Droit* - enquanto exemplificativas do movimento de resolução alternativa dos conflitos - como um lugar de regulação autônomo podem ser resolvidos a médio prazo, através da apropriação dessas agências pela comunidade (38), o alternativo francês representa, sem dúvida, um espaço privilegiado para a aplicação da teoria da regulação. Afinal, esta tensão entre o público e o privado, esta dificuldade de socialização não se limita ao campo do alternativo, mas decorre da necessidade da sociedade francesa realizar simultaneamente os processos de desregulamentação do Estado e de regulação do Estado e da *sociedade civil*, tarefa megavelmente muito mais desafiante do que a que se apresenta à sociedade norte-americana que, para completar esse processo, necessita apenas criar novos pólos societais capazes de concorrerem com a regulação estatal.

## 2 - Alternativo, à la *cachaça*

Se, apesar desses entraves, torna-se possível a utilização do marco teórico da regulação para a apresentação do sentido do movimento de informalização da justiça e de criação de instâncias alternativas de resolução de conflitos na França, a importação desse modelo para a compreensão do alternativo no Brasil - e na América Latina - apresenta alguns obstáculos bem mais difíceis de serem ultrapassados.

Apesar do centralismo e do estatismo brasileiro, que, em certo sentido, parecem aproximarmos-nos da sociedade francesa, as transposições teóricas do norte para o sul devem considerar a especificidade da realidade latino-americana que, além de não vivenciar uma crise do Estado-providência - pelo menos nos moldes da enfrentada pelos países centrais -, fundamenta-se em um tipo de autoritarismo bastante diferenciado do caso francês. A acentuada desigualdade social, a marginalização dos segmentos sociais subalternos, os períodos de autoritarismo explícito, as dificuldades de constituição de uma cultura cidadã (39) e, principalmente, o caráter patrimonialista da dominação no Brasil afastam-nos do modelo francês.

Se, para a sociedade francesa impõe-se o desafio de criar fora do Estado outros lugares de regulação autônoma, no Brasil o movimento a ser realizado tem sentido inverso, já que se objetiva *ici* ocupar - finalmente - os espaços públicos apropriados privadamente por determinados grupos que lograram penetrar na máquina estatal. Em outros termos, o desafio para a sociedade brasileira consiste não em criar espaços autônomos na órbita do privado, mas sim em introduzir-se na máquina estatal, formalizando e positivando suas demandas e interesses.

Neste sentido, se o alternativo francês permitiu a aplicação da teoria da regulação trabalhada por seus próprios círculos acadêmicos, no caso brasileiro, o alternativo, mesmo considerando-se o termo como uma *umbrella* que abriga uma multiplicidade de sentidos, parece exemplificar a dificuldade - para não se radicalizar, denunciando a impossibilidade, já que o campo da resolução de conflitos tem sua especificidade - de se importar para o Brasil este marco teórico.

Para se evitar o risco de possíveis acusações de parcialidade - fundamentadas em se ter privilegiado nesta análise um dos conceitos de alternativo, dentre os muitos que circulam na sociedade brasileira -, optou-se por se fazer um passeio com esta *umbrella*, com vistas a se tentar aplicar a teoria da regulação a cada uma das múltiplas acepções emprestadas ao termo no Brasil (e, por extensão, na América Latina), a partir da construção de três modelos analíticos baseados na relação do alternativo com o ordenamento jurídico estatal tradicional.

### 2.1 - O modelo de transformação da ordem estatal

Em qualquer de suas vertentes, o modelo de transformação da ordem estatal constrói-se a partir de um movimento de subversão do ordenamento jurídico existente - percebido, a partir de uma leitura marcadamente marxista, como um instrumento de dominação e de proteção dos interesses da classe detentora do poder econômico e político - e de formalização e positivação das demandas dos setores subalternizados.

Ao contrário do verificado no caso francês, este modelo não objetiva a criação de outros pólos de regulação social, mas, conforme já indicado, a conquista do espaço público (leia-se, a conquista do direito e do Judiciário), de forma a tornar o Estado um agente regulamentador das demandas dos setores populares. Ao realizar este movimento em direção à regulamentação - e não em direção à regulação -, este primeiro modelo permite distinguir o processo francês do processo brasileiro, já que *ici* não se pretende ter um Estado meramente gerenciador, mas sim um Estado que exerça as funções de interdição e de prescrição a partir de outros compromissos de classe.

Apesar deste modelo apoiar-se no fortalecimento da *sociedade civil* através de suas organizações populares - principalmente na vertente das *práticas alternativas ao direito* -, este movimento de valorização do societal constitui, em verdade, um caminho estratégico, já que o objetivo, a médio e longo prazo, seria a transposição dessas organizações para o espaço do poder. Em outros termos, a concorrência que se estabelece, no presente, entre a regulamentação estatal e regulação desses novos pólos societais tende, em um segundo momento, caracterizado pela conquista do poder político, a ser esvaziada, pela sobreposição, pela fundição, dessa polaridade.

As duas vertentes deste modelo de transformação da ordem jurídica estatal exemplificam esta distinção existente entre o movimento francês de dejudicialização e o movimento brasileiro de judicialização.

### 2.1 - O uso alternativo do direito

À medida que o *uso alternativo do direito* representa um movimento realizado pelos próprios atores jurídicos estatais - os magistrados -, esta primeira variante do modelo de transformação da ordem jurídica estatal radicaliza a impossibilidade de transposição da teoria da regulação para a compreensão do alternativo produzido no Brasil.

Ainda que de tradição mais recente - sendo, em verdade, menos difundido, tanto no Brasil, como na América Latina em geral -, este movimento, inspirado na Magistratura Democrática Italiana (40), tem tido considerável expansão, principalmente entre os juizes do Rio Grande do Sul que, no exercício da função judicial, têm se esforçado no sentido de buscar uma interpretação das regras vigentes mais de acordo com as demandas dos setores populares.

Ao denunciar o mito da neutralidade do Poder Judiciário construído a partir da figura de um juiz imparcial, a corrente do *uso alternativo do direito* realiza um duplo movimento pois, se por um lado demonstra que o aparelho judicial historicamente foi utilizado para atender aos anseios dos segmentos (das classes) dominantes, por outro lado, assume uma opção política ao colocar o Poder Judiciário a serviço dos setores populares e de suas lutas (41). E, no assumido papel de *juizes orgânicos* - em oposição ao *juiz tradicional* representados pelos "guardiães da cultura dogmática, lógico-formal e idealista" (42), a estes magistrados cabe não apenas a tarefa de "buscar o justo no caso concreto", como também de "lutar para que sejam preservadas todas as conquistas alcançadas pelos menos favorecidos", "dar vazão às lutas populares, ou seja, construir arcabouços prático-teóricos que possibilitem vitórias ou avanços da luta popular" e "ampliar os conceitos já estabelecidos numa ótica libertadora ou restringir os conservadores, principalmente aqueles que se chocam, v.g., proprietário x posse; locador x locatário; credor x devedor; empregador x empregado". Em suma, este *novo* juiz pode - e deve -, por exemplo, considerar "legítima a invasão perpetuada pelos sem-terras, trabalhadores rurais que nela queiram exercer suas atividades, em áreas improdutivas, quer públicas ou privadas" (43).

Independentemente do papel desempenhado pelo forte movimento dos sem-terra do Rio Grande do Sul para a sensibilização dos juizes gaúchos e das acirradas críticas

que esta magistratura comprometida com os segmentos populares vem recebendo (44), inegavelmente trata-se de uma tentativa de transformação da ordem jurídica estatal que se gera dentro do próprio ordenamento jurídico e que não objetiva a criação de outros pólos de regulação no exterior no Estado, mas sim a substituição das forças políticas no interior da máquina estatal. Em suma, trata-se de um movimento que se resume à etapa da regulamentação, ainda que seja uma regulamentação sujeita à regras fundadas em outro pacto social.

### 2.1.1 - As práticas alternativas do direito

A segunda variante do modelo de transformação da ordem jurídica estatal - representada pelas organizações de prestação de serviços jurídicos para os segmentos subalternizados, como, no Brasil, o Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP) e o Gabinete de Assessoria às Organizações Populares (GAJOP), ou, na América Latina, o Instituto de Serviços Legais Alternativos (ILSA) - complementa a vertente do *uso alternativo do direito*, apesar de procurarem seus representantes diferenciarem-se do movimento dos magistrados por considerarem que os sujeitos e os protagonistas desse processo de transformação devem ser as organizações populares, e não os juizes.

Sem pretender penetrar nesta discussão em princípio inócua - uma vez que o avanço do movimento popular depende não apenas de organizações sociais fortes e advogados militantes, como também de juizes progressistas -, importa aqui perceber que a corrente das *práticas alternativas do direito* também não objetiva a construção de uma justiça societal, mas sim a construção de uma ordem jurídica estatal. Mesmo considerando-se que as atividades dos serviços de assistência jurídica, uma vez que procuram, através da educação legal e políticas a conscientização das organizações populares, esta vertente do primeiro modelo visa à substituição do direito oficial, e não a criação de "instâncias produtoras de um direito autônomo em relação à lei estatal" (a não ser enquanto etapa intermediária, estratégia, de conquista do poder). Ao se resgatar o direito comunitário, o direito insurgente, o direito dos oprimidos, o direito achado nas ruas (conforme as múltiplas denominações que recebe a ordem jurídica construída à margem do ordenamento jurídico estatal), pretende-se, em verdade, a construção de uma nova ordem jurídica estatal, mais justa porque tendo por referência os direitos humanos e as demandas dos segmentos marginalizados. Jogando com as palavras, a idéia seria trazer este direito achado na rua para dentro do palácio (de justiça).

Esta variante do modelo de transformação do direito oficial mantém, portanto, a direção centrípeta do movimento alternativo no Brasil: com base na estratégia de fortalecimento das organizações populares, procura-se caminhar não no sentido de criação de respostas societais e lugares de regulação autônomos, mas sim em direção ao Estado, ainda que seja um *otro Estado*, fundado sobre um *otro derecho*.

### 2.2 O modelo do alternativo paralelo ao direito oficial

Fundamentado na constatação da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas paralelas ou concorrentes ao direito oficial, este segundo modelo, ao reconhecer outros pólos de produção de direito - ou seja, outros pólos de regulação social -, representa a melhor aproximação que se pode realizar do alternativo brasileiro com a teoria da

regulação. Afinal, desde a década de setenta, com a investigação então desenvolvida, no Rio de Janeiro, por Boaventura de Sousa Santos, em uma área periférica internacionalmente conhecida como Pasárgada, não é mais possível negar-se a existência de um pluralismo jurídico na sociedade brasileira (latino-americana) (45)

No entanto, se o fenômeno demonstra, aparentemente, que um processo de constituição de agentes de regulação no exterior da esfera estatal, em verdade não se trata de movimento originado a partir da necessidade de se estabelecerem outros pólos de regulação concorrentes à regulação estatal (como nos Estados Unidos), nem mesmo de se substituir um Estado regulamentador por um Estado regulador (como na França). Ao contrário, o direito só é produzido de forma alternativa, paralela, em razão do profundo vazio de poder derivado da ausência de um Estado regulamentador que, independentemente de sua tendência megalomaniaca, nunca se preocupou em fazer presente nas áreas socialmente marginalizadas, a não ser através da polícia, ou seja, de seu braço repressor. Neste sentido, o alternativo detectado por Boaventura de Sousa Santos em relação às favelas cariocas apenas revela um esforço desesperado de criação de alguma forma de juridicidade para gerir as relações sociais de uma localidade abandonada à deriva (46).

As dificuldades de utilização da teoria da regulação, no entanto, não se resumem à origem de um alternativo nascido não da necessidade da redução da intervenção estatal, mas sim da necessidade de ocupação do vazio deixado pelo poder público, mas são acrescidas da revelação - realizadas pelas investigações sócio-jurídicas mais recentes - da negatividade dessa juridicidade alternativa que, nas favelas do Rio de Janeiro, tem assistido à substituição da associação de moradores pelo crime organizado, enquanto *locus* de resolução de conflitos.

Privilegiando a violência e a justiça privada, esta juridicidade alternada traduz-se, cada vez mais, na aplicação de um código penal muito arbitrário do que o código penal estatal. Quer se trate da aplicação de um *tiro na mão* (ou, na recusa, de um *tiro na rótula*) como pena para os pequenos furtos (47), ou da aplicação de castigos físicos, obrigando os sancionados a rondar em vários turnos e a trabalhar em obras comunitárias durante o dia "para que vejam o que sofremos rondando e não voltem a rondar", esta juridicidade das bocas-de-fumo cariocas e das Rondas Campesinas peruanas traduz tanto práticas inconstitucionais, como ilícitos penais, conforme são obrigados a reconhecer até mesmo aqueles que pretendem ver nos castigos físicos práticas democráticas (49).

Se estas juridicidades alternativas representam as respostas societais geradas na sociedade latino-americana, o mínimo que se pode fazer é lamentar a perversidade deste caminho que nos distancia das garantias individuais e dos direitos humanos tão arduamente incluídos em nossas constituições. Em outros termos, se a concorrência com a regulação estatal deve ser realizada com mutilações - quando não mortes - e castigos físicos, talvez fosse melhor permanecer na fase de regulamentação de um Estado que, de certa maneira, tem se *esforçado* por voltar ao caminho democrático (49).

### 2.3 - O modelo de complementação da justiça tradicional

Criado pelo próprio Estado brasileiro, que parece desconhecer que um Estado verdadeiramente moderno não pode conduzir o processo de modernização, os Juizados Especiais de Pequenas Causas aparentemente traduzem uma estratégia de desregulamentação a exemplo da que foi realizada pelo Estado francês na década de setenta, com a implantação da figura do conciliador e das *Boîtes Postales 5000*. Através de uma justiça mais informalizada e de uma maior flexibilização do Poder Judiciário, ou seja, do próprio Estado, os Juizados de Pequenas Causas poderiam indicar, finalmente, a possibilidade de utilização da teoria da regulação para a apreensão do sentido de pelo menos uma das manifestações do alternativo no Brasil.

Se, inspirado nos *Small Claims Courts* norte-americanos os Juizados de Pequenas Causas representavam uma tentativa de democratização do Estado brasileiro instado a abandonar seu autoritarismo explícito, o sentido dessa nova agência judicial informalizada só pode ser apreendido a partir do discurso estatal veiculado no início dos anos oitenta. Ao mesmo tempo em que se impunha a tarefa de desburocratizar as atividades estatais - já que desburocratização era considerado sinônimo de democratização -, era imperioso descongestionar a Justiça e dar algum tipo de resposta para aplacar uma violência em ebulição (50). Para atender a todos estes objetivos, foram criados os Juizados Especiais de Pequenas Causas, agência que, para configurar uma alternativa à Justiça tradicional, privilegia a conciliação, em um procedimento simplificado.

A limitação da atuação destas novas agências - uma vez que a competência para apreciação de causas cíveis patrimoniais limitadas ao teto de vinte salários mínimos só com a nova Constituição foi ampliada, de forma a abranger também questões penais de menos importância (51) - revela, no entanto, um descompasso entre a justificativa produzida pelo estado para a criação dos Juizados de Pequenas Causas e o poder efetivo dessa Justiça informal. Afinal, não seria a solução de conflitos entre consumidores da classe média baixa e pequenos (ou grandes) comerciantes em razão de televisores defeituosos que poderia funcionar como válvula de escape para uma violência potencial existente na sociedade brasileira. Também não seria a composição de interesses em torno de um terno manchado por uma lavanderia que iria resolver o problema do congestionamento do Poder Judiciário.

Desta forma, ao privilegiar o tratamento de questões até então *humped*, os Juizados de Pequenas Causas podem, no máximo, ser considerados como uma experiência de desregulamentação, como as *Boîtes Postales 5000*. No entanto, esta desregulamentação não foi seguida, ao contrário do ocorrido na França, por nenhuma resposta societal que indicasse estarmos percorrendo o caminho da regulação. Ao contrário, todas as experiências recentes de informalização da Justiça, muitas das quais já abrindo espaço para o Código do Consumidor aprovado neste ano - como a Defensoria do Consumidor, a Promotoria nos Bairros, a Procuradoria do Consumidor, a Câmara de Conciliação Municipal, todas agências alternativas que podem ser mapeadas no cenário jurídico do Rio de Janeiro - foram implantadas por iniciativa absoluta do Estado. Se, no caso francês, o Estado procura se camuflar nas respostas societais, *ici* sua presença é explícita; a única alteração substantiva decorre de ter o Poder Judiciário compartilhado com os outros poderes - Legislativo e Executivo - a competência para a administração

dos conflitos. Mas, sob qualquer de suas formas, é o Estado apenas que se movimenta neste modelo.

### 3 - Conclusão

Apesar de todo esforço de se utilizar a teoria da regulação para a apreensão do sentido de cada uma das formas que se escondem na "umbrella" do alternativo no Brasil, parece que, mais uma vez, as teorias importadas do além-mar correm o risco de naufragarem no meio do oceano.

A não ser sob uma forma perversa (como a que vem caracterizando o modelo do alternativo paralelo ao direito oficial), todos os demais movimentos alternativos produzidos no Brasil ou são conduzidos pelo próprio Estado ou objetivam penetrar na ordem jurídica estatal, invertendo o caminho que vem sendo percorrido nos países centrais e, mais especificamente, na França. Ao se tornar centrípeto um movimento que *lá-bas* é centrífugo, desmorona-se a teoria da regulação que pressupõe a saída - camuflada ou real - do Estado e transposição de suas funções, inclusive as tarefas liberais mais clássicas, para a *sociedade civil*.

Se, tanto a França como o Brasil têm um longo caminho a percorrer em direção ao modelo poliárquico da sociedade norte-americana, que combina um baixo grau de intervenção do poder público com um alto grau de organização societal, a distância entre as sociedades francesa e brasileira ainda é enorme. Trata-se, em verdade, da distância que separa um estado burocrático moderno de um Estado patrimonialista; da distância que separa uma sociedade com uma classe média forte de uma sociedade com parcela expressiva da população vivendo abaixo dos índices mundiais de pobreza. Em suma, da distância que diferencia uma bebida fermentada de uma bebida destilada.

## NOTAS

- (1) JUNQUEIRA, Eliane. *A sociologia jurídica brasileira através do espelho Montpellier*, mimeo., 1991.
- (2) Cf. COMAILLW, Jacques & PERRIN, Jean-François. *Le modèle de Janus de la sociologie du droit. Droit et société*. Paris,(1):95-110, aout, 1985, p.107.
- (3) SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, (21): 11-37, nov. 1986
- (4) Nesta reflexão, escrita no Rio de Janeiro, inverteu-se, em relação ao texto anterior, a referência ao *ici e lá-bas*.
- (5) Como, por exemplo, o *Centre d'Etudes et de Recherche sur la Théorie de l'Etat*, da Universidade de Montpellier, coordenado por Michel Miaille.
- (6) O termo mediação é utilizado pelos franceses ao se referirem a qualquer das agências sociais de resolução de conflitos.
- (7) A referência a esta *explosão de litigiosidade* não significa uma tomada de posição em relação a este argumento ou em relação às correntes formalistas e antiformalistas. Sobre este debate, cf. GALANTER, Marc. *Reading the land scape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society*. *UCLA Law Review*. Los Angeles, 31(1):4-72, oct. 1981, p. 8
- (8) COHEN-TANUGI, Laurente. *Le droit sans l'Etat: sur la démocratie en France et en Amérique*. Paris, PUF, 1985.
- (9) *Ib. ibid.*, p. 157.
- (10) CROZIER, Michel. *État Moderne, état modeste*. [Paris], Seuil, 1991.
- (11) Tentando explicar a diferença entre regulamentação e regulação, Michel Crozier considera que o primeiro conceito caracteriza-se por uma intervenção regulamentadora da força pública, enquanto o segundo por uma atuação automática do mercado. Em ciências sociais, mais especificamente, regulação designa "a ação dos mecanismos de correção que mantêm um sistema em existência". Crozier observa que, além dessa regulação automática do mercado, existem outras formas de regulação, como, por exemplo, a *auto-regulação* do social. Cf. CROZIER, Michel. *Op. cit.*, p. 116-118 e 148.
- (12) *Ib. ibid.*
- (13) COHEN-TANUGI, Laurent. *Op. cit.*, p. 143. O autor acrescenta que o Estado francês não tem uma tradição de regulação, pois ou bem prescreve, ou bem interdita.
- (14) HABERMAS, Jurgen. *Le discours philosophique de la modernité*. Paris, 1985, p. 428.
- (15) O termo societal - e, por consequência, socialização - é utilizado para a referência ao movimento realizado pela sociedade, diferenciando-se do termo social, que pode incluir também a idéia de Estado. A este respeito, cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit*. Paris, PUF, 1986.
- (16) ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-Providence*. Paris, Seuil, 1981, p. 48. Textualmente, Rosanvallon considera que "não há mais bastante social entre o Estado e os indivíduos".
- (17) A este respeito, cf. *Carriers do Certe*.
- (18) O termo é empregado por Guillem Dezeuze, pesquisador do CERTE, para indicar a auto-regulação.
- (19) Expressão utilizada por Michel Miaille, no mesmo sentido.
- (20) A este respeito, cf. BOYER, Robert. *La théorie de la régulation: une analyse critique*. Paris, La Découverte, 1986.
- (21) BOURDIEU, Pierre. *A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico*. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa, DÍEFEL; Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1989.
- (22) A diferença reside em se ter um processo de saída do jurídico ou do judiciário.
- (23) O termo é utilizado para indicar a prática de se deixar um conflito jurídico sem tratamento judicial.
- (24) O conciliador foi criado por iniciativa do Ministério da Justiça, no ano de 1977. Apesar de ter obtido um sucesso relativo, esta instituição enfrentou significativas

resistências por parte dos advogados e magistrados, motivo pelo qual a experiência foi desativada em 1981. As *Boltes Postales 5000* (BP 5000) foram criadas em 1976, por iniciativa da Secretaria de Estado para o consumo, com competência para o tratamento amigável de conflitos de consumidores. Bonafé-Schitt cita ainda duas outras figuras - a do morador, para questões relativas à permissão de construção, e os mediadores médicos, para os conflitos envolvendo, principalmente, responsabilidade médica - para fechar o quadro das iniciativas estatais de desregulamentação tomadas no período de 1976-1981. Cf. BONAFE-SCHITT, Jean Pierre. *Les justices du quotidien: les modes formels et informels de règlement des petits litiges*. Lyon, Glysi, 1986.

- (25) *Ib. ibid.*
- (26) As *Boutiques de Droit* são associações de caráter privado nos termos da lei de 1901.
- (27) BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation de quartier: mieux vivre en commun. Le group familial*. Paris, (124): 61-68, juil-sept. 1989, p. 64-5.
- (28) As *Boutiques de Droit*, por exemplo, são criadas por iniciativa dos *artisans du programme lyonnais de médiation*. *Ib. ibid.*, p. 64.
- (29) *Ib. Ibid.*, p.63.
- (30) Os *artisans du programme lyonnais de médiation* têm, pelo que podemos observar na visita a estas agências, formação jurídica.
- (31) Quando a questão extrapola a competência das agências, os mediadores indicam alguns advogados do bairro.
- (32) BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation de quartier: mieux vivre en commun*. Op. cit., p. 67.
- (33) ROSANVALLON, Pierre. Op. cit., p. 117 (grifo nosso).
- (34) O conceito de localidade substitui o equivocado conceito de comunidade, considerando que somente a "condensação espacial de políticas públicas e sua incidência em uma cotidianidade compartilhada pelos atores produz a sua unidade social efetiva". Cf. JUNQUEIRA, Eliane & RODRIGUES, José Augusto de Souza. *A volta do parafuso: cidadania e política*. In: SANTOS JÚNIOR, Belisário dos et alii. *Direitos Humanos: um debate necessário*. São Paulo, Brasiliense, 1988, p.127.

- (35) A este respeito, cf. as obras citadas de Bonafé-Schmitt.
- (36) BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. *Une esquisse d'état des lieux de la médiation. Le groupe familial*. Paris, (125): 5-15, oct-dec. 1989, p.6..
- (37) BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation de quartier: mieux vivre en commun*. Op. cit., p.62.
- (38) Um caminho para esta comunitarização seria a intensificação do recrutamento de mediadores não-profissionais residentes no *quartier*. Cf. BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation de quartier: mieux vivre en commun*. Op. cit.
- (39) Expressão utilizada para indicar a ausência de um sentimento de cidadania no Brasil.
- (40) Movimento ocorrido na Itália, no final da década de sessenta. Cf. TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid, Taurus, 1977.
- (41) CARVALHO, Amilton Bueno de. *Jurista orgânico: algumas contribuições*. *Ajuris*. Porto Alegre, (42): 87-106, mar. 1988.
- (42) FARIA, José Eduardo. *Pela democratização do Judiciário. Coleção Seminários*. Rio de Janeiro, (7): 11-17, 1987, p.14.
- (43) CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 92.
- (44) Alguns classificam o movimento gaúcho como uma *magistratura rebelde*, que deve ser processada. Entrevista de Celso Bastos, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ao Jornal da Tarde. Apud Karan, Elizabeth. *O direito alternativo dos juizes gaúchos*. *Jornal da USP*. São Paulo, 1 a 7 de abril de 1991, p. 4.
- (45) O termo empregado em sua acepção mais simples, para indicar a presença de uma pluralidade de ordens jurídicas no mesmo espaço social.
- (46) SANTOS, Boaventura de Sousa. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. *Law & Society Review*. Denver, 12(1): 5-126, fall 1977.

- (47) JUNQUEIRA, Eliane & RODRIGUES, José Augusto de Souza. Op. cit.
- (48) FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El componente étnico-cultural y la "informalidad" en el control social en América Latina*. Peru, mimeo, 1990.
- (49) Ib. ibid.
- (50) A Justificativa do Anteprojeto de Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas dizia: "Haveria, ademais, o perigo da litigiosidade contida que, somada a outros tantos sentimentos de injustiça social, poderá irromper em forma de atos violentos e incontroláveis de justiça de mão própria".
- (51) Constituição Federal, art. 98: A União, o Distrito Federal, e os Estados criarão. I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de primeiro grau.

## As Instâncias Reguladoras Na Nova Constituição Do Estado do Rio de Janeiro

Francisco Mauro Dias (\*)

A circunstância de a existência de *autoridades administrativas independentes*, assim nominadas e categorizadas no direito público francês, modificar a apresentação tradicional da organização administrativa do Estado - estudada, a brasileira, e.g., por BEATRIZ WAHRLICH<sup>1</sup> - interessou-me, no programa sobre a regulação, recentemente ultimado após desenvolvimento no âmbito do Acordo PUC-Rio - CAPES - COFECUB, no estudo das possíveis conclusões que poderiam resultar de uma pesquisa relativamente à existência, prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de *autoridades administrativas independentes* no seio da Administração Estadual.

### 1. O Projeto de Análise

O Projeto de Análise, redigido de forma sintética, teve a seguinte apresentação:

"A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada em 5 de outubro de 1989, dedicou, no Capítulo da Administração Pública, um Seção ao Controle Administrativo (e, pois, dos atos administrativos) que deverá ser exercido pelo Poder Legislativo, o Ministério Público, a Sociedade e a própria Administração. O parágrafo único do artigo 79 estabeleceu a criação de uma instância colegiada e administrativa para dirimir controvérsias, resolver as situações contenciosas Estado/Administração Pública

(\*) Professor Livre Docente do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

<sup>1</sup> *Organisation gouvernementale et administrative orientée vers le processus de développement national au Brésil*. *Révue Française d'Administration Publique - I.I.A.P.*, número 7, Juin - Sept. 1978, p. 59-89.

X Funcionários do Estado/Administração Pública. Será a instância administrativa constitucionalmente prevista uma *instância reguladora*, que possa ser considerada integrante da categoria das *autoridades administrativas independentes*?

O parágrafo único do artigo 316 da Constituição Estadual prevê que a metade do *Conselho de Educação* é eleita pela Assembleia Legislativa e o parágrafo único do artigo 320 que o *Conselho de Cultura* terá sua composição submetida, analogamente, à aprovação do Poder Legislativo. Terão esses *Conselhos* a feição de *Instâncias Reguladoras*?

São características dessas Instituições Constitucionais que nos propomos a analisar, sob condição de aprovação do projeto".

O Professor JEAN-LOUIS AUTIN, no desempenho de supervisor do programa, de que se desincumbiu magnificamente, ofereceu ao projeto de pesquisa assim apresentado duas contribuições muito interessantes:

a) "Il s'agirait d'esquisser un modèle brésilien d'autorité administrative indépendante, en précisant les caractéristiques sur les plans organique et fonctionnel";

b) "Il faudrait donner à la recherche une dimension supplémentaire: Comme il est peu fréquent, en tout cas en France, de voir traiter des institutions administratives et de leur fonctionnement dans le cadre de la Constitution, il serait très intéressant d'essayer de préciser à travers l'étude des dispositions qui y sont consacrés les contours de ce qu'on entend par fonction administrative par rapport à la fonction gouvernementale. Ce qui rejoint d'ailleurs notre interrogation sur la régulation, puisque l'on retient l'hypothèse que l'administration remplit une fonction d'intermédiaire entre l'État et la Société civile".

Tais contribuições foram adotadas no desenvolvimento do projeto.

2. As Instâncias Reguladoras e sua Categoria Jurídica: esses órgãos, instituídos no quadro da Constituição Estadual, no seio da administração, exercem uma função de autoridade e são dotados de uma organização específica que lhes assegura independência no respectivo desempenho ?

As *Instâncias Reguladoras* sob estudo parecem distintas, a uma só vez, das autoridades desconcentradas e descentralizadas, não estando subordinadas nem ao poder de um superior hierárquico nem ao controle de uma autoridade de supervisão ou tutela. Elas se subtraem a qualquer *poder de instrução* e dispõem, no exercício, de

competência traçada à sua ação administrativa, são dotadas de verdadeiro poder de decisão e de uma *independência, ainda que relativa, garantida pelas regras precisas de composição, estabelecidas, como se verá para o Conselho de Educação, no quadro da Constituição* Estadual. Seu estatuto seria, então, de *autoridade administrativa independente*.

Tais Instâncias Reguladoras exercem, também, um *magistério moral*.

3. O Caráter Público das Instâncias Reguladoras e sua Vinculação ao Poder Executivo

As *Instâncias Reguladoras* de que se fala têm um caráter público: elas tem sua criação prevista no quadro institucional da Constituição; sua criação depende de lei, são mantidas à conta de dotações do orçamento da Administração Pública, suas atribuições são desempenhadas por agentes públicos e seu regime jurídico é de direito público administrativo. Ao critério adotado pelo Professor OLIVER DUGRIP<sup>2</sup>, essas *Instâncias Reguladoras* são "*parties inhérentes de l'État, dont elles ne s'en distinguent pas: dépourvues de la personnalité morale, elles représentent juridiquement l'administration de l'État au nom et sous la responsabilité de laquelle elles agissent. Autorités de l'administration de l'État, elles ne disposent d'aucun patrimoine propre: elles bénéficient d'une dotation annuelle, inscrite au budget de l'État*".

No Brasil e no Estado do Rio de Janeiro, entretanto, essas Instâncias Reguladoras não são omitidas pela Constituição, embora não sejam "*órgãos institucionais*". Elas não são vinculadas ao Legislativo e não têm por atribuição dirimir controvérsias e dizer o direito *senão no seio da Administração*, não são verdadeiramente jurisdições, apesar de suas decisões serem *quase jurisdicionais*:

A) O artigo 79 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

" Art. 79 - O controle dos atos administrativos do Estado e dos Municípios será exercido pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público, pela sociedade, pela própria administração e, no que couber, pelo Tribunal de Contas.

Parágrafo único - Haverá uma instância colegiada administrativa para dirimir controvérsias entre o Estado e seus servidores públicos civis".

B) O artigo 316 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

<sup>2</sup> *Les autorités administratives indépendentes*, in *Récueil de Notices: Droit Administratif et administration* N° 10, Paris, La Documentation Française, 1980.

" Art. 316 - O Conselho Estadual de Educação, incumbido de normatizar, orientar e acompanhar o ensino nas redes pública e privada, com atribuições e composição a serem definidas em lei, terá os seus membros indicados pelo Governador do Estado entre pessoas de comprovado saber, com representantes das entidades mantenedoras de ensino, dos trabalhadores do ensino e dos usuários.

Parágrafo Único - A composição da metade do Conselho a que se refere este artigo terá a indicação de seus membros referendada pela Assembléia Legislativa".

A Instância Reguladora das situações contenciosas Administração/Funcionários Cíveis do Estado é denominada "CONSELHO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS DOS SERVIDORES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CRASE/RJ" e preexistia à nova Constituição Estadual. Tinha sido prevista, nos idos de 1961, na Constituição do antigo Estado da Guanabara. Regulada por uma lei de criação do final do mesmo ano de 1961, sobreviveu, sofrendo modificações de sua *composição colegiada*, até a última, que a modificou para torná-la *paritária* entre representantes da Administração e dos Funcionários (Lei número 598, de 09 de novembro de 1982), quando me encontrava na titularidade da Secretaria de Estado de Administração e a Constituição Federal previa a possibilidade, *jamais concretizada*, de criação de um verdadeiro *contencioso administrativo* da primeira instância para as "questões de pessoal".

Repositório de legislação editado pela Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro ("CONSELHO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS - Administração de Pessoal. Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Administração, 1983") contém todo o regramento legal e regulamentar dessa instância administrativa, cuja composição e funcionamento subsistem inalterados, vigente, por "recepção" pela Constituição Estadual de 1989, a Lei de 1982.

Os Conselhos de Educação e de Cultura também preexistiam à promulgação da nova Constituição do Estado, que lhes ratificou a existência, alterando-lhes, entretanto, a composição para adequá-la à participação da Sociedade civil, inerente ao Estado Democrático de Direito, de instituição solenemente proclamada no frontispício da Constituição da República de 1988.

Essas Instâncias Reguladoras são, pois, órgãos colegiados de caráter público, vinculados ao Poder Executivo, integrantes de sua administração direta, em cujo seio se distinguem como uma categoria jurídica específica.

Se bem que vinculadas, seja ao Secretário de Estado de Administração seja aos Secretários de Estado da Educação ou da Cultura, que as presidem, as Instâncias Reguladoras CONSELHO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS DOS SERVIDORES DO ESTADO - CRASE/RJ, CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO E CONSELHO ESTADUAL DE CULTURA não se inserem na

hierarquia das Secretarias de Estado e não estão subordinadas, na sua atuação quase jurisdicional, nem ao poder hierárquico nem à supervisão ou "tutela".

4. O Exercício de uma função de autoridade de que são investidas as Instâncias Reguladoras de que se trata

Essas Instâncias Reguladoras tem uma autoridade jurídica: são encarregadas, como se viu, de uma *missão de regulação* (regular ou dirimir situações contenciosas no seio da Administração ou normatizar o desenvolvimento de setores da vida social, o ensino ou a cultura), para cujo exercício dispõem de poderes de natureza jurídica. Exercem, além disso, um *magistério moral* nos setores em que são competentes para atuar. A *missão de regulação* a que se alude comporta desdobramentos nitidamente diferenciáveis:

- 4.1 A missão de regulação, *strictu sensu*.
- 4.2 O poder regulamentar derivado ou de segundo grau.
- 4.3 O poder de decisão *causística* individual.
- 4.4 O poder de controle.
- 4.5 O *magistério moral*.

Essas Instâncias Reguladoras, *autoridades administrativas independentes*, dispõem de poderes de *proposição* que as associam à modificação da legislação ou da regulamentação em vigor; de *edição*, por vezes, de *normas gerais de observância obrigatória, com caráter normativo*, constituindo verdadeiros regulamentos; e de *decisão causística* ou *individual*, mediante provocação dos administrados, sejam funcionários civis sejam estabelecimentos de ensino, pais de alunos ou estes mesmos; de *controle*, permitindo-lhes velar pelo cumprimento da lei e da regulamentação pertinentes ao setor no qual exercem sua competência e pelo respeito das decisões individuais que hajam tomado.

Por exemplo:

1) O parágrafo 4o. do artigo 7o. do Regimento Interno do CONSELHO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS DOS SERVIDORES DO ESTADO - CRASE/RJ estabelece:

" Art. 7o. - Ao CRASE/RJ compete:

.....  
 II - pronunciar-se sobre as consultas que lhe forem formuladas pelo Secretário de Estado de Administração, pelo Superintendente de Administração de Pessoal, ou pelo Presidente da Comissão de Classificação de Cargos, sobre matéria que possa ser objeto de recurso;

.....  
 4o. - Os pronunciamentos de que trata o inciso II deste artigo, depois de

aprovados pelo Secretário de Estado de Administração, constituirão atos normativos, cuja aplicação se estenderá a casos semelhantes".

2) A Lei Federal no. 8.039, de 30 de maio de 1990, foi editada consubstanciando uma disposição (art. 2o.), segundo a qual "os valores das mensalidades escolares relativas a abril de 1990 seriam as mesmas do mês anterior, sendo obrigatória sua homologação pelo Conselho Federal e pelos Conselhos de Educação dos Estados, nos limites de sua competência.

Essas autoridades administrativas independentes, as Instâncias Reguladoras na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, exercem, também, um magistério moral, eis que tem os meios de se fazerem ouvidas pelas autoridades do Estado, pelos interessados e pela opinião pública nos setores de atividade em que têm competência.

Muito raramente, por exemplo, os funcionários da Administração que hajam colhido uma decisão desfavorável, proferida em grau de recurso hierárquico jurisdicionalizado perante o Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado - CRASE/RJ se endereçaram ao Poder Judiciário em busca de uma decisão reformadora dos julgamentos dessa Instância Reguladora de suas controvérsias ou situações contenciosas no seio da Administração.

##### 5. Seu Estatuto de Independência Relativa Diante do Poder Político

As Instâncias Reguladoras de que se trata beneficiam-se de garantias de independência orgânica e funcional adequadas à sua proteção contra pressões externas.

O simples fato de, no Estado do Rio de Janeiro, verem-se tratadas essas instituições administrativas no quadro da Constituição tem o alcance de uma garantia de sua existência e atuação ao abrigo de pressões do Governo, que não pode recusar a designação, por exemplo, de membros indicados para sua composição, seja pela Federação das Associações dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, no caso do CRASE/RJ, seja pela Assembléia Legislativa, no caso do Conselho de Educação.

A independência orgânica: resulta das regras de designações dos membros das Instâncias Reguladoras estudadas, porque, autoridades administrativas independentes, têm uma composição colegiada precisamente definida, seja pela própria Constituição, no caso do Conselho de Educação, seja pelos textos constitutivos, de origem legislativa, no caso do CRASE/RJ.

O CRASE/RJ, por exemplo, tem uma composição de representantes do Estado e dos Funcionários, igualitária nas "Câmaras". São 16 membros efetivos e 8 suplentes. São nomeados para um mandato fixo e relativamente longo: cinco anos, e seu mandato é renovável, mas, em princípio, irrevogável.

A independência funcional: é assegurada pela autonomia de gestão material e financeira reconhecida a essas Instâncias Reguladoras. Elas tem pessoal próprio, regularmente alocado à sua lotação, sujeito à autoridade (poder hierárquico) de seu presidente, colocado à sua disposição ou recrutado diretamente. Têm poder de auto-organização dos seus serviços e de elaboração dos respectivos Regimentos Internos, ainda que dependentes de aprovação, homologação ou edição de autoridade hierárquica que, entretanto, também as integra, presidindo-as, e as condições sob as quais se desincumbem de sua missão, sem que esta apreciação possa ser posta em causa, seus membros não se encontrando adstritos a instruções de qualquer autoridade, nas mesmas condições.

Certamente os liames com o Poder Executivo não são rompidos, nem sobre o plano orgânico nem sobre o plano funcional e sua independência do poder político não é senão relativa, porque o Governo retém a responsabilidade da definição e da aplicação da política a ser conduzida nos domínios pertinentes, política de pessoal, política educacional, política cultural.

De tudo o que se expôs emerge evidente que as Instâncias Reguladoras na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada em 05 de outubro de 1989, cumprem uma missão de via intermediária entre o Estado - e, no seio deste, a Administração - os cidadãos e administrados. Nesse sentido, como o observou OLIVER DUGRIP (Op. cit.), essas autoridades administrativas independentes "constituent un rempart pour les citoyens", os administrados, os funcionários, "contre certains risques d'abus de pouvoir, de l'administration ou de groupes d'intérêts privés. Elles leur offrent une garantie de neutralité et d'objectivité".

# OS CONSELHOS POPULARES DURANTE A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DO PARTIDO DOS TRABALHADORES (PT) EM SÃO PAULO

Joaquim Leonel de Resende Alvim (\*)

## 1. Questões Iniciais

Farei, inicialmente, algumas considerações comparativas sobre o fenômeno da regulação e sua teorização no âmbito das recentes publicações do CERTE, relacionando-as à realidade brasileira e, posteriormente, ao meu próprio tema de pesquisa.

O fenômeno da regulação nos países centrais e, particularmente, na França — que tem sido o nosso referencial básico através das publicações e do estudo conjunto com o CERTE — aparece ligado ao quadro da crise do Estado Providência e à tentativa de uma redução da demanda social em face do Estado, de modo diverso de um simples retorno ao "mercado". A temática da regulação vincula-se, portanto, a novas formas de gerenciamento social que viabilizem a limitação: (1) do crescimento das demandas em face do Estado e (2) da ingerência deste Estado na resolução dos conflitos sociais.

Devido a diversidades em nossa formação enquanto sociedade, o fenômeno da regulação assume aqui aspectos diferentes.

Não houve, no Brasil, uma efetivação da ordem liberal e, historicamente, visualizamos um descompasso existente entre o Estado e o efetivo reflexo por parte deste dos conflitos sociais. Muito mais do que refletir os conflitos de nossa sociedade, aparecendo como *algo* construído por essa sociedade a partir de suas diversidades, o Estado Latino-Americano atuou como formador desta sociedade. Ocupou desde cedo o espaço que nos países centrais foi ocupado pela organização da sociedade civil.

---

(\*) Mestre em Ciências Jurídicas na PUC-Rio. Doutorando em Direito na Universidade de Montpellier. Membro do grupo de pesquisa do acordo CAPES - COFECUB 098/89.

É sobre este contexto de nossa formação enquanto sociedade que relaciono questões da crise do Estado Brasileiro e novas formas de gerenciamento social.

## 2. Conselhos Populares e Regulação

O presente trabalho desenvolve uma pesquisa de campo sobre a experiência dos Conselhos Populares durante a administração Municipal do PT em São Paulo, vinculando este material empírico a questões referentes à temática da regulação.

A temática dos Conselhos Populares faz parte da conflitualidade do projeto de participação popular levado a níveis concretos, onde passa a envolver tensões entre a orientação partidária e as ações da Administração na busca de um novo papel para o Estado, diferente daquele interventor e direcionador dos conflitos sociais.

No início da Administração (1989), foi a população convocada para a discussão regionalizada de suas problemáticas. Tais encontros entre a população e a Administração ficaram conhecidos como plenários populares. Estas plenárias eram vistas por setores do PT como embriões dos Conselhos Populares, tão debatidos durante toda a campanha eleitoral, mas sem nenhuma linha política definida pela Administração até aquele momento.

Observa-se, porém, nas primeiras ações da Administração, que a mesma estimulava e apoiava a organização da população de forma autônoma, com vistas à formação de Conselhos Populares independente do Estado. Estas ações iniciais e o próprio discurso do governo aproximavam-se da retórica partidária da campanha eleitoral no tocante à formação dos Conselhos Populares.

A concepção dos Conselhos Populares como objetivo estratégico na construção de um poder popular que, através do seu desenvolvimento, conseguiria se impor ao poder institucional, está presente na militância do PT com características basistas. Tal concepção fazia parte das diretrizes que o Partido colocava para o governo, cobrando a necessidade do vínculo da Administração aos objetivos estratégicos do Partido no incentivo da participação e organização popular.

A vinculação entre as plenárias populares e a formação dos Conselhos Populares, bem como a necessidade do estímulo da Administração às iniciativas de organização popular, estão presentes na organização do Partido constante do início da administração, conforme observa-se na Resolução sobre Conselhos Populares emitida pela Executiva do Diretório Municipal do PT/SP em 10 de fevereiro de 1989.

"item 8 - As Plenárias Populares que realizamos em dezembro podem ser uma referência importante para pensarmos este problema.

Podemos convocá-las por iniciativa do Partido, com o objetivo de discutir uma pauta comum de temas de interesse decisivo para a população trabalhadora... Estas reuniões podem inclusive ter seu peso político fortalecido pela presença de pessoas expressivas da Administração, e nelas serem formadas coordenações amplas e representativas..., visando encaminhar as lutas e aprofundar a própria discussão dos Conselhos.

Aí pode ser desenvolvida a prática de prestação de contas periódica de mandato permitindo que as Plenárias Populares venham a se afirmar como legítimos foruns de organização popular, autênticos Conselhos Populares."<sup>1</sup>

A característica da contraposição entre os conselhos Populares e o Sistema Institucional também se faz presente, conforme consta das resoluções do 4º Encontro Municipal do PT/SP, realizado entre 5 e 7 de maio de 1989:

<sup>1</sup> Executiva do diretório Municipal do PT/SP "Resolução sobre Conselhos Populares", de 10 de fevereiro de 1989.

"item 189 - Ele (Conselho Popular) deverá se impor aos poderes institucionais pelo seu vigor, pela sua amplitude".<sup>2</sup>

Devido à forma como a participação popular foi desenvolvida setorialmente pelos movimentos populares em canais abertos diretamente com as Secretarias, o Partido passa a explicitar a diferença entre esta forma de participação e os Conselhos Populares, conforme consta do item 2 da resolução sobre Conselhos Populares, anteriormente citada:

"item 2 - A elaboração já acumulada pelo Partido, integrada ao Programa de Governo do PT, parte da distinção entre as formas de organização autônomas, independentes do estado e da máquina administrativa (que constituem o que normalmente chamamos de *movimento* ou *sociedade civil*), onde se coloca a questão dos Conselhos Populares, e a organização de canais institucionais de participação popular na Administração (como é o caso dos Conselhos de Saúde, Transportes, Comissões de Funcionários ou quaisquer outros mecanismos de democratização de estrutura do Estado no Município)".<sup>3</sup>

A segunda forma de participação vincula-se ao espaço institucional, enquanto que a primeira se vincula à estratégia de organização de poder popular. Portanto, a temática dos Conselhos Populares no início da Administração está ligada, basicamente, à expectativa dos desdobramentos das plenárias populares, tais desdobramentos estão envolvidos em diversas problemáticas que serão analisadas posteriormente. É nesse momento que a Administração começa a distanciar-se das práticas iniciais de incentivos à participação nas plenárias. Concordando com Pedro Jacobi:

<sup>2</sup> Item 189 das resoluções do 4º Encontro Municipal do PT/SP, dias 5, 6 e 7 de maio de 1989, parte referente à participação popular.

<sup>3</sup> Executiva do Diretório Municipal do PT/SP, Resolução sobre Conselhos Populares, de 10 de fevereiro de 1989.

"... com o passar dos primeiros meses da gestão, a administração se recicla face à questão dos Conselhos Populares, explicitando tratar-se de formas totalmente autônomas que independem da dinâmica organizacional do Executivo e cuja viabilização decorre pura e exclusivamente da capacidade de aglutinação de forças da população de cada bairro ou região.

O que se verifica é que a argumentação confusa em torno do relacionamento Administração/Conselhos Populares deu espaço para a emergência de posições marcadas por forte viés conservador, promovendo um clima de hostilidade de diversas forças sociais ao executivo Municipal..."<sup>4</sup>

Com esta mudança de posicionamento da Administração e a constante indefinição das estratégias de participação, fato este que deve ser considerado plenamente aceitável em face da complexidade do processo, começam cobranças de setores do Partido e do Movimento Popular para com o governo, no sentido de serem efetuadas mudanças na orientação da Administração.

As críticas sobre o primeiro ano da gestão baseiam-se, principalmente, na postura *administrativa* assumida pelo governo. Tal fato pode ser observado na *Avaliação do Primeiro Ano da Administração Petista em São Paulo*, constante das Resoluções do 5º Encontro Municipal do PT/SP, realizado em abril de 1990:

"A necessidade inicial de recuperação da capacidade operacional mínima da Prefeitura não foi subordinada a uma política de governo ofensiva, com o objetivo de manter as bases sociais que viabilizaram a vitória eleitoral e

<sup>4</sup> JACOBI, Pedro - Gestão Municipal e conflito: o Município de São Paulo, texto mimeo. Faculdade de educação da USP, CEDEC, dezembro de 1990.

mesmo de ampliá-las. A clara identificação da Prefeitura como ponto de apoio para a luta política geral do campo democrático-popular, o incentivo e o respeito à organização dos trabalhadores e do povo e a abertura de canais de participação, ..., identificariam o sentido novo do governo do PT e reforçariam os laços de confiança popular na Administração Democrática e Popular. A ausência dessas condições políticas faz prevalecer o peso da máquina, amortece a dimensão política do nosso Governo e deixa ganhar mais relevo a reação e o cerco da direita.

É neste quadro que tem origem o administrativismo, que foi, na nossa opinião, o principal elemento da política implementada neste primeiro ano de gestão. Pressupõe ser possível ganhar a adesão popular ao nosso projeto através do "bom exemplo", realizando uma administração honesta, ..., mas governando nos moldes convencionais, sem introduzir significativas mudanças estruturais no aparelho burguês que integrem a participação das massas".<sup>5</sup>

O governo encontrava-se desgastado no processo de implementação da participação muito em função das próprias expectativas que criou. As tensões entre Partido/Administração acentuam-se nos finais de 1989. A Administração encara a problemática de se reciclar em face da frustração expressa por setores do partido e do movimento popular com relação aos mecanismos de participação. Como aponta Pedro Jacobi:

"...Neste sentido, a militância argumenta que o processo de participação na esfera

<sup>5</sup> Resoluções do 5º Encontro Municipal do PT/SP - Avaliação do primeiro ano de Administração petista em São Paulo, abril de 1990, pág. 7.

municipal não tem passado de um esboço do que deveria ser a participação popular, não tendo sido aproveitado o potencial de participação mais massivo.

Entretanto esta argumentação peca por uma visão não apenas imediatista sobre as possibilidades de se constituir mecanismos massivos de participação, como desconsidera as ambigüidades implícitas na implantação de um processo participativo mais massivo que deve estar pautado por uma efetiva possibilidade de mudança qualitativa na definição das relações de poder.

Às críticas feitas sobre a timidez para implantar mecanismos de participação deve-se buscar o contraponto das tensões internas e da indefinição do processo decisório quanto aos limites colocados ao Executivo para promover avanços nesta questão".<sup>6</sup>

Com esses conflitos começa o segundo ano de governo. A questão dos Conselhos Populares não é mais desenvolvida pela Administração, perdendo também visibilidade dentro do próprio Partido e do movimento popular.<sup>7</sup> Nesse segundo ano de gestão, o processo de participação da população a níveis concretos, bem como a discussão dessa participação passam a estar mais vinculados ao processo de reforma administrativa/descentralização, em detrimento de aspectos relacionados à organização autônoma da população, questões estas que serão desenvolvidas em trabalho posterior.

<sup>6</sup> JACOBI, Pedro - Gestão Municipal e Conflito: o município de São Paulo, texto anteriormente citado.

<sup>7</sup> "Foi difícil o movimento encontrar o rumo. Eu não posso falar do movimento em geral: eu posso falar mais particularmente do movimento de moradia, agora, essa idéia de Conselho Popular está indo para o arquivo morto do PT. Hoje ninguém mais fala nele, cadê o Conselho Popular? O Partido também não organizou esta discussão, ficou uma coisa completamente perdida." - Raquel Rolnik, Entrevista à Revista Proposta, publicação FASE, n° 45, agosto de 1990.

# ANÁLISE DA REGULAÇÃO: O PLURALISMO JURÍDICO E A AUTONOMIA RELATIVA DA NORMA JURÍDICA(\*)

José Ribas Vieira (\*\*)

## 1. Introdução

O desenvolvimento do projeto de pesquisa nos quadros do Acordo CAPES-COFECUB em torno da temática *regulação* levou-nos a refletir sobre algumas formas linhas teóricas para a compreensão do significado e a aplicação dessa categoria no campo do Direito.

Além desse aspecto, foi também uma preocupação constante nossa de examinar também o conceito de *regulação* dentro de uma perspectiva comparada considerando as noções de modernidade e de cidadania em nossa sociedade com outras estruturas sociais (França).

Partimos, assim, da concepção de que, na verdade, há uma íntima relação entre a idéia de modernidade<sup>3</sup> e a de cidadania materializada na França e no Brasil. Procurou-se, obviamente, acentuar as diferenças possíveis entre as duas sociedades em termos da dicotomia de Estado/cidadão. Essa distinção passa pelo aspecto incompleto como se deu a viabilização da cidadania entre nós, fruto de mais um processo permanente de concessão de direitos, de cima para baixo, por parte do Estado brasileiro.

É de ser acrescentado, ainda, um papel nitidamente distinto concretizado pela categoria estado social tanto na França como no Brasil.

Estamos certos de que o entendimento necessário sobre o conceito de *regulação jurídica* se destaca ao pontuar esses traços diferenciadores. Desse modo, no caso francês, pela própria força histórica da participação do cidadão, encontraremos, logicamente, outras possibilidades de regulação social. Tais possibilidades podem ocorrer dentro de modelos distintos das relações clássicas entre o estado e a sociedade. No tocante ao Brasil, ao contrário, o seu próprio *contexto histórico* de uma frágil formação da noção de cidadania estimula-nos em visualizar mais *dificuldades de outras*

---

(\*) Trabalho apresentado para o Grupo II - Acordo CAPES-COFECUB - Projeto 98/89 - janeiro - 1992.

(\*\*) Professor Associado do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

<sup>3</sup> Vide José Ribas Vieira, *Contrapondo a modernidade na França e no Brasil: As categorias da crise do Estado Social - Regulação Jurídica e Direitos Coletivos* (abril - 1990 - cópias limitadas) 57 páginas.

modalidades de regulação jurídica fora do nosso tradicional modelo interventor, autoritário e corporativo do nosso Estado.

Vencida essa análise histórica e comparativa, procuramos, num passo seguinte, com base num determinado estudo<sup>4</sup> não só buscar as *raízes teóricas e epistemológicas* de conceito de regulação como também de dar uma *aplicação prática* (estudo sobre direito do consumidor).

Levamos em consideração uma análise a respeito de regulação desenvolvida por François Ost<sup>5</sup> no sentido de lastrear o seu fundamento em princípios sistêmicos tendo como ponto de apoio a categoria de *autopoiesis* presente nos estudos de Luhmann e Teubner. A concepção de *autopoiesis*, constrói-se, nesse sentido, dentro de uma reflexão epistemológica de demonstrar as especificidades da noção articulada de autonomia e fechamento da norma legal em relação ao processo social.

Entretanto, sob as advertências de Ost, aproximamos mais de aceitar uma concepção de autonomia relativa para o direito no presente contexto social. Esse equilíbrio funcional e regulador da norma jurídica ao ser sensível aos momentos de desordem e de mudanças sociais é que dá a tônica da sua autonomia relativa e de um fechamento incompleto<sup>6</sup>.

Além desse compromisso epistemológico na articulação com os campos jurídicos e social, buscamos, ainda, demonstrar como a discussão de autonomia potencializa, ainda, um certo sentido de participação democrática do indivíduo em face à produção da norma legal.

Esgotados esses pontos preliminares de um tratamento histórico e conceitual da regulação gostaríamos de avançar em outras direções. Numa direção seria de resgatar a regulação mais como um modelo analítico e dinâmico para o mapeamento da produção jurídica. Noutro caminho seria para registrar que é necessário aprofundar essa autonomia relativa do surgimento da norma legal e ressaltar as suas possíveis relações com outros campos sociais, notadamente, o econômico. Nessa inter-relação, é importante rediscutir a categoria do pluralismo jurídico.

## 2. A Regulação como Modelo de Análise

Nessas últimas duas décadas, a Escola francesa ou de Paris de Regulação Econômica tem contribuído para uma nova abordagem do fenômeno de produção e acumulação capitalista. Esse quadro de análise proposto pela mencionada escola ou corrente procura avançar além de uma certa redução da dinâmica do modo de produção capitalista a ma simples rede de leis compreendidas de forma imutável até a sua própria supressão (como é, aliás, projetada por certas leituras marxistas).

<sup>4</sup> José Ribas Vieira, *Teoria Sistêmica e a Regulação Jurídica: O Código do Consumidor no Brasil* (elaborado em 29 de janeiro de 1991 - cópias limitadas) 18 páginas.

<sup>5</sup> François Ost, *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au Droit* in *Archives de Philosophie du Droit* (Tome 31) - Le Système Juridique (Éditeur Sirey - 1986) 133:162.

<sup>6</sup> Vide Heri Atlan, *Entre le Cristal et la fumée. Essai sur l'organisation de vivant* (Paris: seuil, 1979). Essa obra conceitua as noções de equilíbrio funcional entre a ordem e a desordem.

Assim, a Escola Econômica regulacionista francesa propõe novos conceitos chaves para a análise da acumulação e produção, a saber:

. **Regime de Acumulação** - materializa um distinto padrão de evolução e reprodução econômica. a qual, dentro de um certo período, apresenta uma certa estabilidade.

. **Modo de Regulação** - é uma integrada rede de instituições que reproduz as principais relações capitalistas de propriedade.

. **Modo de Desenvolvimento** - essa é uma categoria básica para a noção de regulação proposta pela Escola Francesa de Regulação Econômica. Robert Brenner e Mark Glick resumem, desse modo, o papel desempenhado por esse instrumento analítico:

"Como o modo de desenvolvimento reproduz por si mesmo, a partir dessas virtuosidades círculos desse modo dá surgimento a uma crescente *crise estrutural*, o qual - precisamente porque o antigo modo de regulação desaparece - é acompanhado necessariamente por ações *não reguladas e conflituosas* de classes, empresas, grupos políticos e governamentais"<sup>7</sup>.

Nesse nível, com base nas categorias enumeradas, os defensores de uma perspectiva regulacionista para o campo econômico puderam, ao detalhar mecanismos institucionais, precisar o seu funcionamento e a dinâmica de suas próprias crises.

O nosso esforço é de ver a necessidade de compreender o direito dotado de instrumentos analíticos do modo de regulação e como procedem o seu processo de desenvolvimento para articular a sua contribuição para o regime de acumulação.

Boaventura de Sousa Santos, como um sociólogo do Direito, é um exemplo de autor emblemático numa tentativa bem pontual para examinar, dentro de um modelo conceitual, a atual regulação jurídica.

Assim, esse estudioso português propõe uma cartografia para mapear os diversos espaços interligados de produção jurídica. Boaventura de Sousa Santos pontua:

"Eu desejo agora descrever as grandes linhas o que denominarei uma cartografia simbólica do direito. Eu tentarei demonstrar que o território nacional (e internacional) é formado de vários espaços sociais

<sup>7</sup> Robert Brenner e Mark Glick. "The Regulation Approach. Theory and History" in *New Left Review* (número 188) July - August 1991 - p. 48.

autónomos que, entretanto estão correlacionados"<sup>8</sup>

Através dessa análise exemplificativa proposta pelo autor da obra *O Discurso e o Poder*, podemos ter elementos, com base nessa noção de cartografia, de compor as interações dos espaços legais institucionalizados ou não. Entretanto, a multiplicidade de convivência desses espaços para compreender o atual e complexo processo de regulação jurídica remete-nos para discutir a categoria de pluralismo jurídico.

### 3. Rediscutindo a Categoria Pluralismo

Ao longo do século XIX, o conceito de pluralismo jurídico não se colocou como elemento central para a compreensão teórica do direito moderno. Nesse período histórico, devido à crescente presença de um direito de fundamento estatal e codificado, não haveria margem, naturalmente, para visualizar outras formas de produção jurídica.

Em 1913, o sociólogo austríaco Eugen Ehrlich perceberá, no entanto, principalmente, com base nas sentenças judiciais a existência de um *direito vivo* que supera as estritas margens dogmáticas previstas pelo legislador<sup>9</sup>.

É dentro desse universo do *direito vivo* que Ehrlich acentua a existência de várias fontes de produção jurídica e leciona:

"O Direito, portanto, é a ordem da vida estatal, social, espiritual e econômica, mas não é a sua ordem exclusiva, além do direito há outras ordenas de importância equivalente e possivelmente mais eficientes".<sup>10</sup>

O citado sociólogo de Direito alemão caracteriza, ainda, que esse pluralismo jurídico viabiliza a ordem social manter-se trabalhando apesar dos *ruidos e fricções*.

O importante é sublinhar, também, que o recente desenvolvimento, a dinâmica e a própria crise do Estado de Providência na sua função interventora e de equilíbrio social teriam ocasionado o surgimento de uma regulação jurídica possivelmente mais autônoma e menos estatal. Cabe indagar, desse modo, se o conceito clássico de pluralismo jurídico elaborado por Ehrlich é suficientemente amplo para mapear o presente modo de regulação jurídica?

<sup>8</sup> Boaventura de Souza Santos - "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit" In *Droit et Société* (número 10-1988) - p. 370.

<sup>9</sup> Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (Brasília: UnB 1986), p. 378.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 51.

Recentemente, o jurista e sociólogo alemão Gunther Teubner<sup>11</sup> demonstra que há certos limites no conceito tradicional de pluralismo pelas seguintes razões:

... o conceito atual de pluralismo deve fundamentar-se mais numa *proto-lei* elaborado por organismos altamente especializados e de sistemas funcionais, opondo-se, assim, à visão de Ehrlich de um direito, tendo como outras fontes, além da estatal, mecanismos costumeiros como as instituições: família, posse, etc.

... os novos espaços de produção jurídica não surgem, hoje, de modo espontâneo. Há pelo contrário um discurso jurídico articulado; tendo como exemplo, as noções modernas de contrato, sem desvincular-se, pelo contrário, instrumentalizando-se da própria ordem legal;

... as outras formas de mecanismos de regulação vigentes hoje não ocorrem por uma simples *aceitação*. Pelo contrário, elas predominam e se efetivam por um processo de intersecção (de *costura*);

... ao contrário da proposição de Ehrlich, os direitos existentes dentro desse novo marco plural não é um contraste com o Estado, e reafirmando mais uma vez, é a sua própria instrumentalização.

Todos os autores mais recentes do campo jurídico acentuam essa modalidade de pluralismo jurídico como instrumento de regulação.

Boaventura de Sousa Santos concorda com Teubner ao destacar:

"A pluralidade jurídica é o conceito-chave de uma visão pós-moderna do direito. Não se trata apenas da pluralidade jurídica tradicional que concebe como nas entidades autônomas as diferentes ordens jurídicas que coexistem no mesmo espaço político mas preferentemente de uma concepção de diferentes espaços jurídicos superpostos... Nós vivemos num tempo de legalidade porosa ou de porosidade jurídica, onde as múltiplas redes de ordens jurídicas nos forçam constantemente às transições ou a transferências"<sup>12</sup>.

Diferentemente da *porosidade jurídica* proposta pelo sociólogo do Direito português, André-Jean Arnaud<sup>13</sup> trabalha mais com a noção de *sistemas* em vez

<sup>11</sup> Gunther Teubner, *Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from the Normative Surplus of Capital* (April - 1991) - pp. 22 e 23.

<sup>12</sup> Boaventura de Souza Santos, p. 382.

<sup>13</sup> André-Jean Arnaud, *Pour une pensée Juridique européenne* (Paris: PUF: 1991) p. 237.

de níveis distintos de espaços para conceituar o seu entendimento do denominado Direito europeu:

"Pode-se, enfim, analisar o confronto entre Direito europeu e Direitos dos Estados membros em termos de sistemas. E mais precisamente demarcará aqui na polisistemia simultânea, isto é, a hipótese da coexistência ao mesmo tempo e ao mesmo espaço dos sistemas jurídicos em efetividade. Às vezes, esses sistemas não são concorrenciais, não se acham *em harmonia* como dizem os analistas do Direito europeu, muitas vezes, existem contradições".<sup>14</sup>

Firmado esse novo quadro de pluralismo jurídico para a explicação do presente modo de regulação, é necessário encontrarmos uma solução que articule uma conceituação de autonomia relativa da norma jurídica com esses espaços diversos e articulados de produção de relações sociais.

Sem cairmos num mero simplismo, é fácil perceber que o sistema económico regulando preços, políticas de emprego e de investimento apresenta uma autonomia e uma importância acentuada para a estrutura social. A questão é de indagarmos como, de fato, se coloca o sistema económico diante do campo jurídico. O Direito controlaria realmente?, ou a norma legal seria modificada pelos impulsos económicos? Ou, então, o quadro jurídico teria capacidade para alterar, por exemplo, decisões de política de preços?

Teubner<sup>15</sup> acentua, como exemplo, que a limitação do preço do petróleo por uma norma jurídica traduz, na verdade, uma série de leituras possíveis pelos agentes sociais. Tal fato demonstra que a regulação não apresenta uma mesma causalidade direta entre os sistemas económico e jurídico. Pelo contrário, com suas próprias autonomias, os dois sistemas funcionam como círculos que se tangenciam e se instrumentalizam. Para o citado sociólogo do direito alemão o moderno pluralismo legal com ponto de apoio, principalmente no instituto do contrato e nas estruturas organizacionais exemplifica a funcionalidade desse modo de regulação.

Assim, os contratos e organizações têm uma predominância dentro do sistema económico incorporando princípios jurídicos. Isto é, em especial, os contratos modernos pela sua amplitude e complexidade *regulam* a vida social ao instrumentalizar o jurídico. O sistema legal atua, na verdade, mais na função de interpretar essas formas de regulação nos momentos de possíveis conflitos.

<sup>14</sup> Teubner, *op. cit.*

<sup>15</sup> Teubner, *op. cit.*

#### 4. Conclusão

O trabalho procurou demonstrar a importância de recorrer às categorias propostas pela Escola Francesa (ou de Paris) de Regulação Económica (regime de acumulação, modo de regulação e modo de desenvolvimento) como estímulo à uma reflexão para a construção de possíveis modelos analíticos para a noção de regulação jurídica.

Creemos que o atual modo de regulação jurídico repousa numa perspectiva de sublinhar o significado das categorias da autonomia e fechamento relativo da norma jurídica. Uma dimensão mais completa para o modo de regulação vigente passa, ainda, por denotarmos a relevância e a integração do conceito de pluralismo jurídico.

Na verdade, a concepção moderna do pluralismo direciona-se no sentido de acentuar a existência de uma cartografia de espaços (Boaventura de Sousa Santos) ou de polisistemas (André-Jean Arnaud).

Além desse dado, estamos certos de que a contribuição de Teubner via o peso do contrato e das organizações como espaços de produção jurídica serve como elemento exemplificativo do real funcionamento entre os sistemas económico e legal.

Por fim, ao acentuarmos uma conceituação do pluralismo jurídico sem contraste estatal (Teubner) é importante utilizá-la para a nossa preocupação comparativa entre a regulação jurídica entre as sociedades brasileira e francesa. Numa sociedade como a nossa, acentuando outra vez, com uma cidadania fragilizada e, mesmo estando minado na sua legitimidade, um Estado forte e centralizador, o nosso modo de regulação jurídica mantém-se, provavelmente, ainda, dentro dos limites tradicionais do pluralismo conceituado por Ehrlich (Estado/Sociedade). O nosso trabalho anterior<sup>16</sup> sobre o Código do Consumidor já apontava para essa direção e as próprias e naturais ambigüidades dos modos de regulação e desenvolvimento vigente entre nós.

<sup>16</sup> José Ribas Vieira, *Teoria Sistêmica*, *op. cit.*

## O ESPAÇO PÚBLICO, ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E REGULAÇÃO PARTICIPATIVA

Maria Arair Pinto Paiva (\*)

### 1. Espaço Público: Um Conceito em Análise

Quando resolvemos pesquisar as relações que se processavam entre as associações de moradores de comunidades faveladas e as instituições políticas, a concepção que tínhamos de espaço público era nativa no sentido de não ser fruto de elaboração do tipo de *teoria teórica* a que se refere BOURDIEU (1); ao contrário, existia uma idéia, uma concepção em estado latente, difusa, derivada de observações feitas durante trabalhos anteriores de pesquisa.

Ao lermos o artigo de Léon DION - *L'État liberal et la expansion de l'espace public étatique* (2), apropriamo-nos da expressão *espaço público*, omitindo o *étatique* que parecia não se ajustar a realidade que queríamos estudar.

A atuação das associações de moradores organizadas em bairros pobres e/ou periféricos da cidade do Rio de Janeiro (RJ-Brasil), abrangia, inclusive, tarefas típicas das instituições estatais, inclinando-nos a pensar na expansão do espaço público destas associações e não do espaço público estatal.

A pesquisa empreendida pelo Prof. Boaventura de Souza Santos para sua tese de doutorado (3), mostra-nos este fato: a importância da AM como *locus* de composição e resolução de conflitos e órgão de representação dos habitantes da favela (pasárgada).

As colocações de DION e de SANTOS nos intrigaram, porque antípodas e nos motivaram a verificar o que estava ocorrendo no nível do universo de uma favela. Nossa percepção era a de que as AMs dos lugares marginalizados pelo Estado (as favelas, por exemplo), até à *abertura política* do regime militar, ocupavam o espaço público de forma preponderante, havendo assim, não expansão mas encolhimento do espaço público estatal. A partir de 1979, houve mudança na postura do Estado. Políticas públicas, entre elas a de urbanização das favelas, foram projetadas. No caso da Maré, o Projeto Rio colocou as AMs frente a novos *condomínios* do espaço público: as instituições estatais encarregadas de sua execução (BNH/CEF).

Por outro lado, o clima de democratização chegou também no Poder Municipal, que criou em 1986 os Conselhos Governo/Comunidade (CGC); e chegou, também, à

---

(\*) Professora da UFRJ e da UFF e membro do grupo de pesquisa do acordo CAPES-COFECUB 098/89.

UFRJ, cuja Reitoria deliberou sobre a criação do *campus* vicinal da Maré, para os trabalhos de extensão Universitária.

Nossa pesquisa se propõe ao estudo do uso compartilhado do espaço público entre a AM e os condomínios novos acima referenciados (BNH/CEF, SOAJ, UFRJ e CGC/PREFEITURA) privilegiando dentre do período de *abertura política* os anos de 1987-89, que coincidem com nossa presença na favela da Maré, via projeto *Conscientização de Direitos*.

Tentamos detectar as implicações decorrentes desta convivência no espaço público da citada favela do Rio de Janeiro, inclusive no que se refere ao processo de regulação jurídica.

Para começar do começo, sentimos a necessidade de um lastro teórico para nossa concepção de espaço público, que estava imprecisa, fruto mais de intuição do que de um estudo racional. Esperamos que a racionalidade não estiole a *força da intuição*.

Procuramos ler Hannah ARENDT (A Condição Humana) Jurgen HABERMAS (Mudança Estrutural da Esfera Pública) e Pierre BOUDIEU (O Poder Simbólico).

Concomitantemente a estas leituras, buscamos encontrar nestes autores, pontos comuns que apoiassem a nossa nativa concepção. Tal operação, por outro lado, exigiu que explicássemos nosso entendimento de espaço público.

Num trabalho de rastreamento, verificamos o seguinte:

- a) iniciamos nossa pesquisa na Maré estudando a *demanda coletiva* (4), que tinha como sua principal articuladora a AM;
- b) a AM, por sua vez, se relacionava com partidos, recebia suporte da Igreja, existia sob a égide e/ou controle do Estado;
- c) a AM apresentava a demanda coletiva aos órgãos estatais mas existiam ações coletivas desenvolvidas pela AM na comunidade, sem o concurso do Estado.

Vimos, então, que essas relações e ações se passavam num espaço, que as obrigava e lhes dava curso e era o espaço que nos interessava: o espaço público. Espaço onde se exteriorizavam as demandas, as reivindicações da comunidade; espaço acolhedor de diversas instituições que se reuniam e agiam publicamente; e espaço, por excelência, do debate e do agir livre e coletivo.

Isto posto, tínhamos elementos para iniciar um cortejamento teórico.

1. ARENDT e HABERMAS UTILIZAM A expressão *esfera pública*. Resolvemos considerar *esfera pública* como equivalente a *espaço público* por dois motivos: a) o Prof. Celso LAFER, que faz a Introdução ao livro *A Condição Humana*, ex-aluno e grande estudioso do ARENDT, usa o termo *espaço* ao invés de *esfera*; e b) as diferenças que possam existir ainda não se colocaram de modo a prejudicar nosso trabalho.

2. HABERMAS fortaleceu nossa decisão de estudar a categoria *espaço público*, quando diz: " Caso seja possível entender historicamente, em sua estrutura, a complexão do que hoje, de um modo um tanto confuso, subsumimos sob o título de *esfera pública*, podemos então esperar, além de uma explicação sociológica do conceito, conseguir entender sistematicamente a nossa própria sociedade a partir de uma de suas categorias centrais".(4)

Se o entendimento sobre o tema é confuso, merece estudo e reflexão, principalmente porque HABERMAS reserva-lhe a classificação de *categoria central*. Daí, acreditamos estar explorando um rico e importante filão, quando decidimos pesquisar os fenômenos associação de moradores e regulação jurídica referenciados ao espaço público.

3. Por outro lado, tanto ARENDT quanto HABERMAS, discutem e analisam o conteúdo dos conceitos de *público, privado e social*. HABERMAS chegou a afirmar que "as ciências, sobretudo Direito, Ciência Política e Sociologia, estão, evidentemente, impossibilitadas de substituir categorias tradicionais como *público e privado, esfera pública, opinião pública*, por definições mais precisas".(5)

4. BOURDIEU trabalha com a categoria *espaço social*, articulando-a com a de *campo*. No seu livro *O Poder Simbólico*, capítulo VII, procura reunir os elementos para uma teoria do campo político.

Não foi difícil perceber que nossa *visualização* do espaço público, mormente no que diz respeito aos valores, mantinha pontos comuns com o pensamento de ARENDT sobre a esfera pública.

Entre os pontos comuns, no plano dos valores, destacamos a vinculação que ARENDT estabelece entre liberdade, democracia e esfera política.

LAFER afirma que ARENDT, em seu livro *Entre o presente e o passado* mostra, a partir de sua proposta sobre a condição humana, que a palavra e a ação, para se converterem em política, requerem um espaço que constitui o mundo político o mundo político, cuja existência permite o aparecimento da liberdade. (6)

ARENDT volta-se para o estudo da Antiguidade Clássica, onde finca os alicerces do seu pensamento, e nos fala da certeza que os filósofos gregos tinham quanto ao *locus* da liberdade: a esfera pública. Na *polis*, ser livre "significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outros e também não comandar." Significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar, e mover-se numa esfera onde não existiam governo nem governados. (7)

O pensamento grego influenciou-a, fortalecendo seu espírito democrático ("uma corajosa radical democrata" segundo Habermas) LAFER realça a importância que Arendt atribui ao *nós* do agir conjunto ("Sem o povo ou um grupo não há poder"), acrescentando que a palavra, "no processo de geração do poder, tem, para Hannah Arendt, não só a dimensão da comunicação, mas também - e nisto ela aproveita a experiência da língua grega - a de revelação: a revelação de perda do espaço público pela cassação da palavra". (8)

Se formos aceitar o entendimento dos gregos, de que a liberdade no espaço público só se torna possível depois de liberada a necessidade do *animal laborans*, contrariaremos o que vemos na prática sócio-política da favela. Lá, os favelados mesmo sem se liberarem das necessidades da sobrevivência, buscam meios de defender sua moradia e de lutar por condições básicas de vida. A permanência, o estado de necessidade, parecem servir de impulso ao associativismo, à atividade política, ao exercício da sua *liberdade de sobreviver*, falando e agindo no espaço público da favela. Sua ação política, com certeza, é marcada pela situação econômica precária em que vivem. Mas é esta situação que os empurra para o agir comunicativo.

Sob esse aspecto, o comportamento dos favelados se insere na era moderna. Disse ARENDT: "o fato de que a era moderna emancipou as classes operárias e as mulheres quase no mesmo momento histórico deve, certamente, ser incluído entre as características de uma era que já não acreditava que as funções corporais e os interesses materiais deviam ser escondidos."(10)

Se eles aparecem, tornam-se públicos. O que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos, tem aparência e constitui a realidade; "público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. ...A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidam uns com os outros, por assim dizer."(11)

A associação de moradores promove esta reunião e a discussão dos problemas para evitar ou contornar conflitos; faz isso dentro de uma sociedade de massas onde a força de manter as pessoas juntas, de relacioná-las e separá-las está quase perdida.

A colocação de ARENDT referente ao surgimento da individualidade, pelo exercício da palavra e da ação num espaço público, leva-nos a pensar que o coletivo, o nós, pode não fastar o individual, mas, ao contrário, proporciona a oportunidade dele se manifestar. Isto é importante: individual e coletivo não se excluem, mas se imbricam no espaço público.

A autora citada, usa como sinônimos, pelo que podemos observar, as expressões *esfera pública*, *mundo comum*, *esfera política* e *espaço público*.

No seu livro *Mudança estrutural da esfera pública*, Habermas cuida de analisar a esfera pública burguesa de uma forma que envolve seu processo de formação, suas características, suas mudanças e os problemas que a desnaturalizam nos dias atuais.

A base da esfera pública burguesa era fincada na separação entre Estado e sociedade. Ela própria se encontrava na esfera privada, dela fazendo parte: era formada por "pessoas privadas reunidas num público", público este crítico dos fatos tomados públicos e ele mesmo fomentador deste fatos.

"A esfera pública com atuação política passa a ter o status normativo de um órgão de automediação da sociedade burguesa com um poder estatal que corresponda às suas necessidades."(HABERMAS, 1984 :93).

HABERMAS fala de um modelo clássico da esfera pública burguesa e de seu anti-modelo - dialeticamente desenvolvido. Tal concepção ambivalente da esfera pública burguesa está ligada "ao conflito estrutural da sociedade, do qual ela mesma resulta; este conflito tornou irrealizáveis os pressupostos liberais do modelo clássico acima referido.

Não ocorreram: 1) a convergência da opinião pública com a razão, 2) uma ordem natural, fruto de uma organização da sociedade rigorosamente orientada segundo o interesse geral, 3) a redução de conflitos de interesse e um mínimo de decisões burocráticas e 4) os conflitos, quando inevitáveis, não foram submetidos a critérios confiáveis do julgamento público.(12)

A expressão jurídica desta teoria liberal da esfera pública é a forma de *estado burguês de direito*, que HABERMAS sempre fala dela no sentido material de uma determinada constituição política.

"Na tessitura das relações verticais < o modelo liberal só tinha previsto relações horizontais entre proprietários individuais de mercadorias > entre unidades coletivas, constituem-se relações que são em parte de dependência unilateral, em parte de pressão recíproca. Processos de concentração e processos de crise arrancam o véu que encobre a "troca por equivalentes" e desvelam a estrutura antagônica da sociedade. Quanto mais ela se mostra como um relacionamento simplesmente coercitivo, tanto mais urgente se torna a necessidade de um Estado forte."(13)

Este quadro descrito por HABERMAS justifica o intervencionismo estatal e constata a concentração de poder na esfera privada do intercâmbio de mercadorias. A esfera pública se torna mais influente, com o Estado prometendo o acesso de todos ao gozo dos direitos e das garantias recém incorporados aos textos das constituições. Desse modo, os economicamente mais fracos também reforçam a tendência de "contrapor-se, agora com meios políticos, a quem seja superior graças a posições de mercado."(14)

Dando um exemplo da mudança ocorrida devido ao desvendamento da realidade, HABERMAS fala das cláusulas cautelares que existem no contrato de aluguel para preservar o interesse do inquilino; estas cláusulas "fazem com que o contrato de aluguel já quase se torne, para o locador, uma relação de uso público do espaço." (grifo nosso) (15)

Esta colocação de HABERMAS levou-nos a fazer uma analogia: os moradores de Nova Holanda - que nasceu como local escolhido pelo Estado para receber os moradores que eram removidos das favelas (Centro de Habitação Provisória) - consideram, num sentido material, o espaço que ocupam como *público* e *deles*, enquanto grupo, coletividade. Sua destinação foi definida pelo Estado e as pessoas foram conduzidas para lá por decisão do Estado. Há, pois, uma configuração típica de relação de uso público do espaço.

Perfilando essa mesma lógica, no período de *abertura política*, as autoridades governamentais planejaram o Projeto Rio, que tinha como um dos objetivos a regularização do uso do solo urbano na favela da Maré. O Banco Nacional de Habitação (BNH), através do PROMORAR (15) realizou contratos de promessa de compra e venda com os moradores, mediante pagamento mensal de prestações que não ultrapassavam o valor de dez por cento do salário mínimo regional.

Em Nova Holanda - que nasceu como Centro de Habitação Provisória criado pelo Estado, configurou-se uma relação de uso público do espaço - típica, que levou os favelados a conceberem o que é público como algo que lhes pertencia. Quando da aplicação dos questionários, os entrevistados da Maré responderam (mais de 50%) sim

ao quesito *a casa é própria?* e não ao quesito *tem escritura do imóvel?*, justificando a negativa porque o terreno é próprio da União.

Num sentido material, eles (favelados) consideram o espaço que ocupam como público e deles, enquanto grupo, coletividade.

Um aspecto do pensamento de Habermas que nos interessa destacar, vincula-se ao espaço público do Estado da social-democracia. O eminente filósofo considera-o marcado por duas tendências divergentes: "Enquanto configuração decendente da esfera pública burguesa, dá espaço a uma publicidade demonstrativa e manipulativa desenvolvidas por sobre as cabeças do público af intermediato. Por outro lado, o Estado da social-democracia burguesa, à medida que resguarda a sua continuidade com o Estado liberal de Direito, ele se fixa no mandamento de uma esfera pública politicamente ativa, em decorrência da qual o público mediatizado por organizações deveria colocar em movimento, através delas mesmas, um processo crítico de comunicação política.(16)

Temos assim, dois tipos de publicidade na realidade constitucional do Estado da social-democracia : a *publicidade crítica* e a *publicidade manipulativa*. Se esta prevalece ou é mais significativa, temos um Estado menos democrático.

A *publicidade crítica*, segundo Habermas, "só é possível, hoje, numa ordem de grandeza sociologicamente relevante, por meio da participação de pessoas privadas num processo de comunicação formal conduzindo através das esferas públicas internas às organizações."(17)

Esta última citação de Habermas foi retirada do Cap. VII - Para o conceito de opinião pública - do livro que vimos analisando. E ele termina este Cap. VII, com uma reflexão que envolve uma mudança estrutural da esfera pública civil, em função do relacionamento da *publicidade crítica* com a publicidade burguesa e que implicará no estudo do *como* depende do grau e do modo de sua capacidade funcional saber se o "exercício da dominação e do poder persiste enquanto uma constante também negativa da História - ou, então, sendo ela mesma uma categoria histórica, também é vulnerável a um alteração substancial."(17)

Esta reflexão de Habermas encontra eco em BOURDIEU, que se posiciona claramente contra a tendência, a "*naturalizar* os mecanismos sociais que produzem e reproduzem a separação entre os *agentes politicamente ativos* e os *agentes politicamente passivos* e a constituir em leis eternas as regularidades históricas válidas nos limites de um estado determinado da estrutura da distribuição do capital"(18)

Para Bourdieu, o campo político "é o lugar onde se gera, na concorrência entre os agentes que nele se acham envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de *consumidores*, devem escolher, com probabilidades de mal-entendido tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de produção."(18)

Esta distância do lugar de produção pode ser diminuída, segundo Habermas, pela *publicidade crítica* gerada no *espaço público* das organizações, como atrás mencionamos. E, direcionando este entendimento para o nosso campo de pesquisa, vemos o papel importante da AM em, ativando o espaço público da Maré, proporcionar

a existência desta *publicidade crítica* na comunidade e diminuir a distância entre os órgãos de representação (AM) e os representados (moradores).

BOURDIEU acrescenta "aos obstáculos morfológicos que a dimensão das unidades políticas e o número dos cidadãos opõe a qualquer forma de governo direto", aqueles obstáculos resultantes do *desapossamento econômico e cultural*. A participação ativa da política é função da posse de instrumentos materiais e culturais, destacando o ilustre sociólogo francês, sobretudo, "*o tempo livre e o capital cultural*"(18)

Realmente, estes dois fatores são muito importantes e merecem reflexão especial, quando trabalhamos com a hipótese de um espaço público ativo, numa comunidade favelada, pobre.

Verificamos, pela análise dos dados coletados, que, de fato, o fator tempo pesa na balança da participação no movimento social e na filiação à AM.

Quanto ao capital cultural, que numa comunidade pobre e marginalizada não está em condições de competir com o das elites políticas do país, assim mesmo não fica muito aquém, por força do *efeito das homologias* de que fala BOURDIEU (19). Este efeito está ligado ao fenômeno que "a tradição marxista designa de *a consciência do exterior* e que só pode compreender-se sociologicamente se se tiver em conta a homologia entre a posição dominada que é a dos produtores de bens culturais no campo do poder (ou na divisão do trabalho de dominação) e a posição no espaço social dos agentes mais desprovidos dos meios econômicos e culturais."(19)

Este *efeito das homologias* realmente ocorreu em Nova Holanda. A comunidade recebeu o apoio e o assessoramento de pessoas externas, principalmente membros da Igreja Católica e de partidos políticos de esquerda. A Igreja, inclusive, promoveu a formação de líderes comunitários.(20)

BOURDIEU não vê o mundo social unidimensionalmente, como a teoria marxista, "organizado simplesmente em torno da oposição entre dois blocos (sendo uma das questões mais importantes a do *limite* entre estes dois blocos, com todas as questões anexas, eternamente debatidas, da aristocracia operária, do *emburguesamento* da classe operária, etc.). "Para ele, o espaço social é multidimensional, conjunto aberto de campos relativamente autônomos; o campo econômico subordina-os em menor ou maior intensidade: "no interior de cada um dos subespaços, os ocupantes das posições dominadas estão ininterruptamente envolvidos em lutas de diferentes formas (sem por isso se constituírem necessariamente em grupos antagonistas).(21)

## NOTAS

- (1) BOURDIEU (1989: 19 e 24). Ver bibliografia consultada.
- (2) DION (1986). Ver bibliografia consultada.
- (3) SANTOS (1977). Ver bibliografia consultada.
- (4) HABERMAS (1984 : 7). Ver bibliografia consultada.
- (5) Idem, p. 13.
- (6) LAFER (1979: 31). Ver bibliografia consultada.
- (7) ARENDT (1987 : 42). Ver bibliografia consultada.
- (8) Idem, p. X.
- (9) CARDOSO (1983). Ver bibliografia consultada.
- (10) ARENDT, Idem, p. 83.
- (11) ARENDT, Idem, pp. 62 e 63.
- (12) HABERMAS, Idem, p. 156.
- (13) HABERMAS, Idem, p. 172.
- (14) HABERMAS, Idem, p. 173.
- (15) Programa instituído pelo Ministério do Interior, destinado principalmente a proporcionar às populações urbanas de baixa renda - habitantes de favelas, mocambos ou palafitas - a possibilidade de adquirirem espaços e moradias condizentes com padrões aceitáveis de qualidade de vida (Anônimo, 1979 : 9).
- (16) HABERMAS (1984 : 270).
- (17) Idem, pp. 287 e 290.
- (18) BOURDIEU (1989: 164 e sgts.).
- (19) Idem, p. 152.
- (20) Convém lembrar o posicionamento da Igreja Católica, no Brasil, durante o governo autoritário e sua opção pelos pobres.
- (21) BOURDIEU (1989 : p. 153).

## 2. Associação de Moradores e Espaço Público: um Escorço Histórico

A década de 40 registra, segundo BOSCHI (1), a emergência da primeira associação de moradores na referida cidade: em 1947, os moradores da Ilha do Governador criaram sua associação. A seguir, em 1950 e em 1957, a Barra da Tijuca e a Lagoa, respectivamente, organizaram suas associações.

Podemos afirmar, com base na literatura consultada, que o associativismo de vizinhança no Rio só se tornou numericamente significativo, quando foi posta em prática a política do SERPHA - Serviço Especial de Recuperação das Favelas e Habitações Anti-Higiênicas, órgão criado através do Decreto nº 13.304, de 28 de agosto de 1956, do então Governador do Distrito Federal (Rio de Janeiro), Francisco Negrão de Lima. (2) Começou a atuar em 1961, com a OPERAÇÃO MUTIRÃO, sob o governo de Carlos Lacerda, quando o Rio de Janeiro já deixará de ser o Distrito Federal e passará a constituir o Estado da Guanabara.

LEEDS & LEEDS (3) transcrevem as cláusulas do *pacto* acordado entre o órgão governamental e cada AM, para trabalharem em *mutirão*.

Deduzimos, da leitura destas cláusulas, que o Estado queria ajudar, mas principalmente *ser ajudado*, passando funções suas e o enfrentamento dos problemas locais à AM.

Decidimos considerar que, neste período, as AMs viveram sua primeira fase; período que se estende até a instauração da ditadura militar.

Nesta primeira fase, as AMs não foram o resultado de uma consciência comunitária, exercendo o Estado uma função de controle ao mesmo tempo que se eximia de suas obrigações, repassando-as para as AMs (manter a ordem..., impedir a exploração dos favelados, atuar como um elo, etc). O associativismo nascia da sobra do Estado paternalista - com uma retórica de apoio, e omissio.

Apesar dos defeitos existentes na filosofia de ação do SERPHA, sua atuação incomodou os políticos, porque tentou estabelecer uma via alternativa para o encaminhamento das demandas populares. E o clientelismo praticado mormente por cabos eleitorais e vereadores, viu-se atingido e reagiu ocasionando o fim do trabalho do SERPHA.

O movimento social, na década de 60, passou a contar com a Federação das Associações de Favelas do Estado da Guanabara - FAFEG (hoje FAFERJ), que desenvolveu grande resistência aos processos efetivos e às intenções de remoção das favelas.

Inserimos, outrossim, neste texto o depoimento de um membro do Conselho de Representantes da FAFERJ, obtido em 12/10/83 (4);

Eu fui um dos tais que fiz parte da fundação das primeiras associações em 1960. O Estado nos chamava para dialogar a respeito da nossa resistência no momento da remoção das favelas e quando chegávamos lá, ficávamos ouvindo os técnicos com seu linguajar difícil, e nós não tínhamos o direito de dar uma palavra; então eles falavam

sozinhos. O que o Estado queria, era saber quem estava à frente do movimento, a fim de que ele pudesse derramar suas pressões em cima das pessoas certas".

Este depoimento serve para explicar o porquê dos líderes comunitários que entrevistamos, estarem sempre com *um pé atrás*, quando se trata de qualquer iniciativa vinda do Estado e dirigida às comunidades carentes. O Estado não tem feito por onde merecer a confiança dos favelados.

Em sua segunda fase, que se estende de 1964 a 1978, as AMs tiveram que suportar um governo ditatorial e burocrático.

A pesquisa de SANTOS (5) numa favela do Rio de Janeiro foi realizada nos meados de 70 e nos informa sobre a situação de uma AM da época. A AM se desincumbia de funções executivas, judiciárias e legislativas. A favela era uma micro-nação, com um sistema de poder centralizado no Presidente da AM. Este, tinha que ter uma habilidade toda especial para mediar conflitos e harmonizar os interesses dos moradores da favela e os emanados do Estado através de suas leis e representantes.

Não havia clima para apresentação de demandas coletivas porque reivindicar era perigoso e quase nula era a expectativa de atendimento dos pedidos. O meio de conseguir algo era por intermédio dos cabos eleitorais, dentro do sistema de troca de favores, na época que preceda aos pleitos. Muitas vezes, pseudo trocas, porque os candidatos não se elegiam e, se vitoriosos, não cumpriam as promessas. Por outro lado, os eleitores também não cumpriam a promessa de votar no candidato negociador dos votos.

No entanto, esta situação vivida pelas comunidades carentes, num processo dialético, criou condições para que o espaço público fosse ativado. Os moradores das favelas tiveram que se unir para resolver seus problemas, discutir a forma mais viável de solucioná-los; tinha início, assim, um processo de convivência característico da existência de um espaço público, de acordo com o pensamento da ARENDT.

A terceira fase do associativismo aproveita esse potencial e ocorre dentro de uma conjuntura política favorável: os períodos de transição abrigam novos atores, abrem-se a demandas reprimidas, porque o jogo político ainda não está definido.(27)

As AMs nessa terceira fase, assumem a função de representar as comunidades e são aceitas como tal. Seus dirigentes parlamentam e apresentam demandas coletivas às autoridades do Estado.

A análise das atividades da AMANH nos serviu de caso exemplar do associativismo da vizinhança, quando do período de *abertura política*. Convém que digamos - e Boaventura SANTOS também o disse - que não há um tipo único de AM. Observamos, em depoimentos colhidos, que os líderes fazem distinções quanto ao modo de sua AM avaliar uma determinada situação, com práticas políticas peculiares no que dizem respeito à objetividade e participação, por exemplo.

O associativismo de vizinhança se encontra numa quarta fase - que não foi objeto de análise da presente pesquisa. Mesmo assim, podemos destacar que as AMs estão enfrentando, nesta fase, o problema do refluxo da *onda* de participação e a ofensiva dos traficantes de drogas no sentido de deterem os cargos de direção das mesmas.

Depois das eleições diretas para a Presidência da República (1989), o *afã* participativo diminuiu. As medidas tomadas pelo novo Presidente e a perspectiva do *caos* iminente que ele explicitou em suas falas, caso tais medidas não fossem postas em prática, paralisou, por um certo tempo, a sociedade brasileira em geral.

Associação de moradores e traficantes de tóxicos tinham e ainda têm em algumas favelas, uma convivência pacífica, com as AMs ocupando o espaço público, inclusive porque o tipo de atividade do tráfico - ilegal não deveria *aparecer* ou *fazer aparecer* aqueles nela envolvidos.

Nos últimos anos, no entanto, os meios de comunicação têm noticiado brigas de traficantes entre si e com dirigentes das AMs, resultando em assassinatos, visando o controle da administração das associações.

Feitas essas ligeiras colocações sobre a quarta fase das AMs, passamos a tratar, agora, da Associação dos Moradores e Amigos de Nova Holanda, privilegiando os anos de 1986/89, incluindo na terceira fase, acima mencionada.

Nova Holanda - uma das comunidades que integram o Complexo da Maré, nasceu como Centro de Habitação Provisória (CHP), em 1960, durante o governo de Carlos Lacerda, para receber as pessoas que estavam sendo removidas da favela do Morro da Catacumba, situada na zona sul e nobre da cidade do Rio de Janeiro/RJ.

O CHP era administrado pela Fundação Leão XIII - instituição criada pela Igreja Católica e posteriormente encampada pelo Estado - a quem competia fazer a triagem das pessoas que chegavam ao CHB, encaminhando-as para os locais de moradia definitiva.

Com o tempo, o CHP se transformou em mais uma favela. Uma favela diferente porque organizada pelo Estado.

O governo construiu habitações em madeira para receber os removidos - os *duplex* de Nova Holanda. A área foi objeto de planejamento espacial ("dá a impressão de mais uma cidade do interior" - disse um entrevistado).

Nova Holanda apresenta, outrossim, peculiaridades em relação ao associativismo local. Não foi abrangida pela política do SERPHA, implementada no governo Lacerda e dirigida pelo sociólogo Arthur Rios e que objetivava, como vimos, a realização de um trabalho conjunto (governo e comunidade), com a utilização das associações de moradores como intermediárias, num processo comandado pelo Estado.

Só tardiamente veio subsumir-se ao modelo da Operação Mutirão: em 1981, por exigência do Projeto Rio, a Fundação Leão XIII providenciou a criação de uma associação, com "estatutos e tudo", sob a denominação de Comissão Pró-Melhoramentos da Comunidade de Nova Holanda (CPM).

Esta associação, de acordo com as declarações de entrevistados, era uma *manus* longa da Fundação Leão XIII, não tinha independência em relação ao Estado e nem contava com o apoio da comunidade. Não fazia assembleias, sua diretoria era escolhida por aclamação e ao presidente eleito desta forma competia a resolução das questões.

Por seu lado, a população de Nova Holanda era heterogênea e, segundo um entrevistado, foi preciso tempo para que as pessoas pudessem estabelecer laços. Por volta de 1981, alguns laços já estavam formados, porque desde 1975/76, havia surgido um movimento social comandado por mulheres, que teve como primeira motivação a luta pela canalização da água.

"Na favela existem dois grupos organizados que predominam: o da Igreja e o do samba", conforme a opinião de um entrevistado. As mulheres conseguiram o apoio da Igreja para seu trabalho comunitário.

Os partidos políticos - Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Comunista Brasileiro (PCB) - participaram, através de seus quadros, desse movimento social.

Dos contatos mantidos, surgiu a proposta para a organização do AMAHN. A Igreja indicou quatro pessoas para tomarem parte das discussões, junto com os representantes partidários e o pessoal que iniciou o movimento.

De 1981 a 1984, dez agentes comunitários levantaram os problemas da Nova Holanda. A meta seguinte foi cobrar da Fundação Leão XIII, a realização de eleições para a diretoria da CPM.

O clima estava carregado: o pessoal da Leão XIII e da associação não quiseram dar cópia do estatuto da CPM aos líderes comunitários, que tiveram de ir à Cartório para conseguí-la.

Ademais, a Fundação não abria o processo eleitoral na CPM. Os líderes tiveram que resolver na Secretaria de Justiça do Estado e à FAFERJ (Federação das Associações das Favelas do Rio de Janeiro).

Paralelamente, ocorriam eleições em outras favelas, sem falarmos no poder de mobilização eleitoral do movimento *Diretas Já*. Este ambiente participativo, incitava os ânimos dos moradores de Nova Holanda. Por outro lado, os órgãos estatais estavam receptivos às demandas apresentadas por eles.

Finalmente, em 1984, é organizada a Comissão Eleitoral e deflagrada a campanha política para eleição direta da nova diretoria da CPM. O pleito foi realizado em 15 de novembro de 1984 e contou com a participação de 3.200 filiados, vencendo a Chapa Rosa - da oposição e encabeçada por uma mulher, que obteve 2.800 votos.

Vitória tão expressiva da chapa de oposição revela a vontade política da comunidade em dar novos rumos ao associativismo local.

A primeira providência tomada pela nova diretoria foi a de mudar o nome da CPM para AMANH, como indicar um divisor de águas entre o velho e o novo sistema do associativismo de vizinhança.

Este novo tipo tem se caracterizado pelo cumprimento de um calendário eleitoral - os mandatos dos membros da diretoria são de três anos - estando em exercício a 3a. diretoria eleita por voto direto dos filiados à AM: vem realizando assembleias gerais mensalmente, que contam com a presença média de 150 moradores; a diretoria se reúne uma vez por semana para discutir e decidir sobre as questões do dia-a-dia da

comunidade; e a sede da AMANH fica aberta ao público das 8:00 às 20:00 horas, de 2a. a 6a. feira.

O trabalho da AMANH é voluntário. Somente as duas secretárias, que trabalham cada uma em um turno, são remuneradas. Por causa das questões ligadas ao uso do solo urbano, mormente a referente à obtenção dos títulos de propriedade dos terrenos e casa, existe uma diretoria jurídica, atualmente.

Feito este esboço histórico, relacionaremos, a seguir, alguns indicadores sócio-políticos da comunidade de Nova Holanda, indicadores que permitirão a composição de um quadro que serviu e serve de fundo à existência do espaço público, viabilizado pelo trabalho de AMANH. (Ver QUADRO 1).

Como Nova Holanda é uma das comunidades da favela da Maré, vamos apresentar, também, seus índices gerais, para efeitos de comparação. Tudo em números percentuais.

## NOTAS

- (1) BOSCHI (1987 : 64).
- (2) Este Decreto foi publicado no D.O. do Distrito Federal, de 29/08/56, pp. 7655 e 7656.
- (3) LEEDS & LEEDS (1978 : 328).
- (4) MONTEIRO (1989).
- (5) SANTOS (1977).

QUADRO 1

INDICADORES	MA RE	NOVA HOLANDA
População total	100,00	11,89
Densidade demográfica(hab/100m <sup>2</sup> )	61,70	39,03
População de 0 a 9 anos	23,21	22,86
População de 10 a 19 anos	20,47	22,57
População de 20 a 29 anos	21,34	21,08
População de 30 a 39 anos	15,51	12,31
População de 40 a 49 anos	8,87	8,67
População de 50 a 59 anos	5,95	6,88
População de 60 a 70 anos e mais	4,44	5,43
Tempo de residência moradores na favela (11 anos ou mais)	27,55	55,00
Domicílios com uma só família	90,00	90,20
Domicílios contr. alvenaria	87,01	57,13*
Domicílios:piso cimento/cerâmica	90,13	89,77
Domicílios:laje de concreto	67,84	38,41*
Domicílios: 3 a 5 cômodos	67,14	64,96

Dados de 1987, antes do início dos trabalhos da COOPMANH. Fonte: Censo Maré, Sub-Reitoria de Extensão e Desenvolvimento da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1987

Relação Domic. 3 a 5 cômodos com a população total	68,01	62,17
Domicílios com energia elétrica		
- com medidor	90,00	51,10
- sem medidor	9,00	45,86
Domicílios ligados à rede geral de água	95,00	99,89
- e com análise interna	90,77	90,91
Domicílios ligados à rede geral de esgotos	88,96	73,84
Domicílios cobertos coleta 1: serv. público municipal	97,55	99,29
Número médio de pessoas		
- por família	3,78	3,85
- por domicílio	4,22	4,61
Moradores filiados à AM	31,34	42,66
Índice de alfabetização	84,52	81,85
Famílias que têm rádio	78,68	71,98
Famílias que têm geladeira	80,22	70,10
Famílias que têm TV:		
a cores	32,06	20,00
preto e branco	57,78	58,85
Famílias que têm telefone	8,06	2,86

Famílias que têm automóvel		
- para uso próprio	6,95	1,88
- para trabalho	2,86	2,29

Nossa hipótese de trabalho se estruturou da seguinte forma: as AMs não viram com bons olhos o CGC, porque este viria diminuir seu poder, sua autonomia; elas teriam que dividir com ele um espaço que era preponderadamente delas. E mais ainda: as AMs já eram os órgãos de interlocução das comunidades, de representação das mesmas; sendo assim, o CGC deveria ter outras atribuições. E será que mesmo com outras atribuições, seria o CGC bem aceito pelas AMs?

Numa situação de conflito de poder como esta, o Prefeito cometeu um erro que contribuiu para dificultar ainda mais a aceitação do CGC. Sua Criação foi feita "de cima para baixo", sem participação das AMs, que foram surpreendidas com sua existência.

As lições aprendidas no passado, principalmente no passado próximo, induziam as AMs a uma postura cautelosa ante qualquer iniciativa governamental em relação aos movimentos sociais. E assim procederam as instituições comunitárias, em menor ou maior grau.

A FAMERJ fez críticas ao caráter não deliberativo do CGC. Também considerou que a composição do CGC acolhia uma representação muito restrita das AMs (dois representantes das AMs locais).

No seu livro, BRAGA alega que esse número limitado de representantes foi imposto para impedir o esvaziamento das instâncias zonais da FAMERJ e para evitar que as reuniões do CGC se transformassem em audiências públicas, quando se torna difícil se estabelecer um consenso.(1)

A FAMERJ (Federação das Associações de Moradores das Favelas do Rio de Janeiro), teve uma postura cautelosa mas "participativa" (as aspas ficam por conta da desconfiança que também existia para com qualquer ação governamental). Interpretou que se abria um novo espaço na estrutura administrativa municipal, de forma que as demandas das AMs não ficavam restritas à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social.

A AMANH - Associação de Moradores e Amigos de Nova Holanda, resolveu participar do CGC porque adota uma política de conhecer tudo que se passa na comunidade. Portanto, participar significa poder criticar e/ou se prevenir contra algo "que o Estado esteja armando contra os favelados".

Sobre o CGC em si, a opinião colhida de dirigentes da AMANH se resume no seguinte: o CGC tornou-se mais uma instância burocrática, com a agravante dos representantes da comunidade não mais falarem com os Secretários, mas com o Presidente do CGC - que é o Administrador da Região Administrativa (RA) local. O CGC só fazia legitimar as ações do governo municipal, não deliberava sobre nada e, como todas as iniciativas do Estado, tendia a desorganizar o movimento social e a tomar o espaço conseguido com muita luta.

É tempo de informarmos que cada CGC funcionaria onde houvesse uma RA. As RAs foram criadas quando a cidade do Rio de Janeiro constituía o Estado da Guanabara, no governo de Carlos Lacerda (1960)

Quando foram criadas, as RAs enfrentaram resistências vindas de secretários e deputados estaduais, porque sentiram que os *prefeitinhos* - como passaram a ser

chamados os administradores regionais - estavam exercendo o seu papel de facilitar a satisfação das necessidades das comunidades. É lógico que alguns secretários apoiaram a descentralização via RAs, pois teriam mais tempo de tratar dos assuntos de interesse do Estado como um todo. (2)

Com o tempo os administradores das RAs foram perdendo suas atribuições e tornando-se meros repassadores das reivindicações comunitárias. Recentemente, já em 1992, houve uma reestruturação das RAs, podendo seus administradores exercitarem o poder de polícia em diversas circunstâncias.

O sucessor do Prefeito Roberto Saturnino Braga desativou os CGCs, que tiveram, assim, vida muito curta. O Secretário de Desenvolvimento e Ação Social - Dr. Otávio Leite - em entrevista a bolsistas de Iniciação Científica que trabalhavam no presente projeto de pesquisa, afirmou que estavam estudando a proposta do CGC, para reativá-la com mais adequação a realidade. Até agora, no entanto, os CGCs não renasceram.

A proposta do CGC, como vimos, surgiu intempestivamente no firmamento do movimento associativo e contou com uma recepção difícil no âmbito da FAMERJ e relativamente mais calorosa e, em alguns casos até participativa na área da FAFERJ.

Na Maré, foram instalados pela Prefeitura, ao mesmo tempo, a 30a. Região Administrativa e o Conselho Governo Comunidade. A participação da comunidade obedeceu ao critério de controle e vigilância, ou seja: qualquer iniciativa governamental ocorrente no seu espaço, tem que ser acompanhada e as AMs querem ser ouvidas na tomada de decisões.

Nesse caso, o Prefeito recebeu as sugestões dos dirigentes das AMs da Maré e definiu o processo de escolha do Administrador da 30a. Região Administrativa, de acordo com o pleito por eles formulado para, em assembléia, elegerem o Administrador, por voto direto. E assim foi feito, tendo sido eleita a Sra.-Maria do Carmo, presidente da AM da Vila Pinheiro, como primeira Administradora da 30a. Região Administrativa e Presidente do Conselho Governo-Comunidade, em reunião realizada em 11 de dezembro de 1987.

Estiveram presentes à reunião as diretorias das AMs das comunidades Parque União, Parque Rubens Vaz, Nova Holanda, Parque Maré, Baixa do Sapateiro, Morro do Timbau, Vila do João, Vila Pinheiro, Conjunto Pinheiro, Conjunto Esperança e um representante da Coordenação das Regiões Administrativas (Secretaria de Governo).(3)

Antes, em 04 de novembro de 1987, as AMs da Maré e adjacências, tinham encaminhado um documento reivindicatório à Secretaria Municipal do Governo, convidando-a a participar de uma reunião, para discutirem a implantação da Região Administrativa da Área da Maré.(4)

As comunidades queriam esclarecimentos sobre a RA : o que é, quais as suas finalidades, que contribuições poderia trazer, como os moradores irão participar do seu processo de implantação?(5)

Informaram, na oportunidade, à Secretaria, que tinham criado um grupo, com um representante de cada comunidade da área a ser abrangida pela futura RA, para envolvê-las na discussão do processo e que as AMs seriam as entidades responsáveis para organizar os trabalhos de implantação da RA.

E acrescentaram : no exercício de sua representação comunitária, cada AM "vai apresentar ou apoiar um candidato que será escolhido por voto direto pelo conjunto das treze comunidades; "e que o nome do candidato mais votado "será encaminhado ao Prefeito, como representante legítimo de toda Área da Maré e adjacências."(6)

Manifestaram o desejo de dialogar e discutir com a Secretaria Municipal de Governo.

Prendemo-nos em descrever os detalhes dessa articulação entre as AMs da Maré e a Secretaria Municipal de Governo, por diversos motivos.

Em primeiro lugar, notamos que as AMs, na época, estavam prestigiadas pelo poder público. Caso contrário, não enviaríamos uma correspondência à Secretaria Municipal de Governo, na qual estabeleciam, digamos assim, *as regras do jogo* em relação ao processo de implantação da Região Administrativa. Vivia-se, lembramos mais uma vez, num período político especial : o da *transição política*.

Um outro motivo, que decorre dessa postura favorável do Estado (no caso, poder executivo municipal) em relação às comunidades faveladas, é o seguinte : consideramos que a situação descrita, pode ser caracterizada como a de uma Regulação Jurídica participativa ou interativa.

Em que consiste esta Regulação Jurídica?

Com base em nossa observação e análise dos fatos, esta Regulação pressupõe a existência de um espaço público ativo. Na Maré, as comunidades estavam interessadas, discutindo seus problemas, participando em ações tendentes a decidir sobre critérios de representação (o nome do candidato mais votado pelos dirigentes das AMs seria o representante da Maré, por exemplo) e sobre normas eleitorais (o Administrador Regional seria - e foi - eleito pelos dirigentes das AMs e por voto direto dos mesmos).

E, por sua vez, um espaço público ativo, para continuar existindo, pelo menos na Maré (nesse episódio da implantação da RA) e pela pesquisa que fizemos em Nova Holanda, tem dependido da Associação de Moradores (AM). É a AM que funciona como impulsionadora e estabilizadora do movimento social que dá vida ao espaço público.

O tipo de Regulação Jurídica participava não é imposta de forma explícita e direta por órgãos estatais, na velha receita da decisão "de cima para baixo". Ela é fruto de marchas e contra-marchas, de entendimento e de diálogo.

No caso em análise, notamos mesmo que o Estado, aparentemente pelo menos, está numa posição de assimilar o desejo da sociedade e não de impor sua soberania. Realmente, um processo dialógico, interativo, onde de um lado está uma população carente do exercício dos direitos constitucionais de cidadania, leva a corrigir a disparidade, por ser gritante, agressiva e contrária aos objetivos da própria Regulação participativa, que só encontra campo de realização num regime democrático de governo.

Estas reflexões merecem aprofundamento, porque o espaço público da Maré tem suas especificidades - principalmente por causa da *história* do Estado brasileiro em

relação às favelas surgidas nos centros urbanos. Talvez, um processo de Regulação Jurídica participativa, resgatado o passado, funcione como forma de integrar as comunidades carentes no sistema jurídico oficial - o que de certa forma tem acontecido (ver a experiência do SOAJ e da RA/CGC).

Pensamos, no entanto, que o *ideal* - e por ser o ideal já é algo problemático e dentro do campo bem jurídico do *dever ser* - o ideal seria que o sistema jurídico oficial fosse impregnado pela característica básica da Regulação participativa: ser fruto de um processo interativo, diálogo e democrático.

## NOTAS

- (1) BRAGA, 1989
- (2) LIMA, 1988
- (3) Dados extraídos da Ata da referida reunião.
- (4) Dados extraídos da citada correspondência.
- (5) Idem.
- (6) Idem.

### 3. Espaço Público, Associação de Moradores e Regulação Jurídica Participativa

Quando iniciamos a presente pesquisa, tínhamos uma concepção *nativa* de espaço público. Tratamos de fundamentá-la teoricamente, estudando o pensamento de Hannah Arendt, Jürgen Habermas e Pierre Bourdieu.

Surpreendemos-nos - mesmo já tendo pressentido - com a riqueza e a atualidade do conceito *espaço público*. Para nossa pesquisa se constituiu em uma categoria básica, devido ao seu interrelacionamento com o fenômeno social das Associações de Moradores (AMs).

Nossa concepção de espaço público ativo incorporou os indicadores valorativos que Arendt lhe atribui - espaço da palavra e da ação, onde os interesses são discutidos e se tornam públicos, e a convivência (o estar junto) possibilita que o coletivo promova a realização do indivíduo. Um espaço democrático.

De Habermas, absorvemos sua preocupação com a esfera pública do Estado da social-democracia, onde a publicidade se encontra bipartida. Há uma publicidade demonstrativa e manipulativa e uma publicidade crítica e legítima. Esta existe no espaço interno das organizações e se torna *quase pública*. Sua predominância no espaço público indicará a presença de um governo mais democrático.

Bourdieu define *campo político* - um dos campos do espaço social - e procura desnaturalizar a posse do poder. A participação ativa na política, é função da posse de instrumentos materiais e culturais e não de dotes naturais. Dá destaque a dois instrumentos: o tempo livre e o capital cultural.

Ficamos, assim, com sua idéia de que a educação, o *efeito das homologias* e a vontade de participar, diminuem a margem de erro nas escolhas feitas pelos *consumidores* dos produtos gerados no campo político.

Fizemos um esboço histórico das Associações de Moradores, na cidade do Rio de Janeiro, para termos um conhecimento da trajetória destas entidades associativas.

A partir deste esboço histórico e dos dados levantados em trabalho de campo, concluímos que as Associações de Moradores passaram por três fases, estando, no momento, vivenciando a quarta fase.

No período em que realizamos esta pesquisa (1987/89), as AMs se encontravam na terceira fase e, para caracterizá-la com maiores detalhes, realizamos um estudo de caso, tendo como alvo a Associação de Moradores e Amigos de Nova Holanda (AMANH).

Nova Holanda é uma das comunidades que integram o Complexo da Maré. Em 1984, seus moradores conseguiram, democraticamente, organizar a AMANH.

A AMANH procurou adotar procedimentos participativos - eleição direta e periódica de sua diretoria, abertura às reivindicações da comunidade, encampando-as e lutando por elas. Tem procurado preservar sua independência, afastando-se, momentaneamente, do circuito clientelista da política. Tem desenvolvendo um trabalho de conscientização dos moradores e de preservação da memória da comunidade.

Como instituição, a AMANH existe em função da identidade do sujeito enquanto morador da Favela da Maré, identidade ou situação do sujeito, que convive com a identidade profissional, religiosa, político-partidária, etc.

A AMANH vem reforçando este sentimento de pertinência, porque, enquanto instituição, é um *locus* - permanente, polarizador e funcionando como suporte do movimento social comunitário. Tem sido um órgão apto à representação de seus filiados.

Em sua função representativa, vimos que a AMANH como que transforma o individual em coletivo, encaminhando, sob a forma de demanda coletiva, as necessidades de todos.

O espaço público da Maré, tomou-se ativo pelo trabalho comunitário que se desenvolveu em Nova Holanda. Mas permaneceu ativo por força das atividades desenvolvidas pela AMANH.

Poderíamos concluir que a AMANH dá um suporte estável para os movimentos sociais, diminuindo a dificuldade criada pelo caráter flutuante destes movimentos.

Sabemos que o fenômeno AM como viabilizador de um espaço público ativo, democrático, é incipiente. Mas, percebemos a riqueza do caso estudado: e se o modelo

de associativismo de Nova Holanda se aperfeiçoasse e frutificasse, ensejaria novos rumos para os movimentos sociais e para a democracia no Brasil.

O uso compartilhado do espaço público entre as Associações de Moradores e os novos condomínios que chegaram na Maré, durante os anos da *transição política* ou *abertura política* se caracterizou pela prática de uma Regulação Jurídica participativa. Enfrentou dificuldades, mas este processo dialógico e interativo de harmonização dos conflitos foi fundamental para tal convivência.

A proposta do Conselho Governo-Comunidade, surgiu intempestivamente no firmamento do movimento associativo, criação do Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, de "cima para baixo" e, por isso mesmo, não foi bem recepcionada pela FAMERJ. A FAFERJ resolveu desde logo participar de sua implantação, não só por ser um órgão a mais a quem as populações carentes pudessem se dirigir, mas, no caso de Nova Holanda, por exemplo, para poder influir e acompanhar suas ações.

Na época da instalação do CGC e da 30a. Região Administrativa no Complexo da Maré, as AMs estavam prestigiadas pelo poder público. Suas sugestões sobre a forma de escolha do Administrador Regional foram aceitas pelo Prefeito: eleição direta, sendo votantes os dirigentes das AMs da área da Maré e adjacências.

A análise dos fatos levou-nos a tipificar um processo de Regulação Jurídica participativa. Tal processo de Regulação estava ocorrendo porque havia um espaço público ativo, por sua vez, o espaço público ativo existia devido ao trabalho comunitário desenvolvido pelas AMs.

O tipo de Regulação Jurídica participativa não é imposta de forma explícita e direta por órgãos estatais, na velha receita da decisão tomada pelo alto. Ela é fruto de marchas e contra-marchas, de entendimento, de conflito e de diálogo.

As experiências de convivência estudadas revelaram que as AMs são ciosas do espaço público - que consideram uma conquista delas. E o passado do Estado - omissivo, indiferente, perseguidor, não permitiu que elas recebessem os novos condomínios de *peito aberto*, sem precauções. As iniciativas do Estado são sempre vistas como desmobilizadoras do movimento social e que podem prejudicar a ação das AMs.

Dentro da perspectiva de nosso trabalho, podemos concluir que o uso compartilhado do espaço público, apesar dos percalços, demonstrou a existência de um espaço público ativo, da função primordial que a AM exerce para sua permanência e a presença de uma Regulação Jurídica participativa como variável dependente dessa existência e permanência do espaço público.

## BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA

- ARENDR, Hannah. *A condição humana*. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1987, XII + 340 pp.
- BRAGA, Roberto Saturnino. *Governo-Comunidade: Socialismo no Rio*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989, 94 p.
- BOSCHI, Renato e VALADARES, Lícia. *Movimentos associativos de camadas populares urbanas: análise comparativa de seis casos*. in: BOSCHI, R. *Movimentos coletivos no Brasil Urbano*. Rio de Janeiro, Zahar, 1983.
- , Renato Raul. *A arte da associação política de base e democracia no Brasil*. São Paulo, Vértice, 1987.
- BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa, DIFEL/Bertrand Brasil, 1989, [4] + 311 + [4] pp.
- CARDOSO, Ruth. *Movimentos Sociais Urbanos: balanço crítico*. In: *Sociedade e política no Brasil pós-64*. São Paulo, Brasiliense, 1983.
- DION, Lén. *L'État Libéral et l'expansion de l'espace public étatique*. *Revue Internationale de Science Politique*, 7(2):190-208, Beverly Hills, 1986.
- HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução de Flávio R Kothe. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, 398 pp.
- LAFER, Celso. *Hannah Arendt. Pensamento, Persuasão e Poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, 128 pp.
- LEEDS, Anthony & LEEDS, Elisabeth. *A Sociologia do Brasil Urbano*. Tradução de Ma. Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978, 328 pp.
- LIMA, Sandra Teves Brandão de. *A participação dos moradores nas questões da cidade ou Conselho Governo-Comunidade*. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Serviço Social, CFCH/UF RJ, Rio de Janeiro, 86 pp.
- MONTEIRO, Teresinha Josefa. *Associações de Moradores de Favela e o Serviço Social*. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Serviço Social CFCH/UF RJ, Rio de Janeiro, 1984.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasárgada*. *Law & Society Review*, 12: 5-126, Los Angeles, 1977.
- . *Droit: une carte de la lecture déformé. Pour une conception post-moderne du droit*. *Droit et Societé*, 10 :363-388, Paris, 1988.

## REGULAÇÃO JURÍDICA: UM PRODUTO DO CONFLITO ?

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

O presente texto contém a elaboração de indicadores que julgamos fundamentais para a pesquisa a respeito das dimensões jurídicas de práticas sociais dos habitantes de uma favela da cidade do Rio de Janeiro. Corresponde à primeira fase da investigação sobre o tema da Regulação Jurídica, executada no Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, no contexto do convênio CAPES/COFEUB, com o *Centro d'Études en Theorie de l'État* (CERTÉ) da Universidade de Montpellier na França.

A pesquisa se inscreve nas áreas da Sociologia Jurídica e da Teoria do Direito. Analisa as situações de *conflito* e de *ordem* como fenômenos sociológicos. Contudo, as dimensões jurídicas desses fatos são estudadas à luz também de critérios técnico-jurídicos. Segundo uma perspectiva inter ou multi-disciplinar, não há como estabelecer fronteiras rígidas entre as disciplinas, apesar de se lhes reconhecer a autonomia do ponto de vista do enfoque a que cada qual submete o mesmo objeto. A partir daí, o trabalho pretende incursionar por dois setores: o da produção jurídico-normativa não-estatal, paralela às fontes jurídicas clássicas; o da investigação sobre uma possível lógica da regulação jurídica (emergente das práticas sociais).

1. Considerando algumas práticas sociais detectadas em uma favela do Rio de Janeiro<sup>(1)</sup> propusemo-nos estudar as estratégias de ordenação jurídica criadas naquele espaço e incorporadas ao cotidiano dos moradores. Sintetizamos os objetivos da pesquisa em torno de suas indagações: a) em que medida a população observada *inventa*, com o objetivo de assegurar a legitimidade das suas práticas sociais; b) em que medida essa legitimidade situada, assim como a sua possível lógica específica, são (in)compatíveis com o sistema e a lógica do direito do Estado, e também, com a teoria jurídica hegemônica.

A moldura teórica da pesquisa está constituída, basicamente, por dois conceitos: O *conceito de direito*, entendido como processo de ordenações das relações consideradas jurídicas por uma determinada sociedade. Processo esse correspondente ao equilíbrio das pressões sociais e mantido tanto pela força como pela racionalidade emergentes do equilíbrio, e que se destina a prevenir e a solucionar os litígios. O conceito de *ciência do direito*, entendido como conhecimento que tematiza o processo de ordenação jurídica e que se forma no embate das opiniões entre agentes que disputam "monopólio do direito de dizer o direito"<sup>(2)</sup>

(1) Projeto de extensão e pesquisa intitulado "Conscientização de Direitos", 1988 que realizou na área da Maré um diagnóstico sócio jurídico.(UFRJ)

(2) Boudieu, Pierre, "O Poder Simbólico", ed. Difel, Lisboa, p.212.

O método adotado, em síntese, consiste na identificação das práticas sociais da comunidade favelada em questão, práticas, em certa medida, estranhas ao direito vigente e que tendem a adquirir feição normativa. O intuito é confrontar tais práticas com as formas legais, jurisprudenciais e teóricas institucionalizadas, para avaliar o seu caráter coercitivo e o grau de legitimidade que possuem no espaço onde são criadas. Os dados empíricos funcionam como contraponto de uma análise do direito enquanto instância simbólica, produzida por pressões sociais que as concepções jurídico-positivistas relegaram ao *esquecimento*.

Um dos indicadores que orientam o trabalho é o *conceito de conflito*. Inicialmente, neste texto procuramos detectar o significado de conflito a partir de uma perspectiva técnico-jurídica, cujas raízes são as concepções de direito e de Estado modernos. Por outro lado, em face da situação vivida por agentes marginalizados das leis e dos tribunais, mas nem por isso mergulhados no caos, tentamos considerar o conflito na ótica sociológica, trabalhando-se neste nível, o *reverso da moeda* da ordem, ou seja, a não-ordem, mas aqui sob signo positivo. Para tornar mais clara esta idéia adotamos um conceito de conflito de LYRA FILHO (3) entendido como dinâmica na qual ordem e não-ordem permanentemente se defrontam. No que se refere especialmente ao direito, o conflito traduz essa situação de oposição, ora atualizada, ora latente, conscientizada ou não pelos agentes envolvidos. Não-ordem, segundo LYRA, não significa ausência de ordem, mas antes, a não aceitação de parcelas da ordem constituída. Acrescentamos, em face do observado na comunidade alvo para esta pesquisa, que a não-ordem parece ser uma proposta normativa, realizada segundo as representações que os agentes envolvidos fazem das relações sociais das quais participam.

Nomeou-se, portanto, conflito, para efeito desta pesquisa, a situação contraditória, expressa nas práticas sociais observadas, que, por um lado, denuncia a necessidade dos agentes de *inventarem* formas alternativas de solução e/ou reivindicação de seus interesses, à margem dos critérios jurídicos vigentes, ou porque esses critérios são inacessíveis, ou porque são inadequados. Sob outro aspecto, essa contradição levanta o tema do fundamento da autoridade das soluções jurídicas, como uma questão muito mais da razão historicamente situada do que dos juízos normativos abstratos.

Do que ficou dito, a hipótese que se nos afigura é a de que, a situação conflitual vivida pelos habitantes da favela cria um espaço possível de regulação jurídica, entendida esta como o ordenamento adequado à identidade social dos agentes, parcial ou totalmente excluídos das regras do jogo do direito do Estado.

2. Para entender o significado de conflito social no contexto da teoria jurídica moderna é preciso, inicialmente, retomar as matrizes do pensamento liberal, notadamente nas teorias de HOBBS e LOCKE. Em ambos autores as propostas de ordem social são justificadas a partir de uma situação originária de conflito, cujos inconvenientes devem ser superados em benefício do bem estar de todos. A ponte que leva do conflito à sociedade, ou do caos à ordem é o acordo de vontades. Mediante o recurso do pacto (saída racional do risco de morte para a vida segura), os homens, livres e egoístas, estabelecem uma ordem imposta pela força (HOBBS), ou pela conciliação (LOCKE).

Seja como for, a oposição fundamental entre conflito e ordem cabe ficar aqui registrada. Aparecem como realidade excludentes: ou bem o conflito ou bem a ordem estabelecida, não havendo lugar para terceira solução.

A diferença entre as soluções consensual e autoritária está no modo como a situação de conflito é extirpada. A solução de força faz calar o conflito, sufocando-o, por assim dizer, como se as sanções organizadas tivessem o condão de determinar o seu desaparecimento. A solução consensual *sublima* o conflito, diluindo-o no acordo. De uma forma ou de outra, a situação real de conflito sofre uma distorção quase imperceptível no discurso jurídico e político da ordem.

A partir da desvalorização do conflito, ambas as teorias criam a ilusão da possibilidade da neutralização do mesmo. Esse resultado, quando encaminhado pela solução consensual, goza de maior prestígio, pois a descaracterização que opera ao transformar o conflito em competição entre interesses particulares, é sem dúvida mais convincente, como mais condizente com os valores considerados democráticos. Entretanto, a solução totalitária, tal como a anterior, supõe também o bem comum acima dos conflitos e do Estado (razão neutra) o guardião dos interesses gerais (nacionais) e, por isso mesmo, equidistante dos interesses setoriais.

A antinomia ordem/conflito lançou raízes fundas na teoria do direito e do Estado modernos. No que diz respeito ao Estado, a sedimentação dessa antinomia coincide com a trajetória da progressiva consolidação do poder oficial nas sociedades cada vez mais politizadas. No que se refere ao direito, a mesma antinomia se encontra, de certa forma, na concepção cientificista que dominou a teoria jurídica moderna. Em favor da autonomia científica, o conhecimento do direito reduziu o seu âmbito aos aspectos formais da elaboração e aplicação normativa, ignorando as práticas sociais não formalizadas. Desta sorte, o conflito relevante juridicamente é apenas o que se expressa na situação concreta enquadrável nos modelos teórica e legislativamente construídos. Mediante o recurso da construção conceitual, a moderna teoria do direito padroniza fatos, relações e práticas sociais. Esse modo engenhoso de domesticar o conflito funciona também como o primeiro passo da uniformização das decisões. A padronização dos comportamentos lícito, ilícito - pelos órgãos públicos aplicadores e elaboradores do direito - significa a instrumentalização do controle da vida social. Significa, ao mesmo tempo, a ação profilática que impede fatos inoportunos de prejudicarem a harmonia social.

Controlar a vida social, do ponto de vista do direito, significa prevenir, ou quando necessário, dirimir conflitos. Essa característica dos ordenamentos jurídicos está representada, tanto na lógica do funcionamento do sistema de leis, como na linguagem político-jurídica da lei e das decisões administrativas ou judiciais.

Tradicionalmente, à idéia de ordem se acresce a de *segurança*. Entendida enquanto direito individual, remonta a MAQUIAVEL, para quem a segurança é a suprema lei do Estado. O desejo de segurança é grandemente elaborado no momento do surgimento do Estado como força que se sobrepõe à frágeis, pequenas e belicosas soberanias feudais. Coincide também com o momento em que a ciência substitui a teologia, instaurando uma ordem natural explicável racionalmente, segundo leis científicas. O Estado substitui a discórdia reinante, estabelecendo uma ordem social dita articulada com a dinâmica da liberdade.

A sociedade moderna é o reino da ordem, no interior da qual como num teatro, indivíduos livres concorrem uns com os outros, segundo regras do jogo, em busca da satisfação dos interesses. O direito funciona como instância delimitadora das esferas do

agir, através da imposição de normas que visam a preservar um grau razoável de certeza para as relações sociais. Trata-se de uma concepção racional e calculadora que desenvolve imunidades contra a irrupção de elementos irracionais e perturbadores dos superiores valores da convivência. Ordem e segurança representam, a um só tempo, o componente *lógico* e o componente *ético* da vida social, ou seja, exigência racional e necessidade íntima (de cada um) de se reconhecer no interior do espaço da licitude.

Mais recentemente, a teoria jurídica produziu o conceito de *segurança social*, correspondente à reivindicações que carregam um conteúdo social amplo, como, por exemplo, as que derivam das relações trabalhistas. Deixando neste momento de lado as considerações sobre como fazer para ajustar o novo conceito de segurança às categorias da dogmática jurídica individualista, vale notar que essa concepção de segurança se manifesta na delimitação do espaço dos possíveis (o que convém ou não à segurança social é decisão que só cabe à política do Estado). No Brasil, neste particular, a experiência mostra que quando está em jogo a segurança do regime, surge mais forte a repressão contra o conflito<sup>(4)</sup>. A síndrome da segurança social se manifesta na desconfiança relativamente aos movimentos sociais mesmo quando estes reivindicam interesses corporativos absolutamente legítimos, como o movimento dos aposentados<sup>(5)</sup>.

Diante de situações entendidas como de ameaça à ordem, a força física do poder de polícia só é comparável à força simbólica do poder judicial, através de cujas decisões sai fortalecida quase sempre a lógica do direito estabelecido.

O bem-comum é a situação idealizada de equilíbrio, na qual, os elementos da ordem e da segurança simbolizam a dualidade quase mítica do público e do privado, do social e do individual. Da articulação desses níveis depende o êxito do controle das práticas sociais. Numa perspectiva, portanto, que reduz a estrutura do jurídico à ordem constituída e mantida pelo Estado, o conflito significava a presença de situações negativas de não-paz, no plano social e não segurança ou não certeza, no plano dos direitos individuais.

À luz do direito estatal, o conflito ganha qualificação na medida em que se acha previsto na lei como fato ilícito, ou microconflitos, como os denomina MIRANDA ROSA<sup>(6)</sup>. O microconflito, obviamente, não é tratado pela ordem jurídica, em relação a qual, esse nível de conflito equivale ao anti-direito. Em uma perspectiva positivista e fragmentada da realidade social o macroconflito não é fato jurídico, mas fato político e apenas como tal pode ser administrado.

3. Repensar a noção de conflito é repensar o conceito de direito. Para encaminhar esta reflexão convém, desde logo, estabelecer a distinção entre conflito no sentido estrutural e litígio, impropriamente chamado, na linguagem jurídica, de conflito.

(4) LEGAZ Y LACAMBRA diz que antes mesmo da segurança social alcançar configuração conceitualmente definida, se transformou em segurança do Estado (*Filosofia del Derecho*, p. (633), ed Bosch, Barcelona/72.

(5) movimento surgido em fins de 1991, reivindicando reajuste de pensão de acordo com a Constituição da República.

(6) MIRANDA ROSA. "A importância do conceito de Mediação para o Estudo das relações entre Direito e Conflito", in *Direito e Conflito Social*, ed. Zahar, RJ/81, p. 57.

Os litígios se caracterizam pela configuração individualista, coerente com a concepção tradicional do direito enquanto ordenamento sistematizado de normas e de instituições, destinado a prevenir e solucionar disputas de interesses, por meio da delimitação dos espaços de exercício das liberdades. Só é litígio juridicamente relevante aquele que se enquadra nos recursos técnicos de configuração e solução, variáveis em grau, desde a tipificação, própria de áreas como a do direito penal, até a enunciação dos princípios gerais de direito.

Enquanto que o litígio é logicamente posterior ao direito visto como sistema de normas, o conflito é logicamente anterior ao direito entendido como processo. O que distingue a concepção de direito como processo é que o ponto de partida - quer se trate das decisões, que se trate das posições teóricas - não é norma, mas uma situação problemática. A procura da solução para o problema leva, mais cedo ou mais tarde, à formulação de uma ou mais normas. Neste sentido, e para os efeitos desta pesquisa, a situação de conflito - fenômeno político - é entendida como possuindo a capacidade de impulsionar o questionamento da ordem institucionalizada através de práticas inovadoras.

Na noção bourdieutiana de *campo jurídico*, lugar onde os agentes autorizados (profissionais) dizem o direito, a solução dos conflitos é encaminhada pela *sensibilidade* desses agentes. Contudo, nas sociedades cuja homogeneidade é precária<sup>(7)</sup> há o risco de que relações sociais fiquem segregadas, à margem do direito (reflexão teórica e atividade prática). Nesses espaços, os agentes envolvidos nas situações de conflito que não sensibilizaram a órbita do direito do Estado procuram, sem intermediários, a solução. É nesse espaço que se forma uma normatividade que chamamos inventada porque, em parte ou totalmente, estão desligadas das categorias jurídicas pré-estabelecidas.

As iniciativas identificadas na comunidade alvo para a obtenção dos dados desta pesquisa seguem duas tendências. A primeira tendência revela o modo como os negócios particulares são conduzidos de sorte a adaptar formas legais às situações concretas. Como exemplo expressivo estão os contratos de *venda da posse* através do qual o vendedor transfere ao comprador a casa construída sobre terreno de propriedade de terceiros<sup>(8)</sup>. Um exemplo é o casamento realizado por instrumento particular, com a intermediação das associações de moradores, que nesse caso desempenham a função de cartórios.

A segunda tendência diz respeito à forma de reivindicar a existência de direitos e obrigações. Nesse particular, é normal a alternância da via judicial e da via administrativo-política. O acesso à justiça para os habitantes da favela é dificultada, inclusive porque certas demandas são coletivas, como ocorreu em 1987 quando um número considerável de moradores da favela se recusou a pagar o IPTU. Neste caso, o acesso à Prefeitura do Município surtiu efeito mais rápido. Outra iniciativa coletiva, patrocinada pelos advogados do Setor de Orientação e Assessoria Jurídica do projeto mencionado, foi feita contra a Caixa Econômica Federal para a liberação de 500 títulos

(7) SANTOS, B>S>, "O Discurso e o Poder", ed. S.A. Fabris, Porto Alegre, 1989, p. 76.

(8) CAVALLAZZI, Rosângela L., "A Plasticidade na Teoria Contratual", tese de doutoramento. A autora, analisando esse fato, afirma que, muito embora a teoria dogmática do direito apresente flexibilidade para abranger as situações novas, estas na verdade são sugeridas pela realidade, ou prática social, e não pelo direito constituído.

de propriedade reivindicados pelos beneficiários do Projeto Rio, plano de habitação popular instalado na Maré na década de 70.

4. Desta fase do trabalho podemos extrair algumas conclusões não definitivas:

- a) a produção de solução na comunidade observada, em parte coincide com as práticas legais, em parte investe em formas mais condizentes com interesses em jogo.
- b) as demandas coletivas trazem, potencialmente, um poder renovador, cuja eficácia depende do movimento social, mas também de uma assessoria jurídica especializada.
- c) a razão individual alterna com as iniciativas coletivas.
- d) o conflito, tal como observado, desempenha um papel de fonte de práticas sociais tendentes ao encaminhamento de soluções para problemas.
- e) observa-se, por vezes, uma clara inadequação entre o direito vigente e a experiência das práticas da favela. É esse fenômeno de anomia, no sentido de inadequação das leis que favorece a emergência da regulação jurídica, como forma paralela à regulamentação do direito estatal. Por vezes, a regulação é tentada com a colaboração dos órgãos públicos (caso do Conselho Governo Comunidade). Outras vezes a iniciativa é exclusiva dos interessados (caso da Cooperativa de Habitação).