

25 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Estudos em homenagem ao
Relator J. Bernardo Cabral

©**Copyright:** Editora Cultural da Amazônia

Coordenação editorial: Júlio Antonio Lopes

Capa e projeto gráfico: Lo-Ammi Santos

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação de direitos autorais (Lei 9.610/98).

Ficha catalográfica: Bibliotecário Jânio Célio – CRB 532 /AM

594 p. Il.:

Coordenadores: Júlio Antonio Lopes e Carlos Alberto de Moraes
Ramos Filho

1. Constituição Federal do Brasil 2. Cidadão 3. Responsabilidade Civil
I. Título

CDD- 342.4



Editora da Amazônia Ltda

Avenida André Araújo, 2400 - Petrópolis

Manaus-AM

CEP 69083-000

Telefone: (92) 3643-1258

E-mail: editoradaamazonia@acritica.com.br

25 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO RELATOR

J. BERNARDO CABRAL

COORDENADORES:

JÚLIO ANTONIO LOPES

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO





SUMÁRIO

UMA PALAVRA.....	7
APRESENTAÇÃO.....	8
A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ <i>Ulysses Guimarães</i>	13
UM QUARTO DE SÉCULO <i>J. Bernardo Cabral</i>	23
A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O QUE SERIA, O QUE FOI E O QUE FIZERAM DELA <i>Marco Evangelista</i>	36
A LUTA PELA IGUALDADE DAS MULHERES A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Maria das Graças Pessoa Figueiredo</i>	52
ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA <i>Ari Jorge Moutinho da Costa</i>	67
A PERSPECTIVA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS <i>Marcos Arruda</i>	74
AÇÃO COMO GARANTIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL <i>Flávio Humberto Pascarelli Lopes</i>	86
AÇÕES CONSTITUCIONAIS EM DEFESA DA LIBERDADE: HABEAS CORPUS, HABEAS DATA E MANDADOS DE SEGURANÇA E DE INJUNÇÃO <i>Vallisney de Souza Oliveira</i>	99
DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO <i>Walter Siqueira Brito / Matheus Luniere Martins</i>	123
O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ALUSIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Cynthia de Araújo Lima</i>	148
OS VINTE E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL <i>Erivaldo Cavalcanti / Carla Cristina Torquato</i>	166
ESTADO E FEDERAÇÃO: A FORMA FEDERATIVA COMO INSTRUMENTO DE ACOMODAÇÃO DE DIFERENÇAS <i>Omara Oliveira de Gusmão</i>	192
25 ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, FORO PRIVILEGIADO, NOTIFICAÇÃO E TEMAS POLÊMICOS APÓS A PUBLICAÇÃO DA LIA - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA <i>Jaiza Maria Pinto Fraxe</i>	226
DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A PEC 33/11 <i>Vitor Hugo Mota de Menezes</i>	249

COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA <i>Márcio André Lopes Cavalcante</i>	274
O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ – EVOLUÇÃO E FORTALECIMENTO DA INSTITUIÇÃO <i>Mauro Campbell Marques</i>	310
BERNARDO CABRAL, A CONSTITUINTE E A VALORIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA <i>Oldeney Sá Valente</i>	323
A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Mario Jumbo Miranda Aufiero</i>	326
O PRINCÍPIO DA INCAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL <i>Lucas Carvalho</i>	341
EDUCAÇÃO TRIBUTARIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Valéria Furlan / Ricardo César Franco</i>	350
OS MONOPÓLIOS ESTATAIS E SEU REGRAMENTO CONSTITUCIONAL <i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i>	363
O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 <i>Rosa Oliveira de Pontes</i>	385
A ADPF 130/09 E OS NOVOS PARADIGMAS PARA ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DE IMPRENSA <i>Júlio Antonio Lopes / Olivar Durães Filho</i>	406
TUTELA INIBITÓRIA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE QUE NÃO HAVERÁ CENSURA <i>Cássio André Borges dos Santos</i>	431
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA ÓTICA AMBIENTAL <i>Adalberto Carim Antonio</i>	439
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988, COMO UM DOS MODELOS MAIS AVANÇADOS E MODERNOS DO CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE <i>Lúcia Maria Corrêa Viana</i>	461
A CONTRIBUIÇÃO DA MULHER NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE <i>Liana Belém P. Mendonça de Souza</i>	494
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO <i>Robério Braga</i>	499
O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO, REVISÃO E DESTOMBAMENTO <i>Júlio Cezar Lima Brandão</i>	519
A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER <i>Nilce Elaine Byron Ramos</i>	553
MANIFESTAÇÕES POPULARES DE JUNHO/2013 NO CONTEXTO DE 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: POR UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE NO BRASIL <i>Raimundo P. Pontes Filho</i>	571

UMA PALAVRA...

Desnecessário ressaltar a minha satisfação em contribuir com esta manifestação em derredor da ideia que tiveram os meus eminentes Colegas e Amigos, doutor Júlio Antonio Lopes e Professor Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.

Claro que a atitude de ambos só tem amparo na amizade – petrificada pelo cinzel da vida – que há entre mim e eles, e consagrada nos embates de convívio e na defesa dos mesmos ideais.

Por certo que são eles cultores da História – e esta se encarrega de corrigir as injustiças e apontar os acertos dos homens de bem – razão maior para me curvar, agradecido, à tarefa que eles levaram a cabo, não só difícil como hercúlea empreitada.

Atitude própria dos que fazem da existência a bandeira desfraldada, ao sabor de todas as intempéries, na defesa do bem comum.

José BERNARDO CABRAL
(mês do meu aniversário – março, ano de 2013)

APRESENTAÇÃO

Após um longo período de autoritarismo, nosso País voltou a ver restauradas as liberdades públicas, o que se deu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em outubro de 1988.

Aquele diploma foi denominado por Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, de “Carta Cidadã”, tendo em vista terem sido expressamente representados em seu Texto os direitos de diversificados segmentos sociais.

Este ano a “Carta Cidadã” completa um quarto de século de existência e é por ocasião da referida data que a Editora da Amazônia publica a presente obra, por meio da qual se presta uma merecida homenagem ao Relator da Constituinte, José Bernardo Cabral.

Apesar de sua conhecida figura pública dispensar apresentações, cabe destacar que o homenageado é advogado, membro da Academia Amazonense de Letras (fevereiro/1983), da Academia Internacional de Direito e Economia (abril/2010), da Academia Brasileira de Filosofia (março/2012) e da Academia Carioca de Letras. É Doutor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UNIRIO (maio/2005) e da Universidade Federal do Amazonas – UFAM (março/2009). É, ainda, Consultor da Presidência da Confederação Nacional do Comércio (desde fevereiro/2003).

Dentre as relevantes funções exercidas pelo homenageado em sua brilhante trajetória destacam-se as seguintes: Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1981-1983), Relator-Geral da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados (1989), Ministro de Estado da Justiça (15.03.1990 a 09.10.1990), Senador, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (1997-1998 e 2001-2002).

Devidamente apresentado o homenageado, cabe uma breve descrição da presente obra, que é composta de vários trabalhos de renoma-

dos autores, todos versando sobre temas que se encontram disciplinados na Carta Constitucional de 1988.

A ordem de publicação dos trabalhos procurou acompanhar a sequência adotada pelo Texto Constitucional quanto ao regramento das matérias por aquelas versadas.

Assim, a presente obra inicia-se com a publicação da transcrição do discurso proferido pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), Ulysses Guimarães, por ocasião da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, por ele denominada de “Constituição Cidadã”.

Em seguida, temos dois estudos de caráter introdutório. O primeiro deles, de autoria do homenageado, traça um panorama dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, da qual foi o Relator-Geral. O segundo, de autoria do professor Marco Evangelista, discorre sobre as alterações efetuadas no texto da Constituição Federal nesses seus primeiros 25 anos de vigência.

Sobre os direitos e garantias fundamentais – que, na CF/1988, estão em sua maioria (mas não somente) no Título II (arts. 5º a 17) –, temos sete trabalhos: o da desembargadora Maria das Graças Pessoa Figueiredo, sobre a luta das mulheres pela igualdade; o do desembargador Ari Jorge Moutinho da Costa, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, sobre o princípio constitucional da presunção da inocência; o do professor Marcos Arruda, que versa sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; o do desembargador Flávio Humberto Pascarelli Lopes, que discorre sobre a ação como garantia constitucional; o do juiz federal Vallisney de Souza Oliveira, sobre as ações constitucionais em defesa da liberdade (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção); o dos advogados Walter Siqueira Brito e Matheus Luniere Martins, sobre o “direito constitucional do trabalho” (que abarca os chamados direitos fundamentais sociais); e o da juíza federal Cynthia de Araújo Lima, acerca do controle judicial das políticas públicas relativas a direitos fundamentais sociais. Neste último artigo, a autora busca demonstrar que o controle jurisdicional de políticas públicas, no contexto do neconstitucionalismo, propicia, de modo insofismável, um maior controle da sociedade sobre seus governantes, mediante a possibilidade de exigência de prestações do Estado fundadas, principalmente, nos

direitos sociais prestacionais previstos na Constituição, na medida em que esses direitos configuram verdadeiros direitos fundamentais e, como tais, imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Há, todavia, como bem observa a autora, direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de natureza programática que dependem de prévia avaliação do Legislativo e do Executivo, sendo necessário considerar, outrossim, o orçamento público no processo da elaboração de políticas públicas à míngua de recursos.

É sobre os partidos políticos – que, na CF/1988, encontram sua disciplina no art. 17 – o alentado estudo dos professores Erivaldo Cavalcanti e Carla Cristina Torquato, que enfoca, mais especificamente, a questão da democratização das citadas entidades. No citado artigo, os autores buscam apresentar e discutir ao longo dos pergaminhos constitucionais brasileiros a evolução dos partidos políticos e a questão da fidelidade partidária. Outro ponto investigado foi descrever os aspectos legais acerca destes entes políticos e suas formas de organização. Por fim, buscam demonstrar os autores que com a promulgação da Carta Política de 1988 os partidos alcançaram uma base sólida perante a Corte Maior.

Considerando que a CF/1988 versa sobre a organização espacial do Estado em seu Título III (arts. 18 a 43), o trabalho que vem a seguir é o da professora Omara Oliveira de Gusmão, que discorre sobre as peculiaridades da forma federativa adotada pelo Estado brasileiro.

Ainda no referido Título é que a CF/1988 prevê a punição dos chamados “atos de improbidade administrativa” (art. 37, § 4º), sobre os quais versa o denso estudo da juíza federal Jaiza Maria Pinto Fraxe.

Acerca da Organização dos Poderes – que, na CF/1988, é disciplinada em seu Título IV – é o artigo do professor Vitor Hugo Mota de Menezes, que tem por objeto a análise da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 33/2011, que, dentre outras disposições, pretende condicionar o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) à aprovação do Congresso Nacional, ao qual também pretende submeter as decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de emendas ao Texto Constitucional.

Sobre o Poder Judiciário – cujo regramento, na CF/1988, encontra-se nos arts. 92 a 126 – é o trabalho do juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante, que procura detalhar as competências da Justiça Federal de 1ª instância.

No que diz respeito às funções essenciais à Justiça (arts. 127 a 135 da CF/1988), destacam-se os estudos do ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, sobre o Ministério Público, e do professor Oldeney Sá Valente, sobre a Advocacia Pública.

Relativamente à segurança pública (art. 144 da CF/1988) é o trabalho do delegado Mario Jumbo Miranda Aufiero, versando sobre a atuação da polícia judiciária.

No que tange ao sistema constitucional tributário (arts. 145 a 162 da CF/1988), temos o estudo do professor Lucas Carvalho sobre o princípio da incapacidade contributiva, caracterizado pelo citado autor como o “gêmeo perverso da capacidade contributiva”. Ainda na seara tributária, tem-se, em seguida, o artigo dos professores Valéria Furlan e Ricardo César Franco sobre o relevante tema da chamada “educação fiscal”.

Versando sobre a Ordem Econômica e Financeira (Título VII da CF/1988 – arts. 170 a 192), temos o estudo do professor Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho sobre o regime constitucional dos monopólios estatais e o da economista e advogada Rosa Oliveira de Pontes sobre o direito ao desenvolvimento, este último abordando com especial atenção o modelo Zona Franca de Manaus.

Adentrando a Ordem Social (Título VIII da CF/1988 – arts. 193 a 232) e versando sobre tema inerente à comunicação social (arts. 220 a 224) há o artigo dos advogados Júlio Antonio Lopes e Olivar Durães Filho sobre os novos paradigmas para a imprensa brasileira a partir do julgamento da ADPF 130, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal n. 5.250, de 09.02.1967, a chamada “Lei de Imprensa”.

É ainda no regramento da comunicação social que a CF/1988 vedou toda e qualquer forma de censura (art. 220, § 2º) e é sobre o referido tema que versa o estudo do magistrado e professor Cássio André Borges dos Santos, que busca analisar a proibição constitucional de

censura sobre vários prismas – como no confronto ao direito a honra, à intimidade, à vida privada e à intimidade –, notadamente no que se refere ao seu confronto com as tutelas jurisdicionais preventivas e inibitórias.

Permanecendo na Ordem Social, mas voltados à temática do meio ambiente (art. 225 da CF/1988), temos cinco trabalhos: o do juiz de direito Adalberto Carim Antonio, que procura traçar o perfil da Constituição de 1988 na ótica ambiental; o da professora Lúcia Maria Corrêa Viana, que busca demonstrar que a vigente Constituição é um dos modelos mais avançados do constitucionalismo mundial em matéria ambiental; o da desembargadora Liana Belém P. Mendonça de Souza, o qual procura demonstrar o relevante papel da mulher para a conservação do meio ambiente; o do advogado Robério Braga, sobre a proteção ao patrimônio cultural brasileiro; e o do procurador do Estado Júlio Cezar Lima Brandão, sobre o importante instituto do tombamento.

Também sobre tema inerente à Ordem Social é o artigo da professora Nilce Elaine Byron Ramos, que discorre sobre a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares, que, segundo expressa imposição Texto Constitucional, deve ser coibida (art. 226, § 8º).

Finaliza esta obra coletiva o artigo do professor Pontes Filho acerca das manifestações populares que assolaram todo País em junho deste ano, no qual o autor propõe uma nova relação entre a sociedade e o Estado.

Espera-se, com esta iniciativa, prestar uma singela homenagem ao Relator da Constituinte de 1987-1988, José Bernardo Cabral, por ocasião da comemoração dos 25 anos da Constituição Cidadã.

Manaus, julho de 2013.

Júlio Antonio Lopes

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Ulysses Guimarães

Discurso pronunciado na sessão solene de promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) - Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insignes Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembléias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. e Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: “Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.” São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões ali-ciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no cami-nho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fá-bio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo.

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhe-cemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o es-tatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por im-po-sição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a coman-dar esta grande Nação.

A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o establish-ment, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão sau-dosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações.

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando ante-projeto forâneo ou de elaboração interna. O enorme esforço é di-mensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares,

algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio.

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüente da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição cidadã”.

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram.

No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos proble-

mas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente Juscelino Kubitschek, que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil.

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto.

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parla-mentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: “Vamos votar, vamos votar”, que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito

de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos.

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Alian-

ça Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional no 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1o de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. As nossas saudações.

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina.

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino.

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor, que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado - da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer.

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. Que o

bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores, A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: “Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei”.

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros.

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou.

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram.

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil!

Esta é a transcrição oficial do brilhante e inspirador discurso proferido pelo deputado federal Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, na sessão de 5 de outubro de 1988 publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382, data na qual foi promulgada a Constituição brasileira, que completa em 2013, 25 anos. Ela é considerada a mais democrática Carta de Direitos do mundo e a que mais se voltou, na história de nosso País, para o ser humano, daí porque passou a ser chamada de a “Constituição Cidadã”. Ao lado de Ulysses, como seu braço direito, estava o deputado amazonense Bernardo Cabral, Relator Geral da Constituição.

UM QUARTO DE SÉCULO

José Bernardo Cabral¹

Como é do conhecimento de todos, um longo e amadurecido processo de meditação sobre os mais lídimos anseios nacionais encontrou há 25 anos seu engalanado coroaamento. Àquela altura, após mais de ano e meio de estudos e discussões, veio a lume a Constituição democrática, há tanto tempo reclamada e esperada.

Vale lembrar que a sua promulgação só ocorreu depois de muitos sofrimentos e tensões, pondo fim a uma longa noite que se havia abatido, decorridos vinte anos, sobre a história brasileira. A partir daí, passamos a respirar o ar saudável e vivificante das liberdades públicas e civis, enfim restauradas, já que a longa era de autoritarismo e a prolongada fase de transição, que lhe sucedeu, receberam, então, o selo que as qualifica como etapas históricas superadas, para a formação de nossa cidadania.

Em função de especulações desairosas, que ora surgem aqui e acolá, se torna imperioso lembrar o contexto em que foi construída a nossa Lei Maior, nos idos de 1987 e 1988. Assim, o primeiro ponto a destacar diz respeito ao perfil do órgão ao qual foi atribuída a feitura do Pacto fundamental. Diversamente do que antes ocorrera, e até em contrariedade ao que desejado por alguns, deliberou-se por partir do nada, para a elaboração de uma Lei Maior. Preferiu-se, à sólida estaca de um Anteprojeto – formulado por um jurista ou uma comissão deles – a abertura da senda constituinte a partir do próprio povo, seus anseios, suas ideias, suas necessidades, suas convicções.

Algumas centenas de brasileiros receberam mandato, neste embutida a representatividade constituinte. E como essa legitimação era haurida e conferida sem limitações, que não as do próprio ato convocatório, decidiu-se pelo mais difícil e mais autêntico: estruturar aos poucos, tijolo sobre tijolo, piso sobre piso, o grande edifício da Constituição. Abriu-se mão da comodidade do premoldado e das estruturas

¹ Relator da Constituição de 1988.

prefabricadas, em nome da realização da edificação mais conforme à realidade do Brasil e dos brasileiros.

Uma vez mais estava o Brasil mobilizado para a tarefa de elaborar uma nova Carta Magna. Tratava-se de reordenar democraticamente o país após a ruptura da ordem constitucional, e a importância, para a sociedade brasileira, de uma Constituição democraticamente votada era evidente para todos. Sem ela os valores fundamentais em que se deve basear a sociedade estão permanentemente ameaçados. Uma Constituição deve espelhar o estado atual das relações sociais, mas, ao mesmo tempo, deve servir de instrumento para o progresso social.

Para tanto, elegeu-se um método a ser utilizado pelo Congresso Constituinte que privilegiou a espontaneidade das contribuições ao invés de adotar um texto inicial, como disse antes, a partir do qual trabalharíamos. Era essa metodologia extremamente controversa, devido às suas características democráticas. Realizou-se amplo levantamento das aspirações nacionais, expressas pelos constituintes e também pelo próprio povo através das emendas populares. Nesse estágio, o objetivo era termos um documento que refletisse a consciência da maioria do povo.

Foi montada uma estrutura composta de subcomissões e comissões temáticas, que dariam uma visão da realidade brasileira que se mostrou específica e necessariamente parcial. Como resultado, temos hoje um documento no qual as diversas partes refletem diferentes posicionamentos ideológicos e, portanto, de difícil articulação numa proposta unificada. Tratou-se, porém, apesar das críticas suscitadas, de um trabalho extremamente profícuo, que permitiu que soubéssemos aquilo que setores majoritariamente da sociedade tinham a propor.

Nesses palcos setoriais transcorreu a primeira etapa do grande esforço: justapondo idéias, amalgamando propostas, formulando textos, as subcomissões foram construindo a parte que lhes cabia, da engenharia constituinte. Seus trabalhos não eram um “*diktat*” setorial: pelo contrário, eles eram submetidos a intensas discussões entre os constituintes, dissecados em assembléias públicas (com enorme participação popular, diga-se) estudados em cuidadosos pareceres e, afinal, votados, em sessões de grande atividade e mesmo, por vezes, eletrizantes.

Aliás, essa era uma tônica do Congresso, naqueles dias, como até a mídia repetidamente assinalou: os corredores estavam repletos de populares, cidadãos, que circulavam de um gabinete ao outro, de uma comissão a outra, abordando constituintes, convocando-os a ouvirem suas idéias e aspirações, numa sadia prática lobista, bem diversa das que por vezes se registram nesta República. Aliás, essa era a marca daqueles dias: vivia-se uma República, um momento em que a atividade política era “*res publica*”, coisa de todos, de todos nós brasileiros. É oportuno, mesmo, evidenciar que a participação da cidadania, aqui lembrada, foi um poderoso vetor de atuação popular, aplacando iras e ressentimentos, transformando-os em energia positiva, construtiva, participativa. E, como tal, a participação em causa foi um valioso instrumento de concretização da transição democrática, delicada etapa de nossa História, ainda inconclusa.

Em 07 de abril foram constituídas as Comissões e Subcomissões encarregadas de estudar os assuntos de interesse nacional e das matérias que constariam da futura Constituição. Foram criadas Comissões Temáticas: da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; da Organização do Estado; da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições; do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; da Ordem Econômica; da Ordem Social; da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.

Cada uma delas foi dividida em Subcomissões num total de 24.

A partir de 12 e 13 de abril as Subcomissões deram início às suas reuniões e começaram a receber sugestões de entidades de classe, de associações comunitárias e sindicatos, além das sugestões dos próprios parlamentares, seus membros ou não.

Cerca de 10.000 sugestões foram apresentadas sendo 6.000 de parlamentares e mais de 3.000 de entidades. Após essa primeira fase de estudos nas Subcomissões, foi elaborado texto de Anteprojeto que foi submetido aos membros da mesma, recebendo cerca de 1.500 novas emendas.

Após o dia 15 de maio, numa segunda fase, foi preparado o texto final de cada subcomissão e encaminhado para a respectiva Comissão Temática.

De 22 até 25 de maio esses anteprojetos foram remetidos às Comissões que então começaram a receber emendas (aproximadamente 5.000) não só dos parlamentares, como das entidades associativas. O trabalho dos parlamentares, nas duas fases – de Subcomissão e de Comissão – foi incessante. A partir daí todo esse esforço foi enviado à Comissão de Sistematização, que apresentou, no dia 26 de junho, a primeira versão do texto compatibilizado. Finalmente, em 11 de julho a Comissão aprovou o Projeto de Constituição.

Nesse instante surgia indagação de insuperável relevo, cuja origem é de fácil equacionamento: algumas centenas de constituintes, refletindo não só os vínculos da representação, mas também suas convicções pessoais, não poderiam produzir oito projetos que, pela simples adição de um a outro, formassem uma Constituição.

Era imprescindível, agora, “costurar” os textos setoriais, dar-lhes unidade, coerência e interação.

Ademais disso, na junção dos Projetos parciais poderiam ser detectadas soluções conflitantes ou até mesmo lacunas. Para o enfrentamento de todos esses problemas havia a Comissão de Sistematização. E nela me coube, por eleição bastante disputada, a Relatoria, ou seja, o encargo de relatar o Projeto da Constituição, executando todas as medidas de técnica legislativa e fundamentação jurídica para a apresentação à Assembléia Constituinte do Projeto acabado, apto a ser votado, emendado e aprovado. Mas tal era apenas o começo.

Ao Relator também caberia, por injunção regimental, dar parecer às emendas formuladas, apresentando novo texto de Projeto, com incorporação das que aprovadas. Relembre-se que, nas sucessivas etapas de votação, foram produzidas mais de 40.000 (quarenta mil) emendas, afora mais de uma centena de emendas populares, todas exigindo e recebendo estudo e parecer! E nem é só: com frequência, como fruto das votações, produziu-se o que se decidiu denominar “buracos negros”, pontos que, da rejeição seja do Projeto, seja das emendas, restavam não disciplinados.

Sempre que assim se dava, competia ao Relator, através de delicadas e demoradas negociações e entendimentos políticos, descobrir e viabilizar uma solução.

Enfatiza-se, mesmo, o ponto: todo o labor de relatar uma Constituição é, a um só tempo, técnico e político. E no ângulo político, o trabalho significa a todos ouvir, contatar autoridades de todos os Poderes de Estado, de todos níveis da federação, atender ao empresariado e aos operários, às entidades e aos indivíduos e, até mesmo, aos que, embora não sendo brasileiros, por nosso país têm afeição.

O trabalho do relator se dividiu assim em duas fases distintas. A primeira foi a de organizar as propostas das Comissões Temáticas, eliminando, na medida do possível, as contradições lógicas, mas não discutindo seu mérito, nem procedendo a mudanças no sentido do documento. Como resultado, elaborei meu parecer propondo um Projeto de Constituição, cujas partes foram resultados de visões de mundo distintas, de relatores que esposavam filosofias políticas opostas. Em consequência disso o documento padecia de graves inconsistências.

Na segunda fase, a apresentação de um substitutivo pelo relator foi crucial, para que tivéssemos uma constituição adequada às necessidades do País, e em torno da qual fosse possível formar um apoio que garantisse sua aprovação. Sabíamos que, em alguns pontos, seria inviável a obtenção de um consenso. Tivemos, todavia, confiança de que seria possível um acordo em torno dos interesses nacionais, na maior parte dos artigos. Dispunhamos de lideranças capazes que nos permitiram articular o necessário consenso para que esse trabalho fosse recompensado.

Desejávamos uma Constituição fruto deste consenso, sintética, moderna e adaptada ao nosso país, uma organização do estado que refletisse o grau de organização atingido pela sociedade brasileira nos últimos anos. Como Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil tive o privilégio de participar desse esforço, quando associações, sindicatos e entidades se desenvolveram de forma ímpar.

Sumariamente, esse foi o trabalho. Cabe, por isso, ressaltar:

- A Assembléia Nacional Constituinte teve a sua instalação no dia 1º de fevereiro de 1987.
- A elaboração do Regimento interno no dia 24/03/87.
- O funcionamento das 24 Subcomissões de 07/04/87 a 25/05/87.

- O funcionamento das 08 Comissões Temáticas de 26/05/87 a 15/06/87.

XX-XX-XXX-XX

- De 17/06/87 a 18/11/87, o funcionamento da Comissão de Sistematização e do Plenário, para discussão e apresentação de emendas. Realizadas 123 reuniões da Comissão. Produzidos (5) textos para discussão, emendas e votação na Comissão. Apresentadas 35.111 emendas, das quais 122 populares.

XX-XX-XXX-XX

- Em 27/01/88, votação do Projeto em 1º Turno. Apresentadas mais 2.045 emendas (reforma regimental de iniciativa do auto-denominado grupo político “Centrão”).
- Realizada 119 sessões e 732 votações.
- Tempo de trabalho: 476 horas e 32 minutos.

XX-XX-XXX-XX

- De 1º/07/88 a 02/09/88, votação do Projeto em 2º Turno.
- Apresentadas: 1.834 emendas.
- Realizadas: 38 sessões.
- Tempo de trabalho: 142 horas e 10 minutos
- De 13/09/88 a 22/09/88, votação da redação final.
- Apresentadas: 833 emendas, com o objetivo de corrigir o texto, sanar omissões, falhas ou contradições. Realizadas todas as oito (8) sessões previstas. Tempo de trabalho: 27 horas e 41 minutos.
- 05/10/88: sessão solene para a promulgação da Nova Constituição.
- RESUMO FINAL: ao todo foram realizadas 330 sessões plenárias em 309 dias. As Comissões Temáticas e Subcomissões trabalharam 1.109 horas. A Comissão de Sistematização: 263 horas. O Plenário: 1.304 horas e 16 minutos.

- Total de Emendas: 62.160 - examinadas nas Comissões e Sub-comissões: 21.337.
- Por mim, pessoalmente, uma a uma: 40.823 emendas.

Aquele que leia, sem paixão e preconceito, o texto da Constituição de 1988 poderá, descontados os naturais problemas de qualquer obra do homem, asseverar que se trata, sem dúvida, de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura dos melhores que o constitucionalismo tem produzido, aí incluídas as justamente decantadas Constituições de Espanha e Portugal. Façamos breve ponderação e esse respeito.

O primeiro dado a destacar é de topografia, mas igualmente de conteúdo: o texto se instaura com a indicação dos princípios fundamentais, direitos individuais, garantias fundamentais e direitos sociais. Em vez de clássica exposição vestibular da estrutura do Estado e de seus Poderes, deu-se prevalência ao cidadão e ao trabalho: no dado geográfico, uma eleição ideológica. Esta, verdadeiramente, é uma Constituição cidadã. E o exame sumário de seus Títulos reforça tal convicção. Vejamos alguns reflexos e conseqüências do texto constitucional:

Avanços:

1. a expressa consagração do respeito aos direitos humanos como princípio fundamental;
2. ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira;
3. é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternada em lista de merecimento;
4. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
5. o alargamento das garantias fundamentais, com ênfase para o *habeas data*, o mandado de injunção, a garantia do devido processo legal, o mandato de segurança coletivo, a imprescritibilidade de certos delitos gravíssimos etc...);

6. consagração constitucional dos direitos fundamentais do trabalhador, com particular referência ao fortalecimento do sindicato e à ampliação do direito de greve;

7. a maior dimensão do sufrágio universal e do direito de votar e de ser votado;

8. a redefinição das competências normativas, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal poderes jamais antes concedidos;

9. a atribuição ao Município de efetivos instrumentos de autonomia;

10. o fortalecimento e aumento de atribuições do Legislativo, que é a casa do povo, deslocando o Executivo da posição majestática, antes detida;

11. os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais conferidas às Comissões Parlamentares de Inquérito;

12. a reformulação da partilha tributária, de sorte a viabilizar a federação;

13. o estabelecimento, pioneiro no patamar da Constituição, de uma clara e ordenada política urbana;

14. o regramento, voltado para os interesses da sociedade, do sistema financeiro nacional;

15. a elaboração, por vez primeira, de uma estrutura integral da seguridade social;

16. a total reformulação da disciplina fundamental da educação e da cultura, assentando a amplitude de seus fins e a generalização de seus beneficiários, priorizando o sistema público como destinatário dos recursos arrecadados da população;

17. os capítulos absolutamente inovadores e exemplares da comunicação social, ciência e tecnologia, desportos; o do meio ambiente, primeira consagração mundial do tema em sede constitucional, com a dignidade de direito público subjetivo, de natureza difusa;

18. o combate sem trégua à corrupção, através do fortalecimento do Ministério Público;

19. a preocupação específica com o idoso, a criança, o adolescente e o índio, todos enfim justamente considerados como titulares de atenção especial;

20. a revalorização da família, com o reconhecimento de seu novo perfil e a abolição das discriminações entre os filhos;

21. o fim da censura.

Retrocessos:

Os retrocessos são menores, a meu juízo, do que os avanços, conforme se verá adiante:

1. a derrubada pelo Plenário do sistema parlamentarista de Governo, aprovado na Comissão de Sistematização;

2. o texto do instituto da desapropriação para fins de reforma agrária, que ficou aquém do Estatuto da terra, do Governo Militar;

3. o sistema financeiro nacional, com a aprovação dos incisos I, II, III e suas alíneas; IV, V, VI, VII, VIII e seus parágrafos, do art. 192;

4. a forma pela qual foi feita a repartição das receitas tributárias;

5. atribuir competência aos Estados e Distrito Federal para instituir impostos sobre as operações relativas à circulação de mercadorias;

6. a dubiedade na participação das entidades federativas no resultado da exploração de petróleo ou gás natural;

7. a aplicação dos impostos de certas operações interestaduais caberem ao Estado de origem;

8. a não instituição de mecanismos de financiamento para Programas de Ciência e Tecnologia e de Fomento à Pesquisa em Saúde;

9. determinados artigos que não deveriam figurar no texto constitucional e sim em legislação infra-constitucional .

Reflexos e críticas

Não é de hoje que se atribui à Constituição de 1988 ter ela tornado o país ingovernável. E, de forma mais ácida, que “o único artigo irrecusável da Constituição era o que previa, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão em cinco anos”.

Por oportuno, merece o problema da revisão alguns comentários. Ele surgiu de uma emenda de autoria do deputado Joaquim Beviláqua, com a justificativa de que – imitando, em parte, a Constituição Portuguesa – logo após a promulgação da Constituição, no ano seguin-

te, teríamos a eleição para Presidente da República, o que aconteceu. Restariam, ainda, três anos para concluir a legislação ordinária e complementar, isto é, quando se efetivasse a revisão as arestas, os senões, as imperfeições, o detalhismo, enfim, qualquer excesso, estariam todos corrigidos e ultrapassados. Infelizmente, as legislações ordinária e complementar não foram realizadas e a revisão não logrou êxito. Como se vê, os Constituintes de 88 tinham a mais absoluta razão de incluir esses cinco anos de decurso de prazo para a revisão.

Quanto à ingovernabilidade é um argumento que não se põe de pé, por algumas razões inarredáveis. A primeira delas é que o Presidente da República à época da promulgação da Constituição era o hoje Senador José Sarney, que concluiu o seu mandato até 15 de março de 1990, data em que assumiu o novo Presidente eleito, Fernando Collor. Este, afastado pelo “impeachment” teve o restante do seu mandato cumprido pelo Vice, Itamar Franco. A seguir, os oito anos de mandato de Fernando Henrique Cardoso e mais oito do Presidente Lula, e, agora, no quase segundo da Presidente Dilma Rousseff.

Ora, se o país fosse ingovernável – só para citar o período Collor – o Vice não teria assumido, como aconteceu com o Vice Pedro Aleixo. Vale dizer: deve-se à Constituição de 88 a vivência de um período democrático, sem paralelos, no Brasil.

Destarte, debitar-se à Constituição todos os equívocos – como se faz na atualidade – é esquecer o instante histórico em que ela foi elaborada, quando participaram da sua feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas, etc., que, sem dúvida, contribuíram para o detalhismo condenável, como se vê nas relações de trabalho e o papel do Estado na economia. Sem contar, à época, com a chamada dicotomia entre os regimes capitalista e comunista.

Por outro lado – e essa é a validade que se tenta esconder – apesar de ser o Brasil uma Federação, as principais decisões sempre foram tomadas pelo Governo Central. Com a Constituição de 88, a Federação ficou restabelecida, inclusive com a possibilidade de o Estado membro legislar concorrentemente sobre um série de matérias e, o que é digno de destaque, dispor de recursos para por em prática sua administração.

Foi com a Constituição de 88 que se deu ênfase a descentralização administrativa, comprovando que o melhor governo é o que governa

mais perto do cidadão, o qual poderá reclamar os seus direitos diretamente à Prefeitura ou ao Governo do Estado com a facilidade de que jamais dispôs em Brasília.

Assim é que houve a elevação do percentual de arrecadação dos dois mais produtivos impostos federais: o *imposto de renda* e o *imposto sobre produtos industrializados*, destinados a integrar o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

Para se ter uma idéia do progresso obtido com o aumento desses fundos, basta lembrar que até 1975 somente eram carreados para tais Fundos apenas 10% dos referidos impostos. Eis aí o fortalecimento do Municipalismo ... o da Democracia. Ora, o fundo Especial até a Constituição de 88 era de 2% (os IR e IPI). Com a nova Constituição foi aumentado para 3%, com destino específico para os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159, I, c).

É imperioso registrar que a perda do Poder Central foi *político* e não *orçamentário*, uma vez que o texto constitucional determinou que a destinação das verbas orçamentárias a que tinham direito os estados a eles fossem repassados diretamente, sem intermediário. Antigamente – e esse ambiente está voltando – os Prefeitos e Governadores vinham ao Poder Central, como se costuma dizer, com “o pires na mão”, ou quando convocados pelo Presidente da República aos quais impunha que orientassem as suas bancadas no sentido de dar apoio ao que desejava o Poder Central.

Repito: o ambiente está voltando porque os governos anteriores carregaram nos impostos indiretos e cumulativos como o COFINS, o PIS, a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a extinta CPMF e não fez o mesmo com os impostos diretos sobre a renda. Isto é: não há repasse para os Estados e Municípios.

Miniconstituinte ou Novo Pacto Constituinte

Já há numerosas declarações sobre a convocação de uma Constituinte restrita ou Mini-Constituinte, às quais – com o respeito que os seus defensores merecem – é necessário, senão indispensável, fazer algumas oposições.

Qual a semelhança entre o Brasil de hoje e o de 1964?

Vamos retroagir um pouco no tempo.

No primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívoco, as Forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, através dos chamados atos institucionais.

Após um período de convivência da Constituição de 1946 com os atos institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante, através da elaboração da nova Constituição, que foi promulgada a 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se as primeiras vozes em favor da convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, idéia que, informalmente, foi defendida, desde abril de 1964, pelo saudoso Senador pela Bahia, Aluísio de Carvalho Filho. A idéia não prosperou, uma vez que a 13 de dezembro de 1968 o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição de ato institucional de nº 5, que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Eis aí o motivo forte de então para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte: a completa ruptura político-institucional. E dela decorreram todas as ações políticas que tiveram curso no País.

Como pois, no momento atual – apesar dos problemas econômicos – quem pode negar a existência de um tempo excepcional de liberdade e da plenitude do Estado de Direito?

É o que me leva a adotar opinião contrária ao chamado novo pacto constituinte.

Ademais, a doutrina consiste em ver a Constituição como *lei fundamental*, onde se resguardam, acima e à margem das lutas de grupos e tendências, alguns poucos princípios básicos, que uma vez incorporados ao seu texto tornam-se indiscutíveis e insuscetíveis de novo acordo e nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional ou assume um novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo o que permite a sua vir-

tualidade, ao invés de, a todo instante, modificar-lhe o texto, a reboque de interesses meramente circunstanciais.

Conclusão

Tendo procurado traçar – ainda que com cores esmaecidas – o retrato dos trabalhos constituintes e de seus resultados, bons ou ruins, devo, agora, à guisa de consideração final, registrar que a memória da História presente não permite a quem quer que seja – nem ao mais competente nem ao mais arguto – agredir a verdade, como tentar induzir que esta Constituição de 1988 foi um presente do Governo ou dos Constituintes.

Não e não!

Ela foi conquistada pelo povo que, com bravura, resistindo ou lutando contra o autoritarismo, tornou inevitável o advento da nova e renovadora ordem constitucional.

Termino, por essa razão, com as palavras proféticas do sempre lembrado Ulysses Guimarães, proferidas no discurso intitulado “A Constituição Cidadã”, de 27 de julho de 1988:

“Esta Constituição terá cheiro de amanhã e não de mofo.”

A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O QUE SERIA, O QUE FOI E O QUE FIZERAM DELA

Marco Evangelista²

1. Apresentação

Um dia, naquele quarto de século atrás, fizemos algo que reestruturava uma República, advinda de outra, que há 21 anos ofuscava a participação popular. 558 legisladores, tendo suas proposições sistematizadas por um Amazonense, construíram um texto que simbolizava o então novo país.

Conseguiram. Mas por quanto tempo?

O presente trabalho demonstra o que seria e no que se tornou aquele registro legislativo máximo daquele momento.

Nem a constituição do império, a mais longeva, foi tão modificada quanto a atual. Seria a flexibilidade da Lei Maior o preço da democracia? Ou a sua causa? Com uma média de quase três Emendas por ano, a nova geração teria perdido o referencial de estabilidade e segurança, já que aquela Lei, que seria o lastro do Estado, é comandada pelos governantes e não norteadora dos mesmos?

O presente trabalho empreende tal análise. O que resta daquele dogma?

2. Introdução

Começava a ser oficialmente gestada a nossa Constituição em 28 de novembro de 1985, já que nesse dia foi publicada a Emenda 26 da Constituição então vigente, que convocava uma nova Assembleia Nacional Constituinte – sua instalação e trabalhos já é decorrência de tal norma. Um ato gritante de liberdade após 21 anos de limitações do regime de exceção. Mas, tendo durado os quase dois anos, como o foi,

² Professor universitário. Doutorando em Direito Privado pela Universidade Católica de Santa Fé - UCSF - Argentina.

aquela assembleia foi uma reação ao Estado fechado que ainda reinava.

Embora não mais houvesse AI-5, ele ainda estava arraigado, tenho certeza, na mentes daqueles parlamentares, que o viveram e conheceram bem.

Todos os constituintes foram vítimas do AI-5 de uma forma ou de outra: ou por terem sofrido alguma limitação pelo mesmo ou por crise de consciência por ter sido favorável ao mesmo em sua origem, e depois carregarem o fardo daquilo em que o Ato se transformou.

O cenário estava pronto: as pessoas, o momento, a finalidade e os holofotes. Nada indiferente poderia sair dali – fosse o que fosse não deixaria ninguém avesso, a reação viria para o bem ou para o mal.

Alie-se a isso ser a primeira Assembleia Nacional Constituinte na era da transmissão televisiva via satélite. A Constituição anterior, de 1967 (ou a Emenda 1 de 1969, como querem alguns doutrinadores, como sendo a Carta anterior) duplamente tiveram sua elaboração fora da vigilância do povo: não se havia como transmitir ao novel veículo de comunicação da família: a televisão. É verdade que já em Cartas anteriores gestadas já havia o rádio, mas se entrava na segunda restrição: a conveniente falta de vontade do Regime Político da época em informar qualquer movimentação de construção da então futura Lei Maior. Agora se podia ter acesso mais transparente, e desde aquele primeiro de fevereiro de 1987 até aquele dois de setembro de 1988 as câmeras e jornalistas montavam guarda minuciosa sobre o congresso.

Várias leituras podem surgir a partir disto.

A primeira é que os constituintes fecharam-se hermeticamente no mármore do congresso, fizeram uma Carta para um país imaginário, um “País das maravilhas de Alice”; daí tantas emendas de adequação da Lei Maior ao país real.

A segunda leitura é que, na verdade, o Brasil é que não estava à altura de sua Constituição. Sim, os Constituintes deram à pátria algo mais do que esta podia suportar. O que pode parecer um defeito, foi uma virtude: fincou-se um ponto de tensão para forçar a República a se aperfeiçoar. Acabaram os constituintes, sem nem se aperceberem disso, fixando uma meta, um norte, para um país que ainda estava em plena confusão pós-ditadura. Assim, cada emenda seria uma confis-

são de incapacidade administrativa para adequar um país combalido a uma Constituição originalmente com *status* de semi-perfeição.

Estava, portanto, fundado um novo Estado, já que o artigo primeiro da Constituição cria o ente que será estruturado a partir dela – sim, esta é a primeira função da constituição: estruturar o Estado, ente que tem sua origem explicada por Carlos Alberto³, quando ensina que “surgiu, assim, a necessidade de criar um ente politicamente organizado para gerir os interesses públicos. Este ente organizado, que é o próprio Estado (do latim *status*, que significa “estar firme”), apresenta-se, portanto, como o responsável direto pela administração dos interesses da coletividade”.

3. As mudanças

Ao compulsarmos os textos das emendas vemos que, resumidamente, a Emenda Constitucional (EC) 1, de 1992 (nunca mais a Carta ficaria tanto tempo sem ser emendada como antes dessa primeira Emenda), tratou sobre remuneração de parlamentares, e a Emenda 2 determinou que lei infraconstitucional regularia o plebiscito de 1993, determinando o início da vigência no que nele fosse decidido. A EC 3, de março de 1993, trouxe uma pequena reforma tributária, aumentando a fúria arrecadatória do Estado.

De saída podemos notar que difícil foi surgir a primeira emenda, em havendo esta, a porteira foi aberta.

A EC 4 tratou sobre anterioridade eleitoral, a 5 sobre competência da União para explorar gás canalizado. A EC 6 (até então elas eram de edição esparsa, comparado à velocidade com que viriam no futuro – e ainda estamos em agosto de 1995) instituiu tratamento diferenciado, para melhor, para empresas de pequeno porte brasileiras.

A EC 7 trata sobre monopólio da União sobre determinados transportes, a 8 instituiu monopólio da União sobre telecomunicações. A Emenda 9 trazia a possibilidade de contratação de empresas para a exploração de petróleo; adentrávamos à era das privatizações dos anos 90. A EC 10, assim como tantas outras, tratava do Fundo Social

3 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 28.

de Emergência. A EC 11 permitiu às Universidades e instituições de pesquisa admitirem estrangeiros em seus quadros.

A EC 12, de agosto de 1996, trouxe a constitucionalização da famigerada Contribuição Provisória de Movimentação Financeira; o Executivo já sabia o efeito “cala-boca” de, através de Emenda, resolver a canetadas e acordos pendengas complicadas. É que o tributo IMPF (substitua-se o “C” por “I” de imposto) estaria sujeito à repartição obrigatória; com sua transformação em Contribuição, por via constitucional, a União se tornaria a única senhora do numerário arrecadado.

A EC 13, permitiu a entidades estrangeiras atuarem no sistema financeiro nacional brasileiro. A 14 trouxe uma pequena reforma na destinação de recursos para o ensino. A Emenda 15, tratando sobre organização do Estado, determinou forma e requisitos para criação de municípios. A 16 tratou de reeleição e datas para realizações de pleitos políticos e início dos respectivos mandatos.

A Emenda 17 tratou novamente sobre o Fundo Social de Emergência – Nota-se que é corriqueiro alteração constitucional por questões de alinhamento econômico a situações casuísticas. Trouxe tal emenda também alteração no repasse de receitas tributárias a demais entes da Federação.

A EC 18 proibiu a sindicalização e filiação político-partidária aos militares, dentre várias outras restrições. A Emenda 19, de 4 de junho de 1998, trouxe várias restrições ao funcionalismo público (sim, a Carta completava dez anos com... dezenove emendas!) acrescentando incisos ao artigo 37 (Emenda conhecida como “minirreforma administrativa), que ao invés de instituir clara e diretamente quatro redutores no subsídio dos agentes públicos, usou a fórmula da redação inversa para aplicá-los, como segue: “XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

A Emenda 20, talvez a que mais modificou a Carta (juntamente com a 45), operou uma grande reforma previdenciária, reduzindo em todos os meios os direitos e ampliando os ônus do segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A Emenda 21, que já emitia os sinais de que nossa Constituição não era tão rígida quanto deveria ser, prorroga

a CPMF – sim: mudaram a constituição para prorrogar a cobrança de um tributo.

A Emenda 22 trouxe a previsão de criação dos Juizados Especiais Federais, a 23 criou o Ministério da defesa. A representação classista na Justiça do Trabalho foi extinta através da Emenda 24. A 25 limitou despesas com vereadores.

Digna de um trabalho científico sobre o efeito da retórica legislativa sobre a efetivação de direitos, impossível não lembrar das palavras do ex-presidente Ernesto Geisel: “Como querem que eu modernize o Brasil? Com um decreto?” – Bem, aparentemente essa capacidade de perceber que mudança de texto não leva à mudança dos fatos, lá se foram mais duas Emendas editadas: a Emenda 26 acrescentou a “moradia” com direito social e, posteriormente, a Emenda 64 acrescentaria a “Alimentação” igualmente como tal.

A Emenda 27 contemplou a Desvinculação de Receitas da União, a 28 fixou normas de prescrição para causas trabalhistas, e a EC 29 contém normas de ampliação do dispêndio com a saúde.

A Emenda Constitucional 30, de setembro de 2000, engendrou normas para pagamento de precatórios e instituiu o “precatório de pequeno valor”, o que abriria caminho para futuros outros golpes de calotes do Estado. A intenção é que haja dispensa em massa de valores excedentes ao teto do “pequeno valor”, com isso o Estado deixaria, como deixou, de pagar grande parte de sua dívida. A Emenda 31, de dezembro de 2000, criou o Fundo de Combate à Pobreza.

O século XX terminava com a constituição brasileira tendo já quase 20% do seu texto original modificado. Mas, pensamos, ainda mantinha seu espírito.

A Emenda 32 promoveu pequena reforma administrativa, dispondo sobre Medida Provisória, lhe dando novas regras, e fazendo nascer o Decreto Autônomo – uma espécie de “decreto lei” mas com aplicação bem restrita.

A Emenda 33 tratou sobre a CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. A Emenda 34, de dezembro de 2001, detalhou quais ocupantes de cargos particulares podem cumular sua atuação cargo público, colocando fim a uma discussão jurisprudencial épica.

A Emenda 35 tratou sobre imunidade parlamentar, permitindo à Casa Legislativa sustar processos de parlamentares que tramitem no Judiciário, tendo leitura bifronte: preserva a independência dos Poderes, mas gera cortina de ferro para proteção de possíveis autores de crimes. A 36 restringiu a titularidade de empresas de jornal e televisão brasileiros.

A Emenda 37, em novas normas sobre precatório, alargou ainda mais as vias de calote ao súdito por parte de Estado, proibindo precatórios complementares e fracionados – fracionamentos esses que poderiam ser usados com má fé, mas pela presunção de inocência, vários pleitos legítimos veriam o óbice constitucional a partir de então. Completando o arrocho, prorrogou o Estado a vigência da CPMF, e fixou valores para o “precatório de pequeno valor”.

A Emenda 38 tornou federal os policiais do antigo território de Rondônia. A EC 39, dando “um baile” nas discussões judiciais sobre taxa de iluminação pública cobrada pelos municípios, constitucionalizou a exação, dando um “cala boca” definitivo na questão pelo meio “mais fácil”, ou seja, por Emenda (à essa altura, já considerada o mais fácil dos meios de se resolver questões pequenas, ou seja, a Constituição já se tornara sombra do que fora idealizado em 1988).

A Emenda 40, se referindo ao Sistema Financeiro, fez o que outras Emendas deveriam fazer: desconstitucionalizou algumas matérias que, se não o fizesse, haveria ainda maior profusão de emendas no futuro, por serem matérias voláteis.

A Emenda 41, editada no apagar das luzes de 2003 (não existe limitação temporal quanto a isso, para emendas), trouxe nova reforma na previdência. Limitou ganhos de servidores, criou regime previdenciário mais restritivo, fazendo o súdito pagar mais, e os que não pagavam passar recolher.

A Emenda 42 trouxe mecanismos de melhora na fiscalização tributária e, em desfavor do contribuinte, aumento de hipótese de incidência de alguns tributos; e várias outras normas desta esfera jurídica. A 43 prorrogou o repasse para irrigação de terras do nordeste. A 44, de julho de 2004, reajustou o repasse da CIDE aos estados e Distrito Federal.

A Emenda 45, com a estranha data de publicação de 30 de dezembro de 2004 (a outra foi a 41, como já escrevemos), o que já sugere que algo foi engendrado a afogadilho, nos deu a reforma judiciária que, afinal, parou no caminho. Dentre outras mudanças, se criou um controle do judiciário que, se dizia na época, seria externo, mas acabou sendo mais uma fórmula de controle interno, com a criação do Conselho Nacional de Justiça. O que não se contava é que seria efetivo, ao ponto de, por mais de uma vez, ser alvo de revolta e tentativa de limitações de atuação, por parte de seus controlados.

A Emenda 46 aumentou o rol de bens da União. A Emenda 47 de 2005 trouxe (mais) normas restritivas para aposentadoria de servidores. A 50 fixou regulamentação de datas de sessões legislativas.

A Emenda 51 ampliou o atendimento à saúde pelos municípios, permitindo que estes admitam agentes por processo seletivo, os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias. A EC 52 trouxe mais autonomia aos partidos políticos, e a 53, mais direitos para a infância e educação. A Emenda 54 facilitou a atribuição de nacionalidade brasileira a determinadas pessoas (nascidos de pai ou mãe brasileira, nascidos no estrangeiro).

A Emenda 55 trouxe alteração na distribuição de receitas tributárias (do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados). A Emenda 56 trouxe desvinculação de receitas da União - DRU, permitindo que tal ente gaste livremente numerários antes direcionados a determinadas áreas. A 57 regulou divisão, incorporação e criação de municípios, validando tais atos até o momento da Emenda.

A Emenda 58 redefiniu número de vereadores por municípios, segundo sua população, e a percentagem máxima de gastos com os respectivos vereadores. A Emenda 59 tratou sobre ensino, ampliando metas para o ensino fundamental, a 60 (já estávamos em novembro de 2009) retirou direito de “pagamento, a qualquer título, (...) de ressarcimentos ou indenizações, de qualquer espécie, ou diferenças remuneratórias”, de períodos anteriores àquela Emenda dos servidores do antigo Território de Rondônia. A lógica do Estado é simples: já que se criou o dogma de que “não existe direito adquirido quando confrontado à Constituição”, se pode retirar direitos através de Emenda. Uma forma legal de transgredir princípios.

A Emenda 61 modificou a composição do Conselho Nacional de Justiça, criado 15 emendas atrás (são tantas emendas que podemos tratá-las aos blocos). A Emenda 62 de 2009 trouxe, embora pareça o contrário a uma primeira leitura, mais uma via para o calote institucionalizado do Estado em face de seu súdito: o parcelamento compulsório de precatórios por até 15 anos! A 63 trouxe regras salariais para agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

A Emenda 64 inscreveu direito à alimentação como direito fundamental: a típica alteração sem consequência prática alguma (como já tratamos anteriormente) mas, para nos manter fiel à metodologia por nós aplicada, a contabilizaremos no tópico próprio deste trabalho, como uma ampliação de direito ao cidadão, ainda que meramente formal.

A Emenda 65 trouxe normas programáticas para amparo à criança e ao adolescente.

A Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, trouxe o fim do tempo mínimo para divórcio, facilitando a vida de muitos súditos do Estado. A EC 67 prorrogou “*sine die*” o Fundo Para Combate e Erradicação da Pobreza.

A EC 68 traz a retomada de Desvinculação de Receitas da União.

A Emenda 69 tratou sobre a organização da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios. A 70 retirou dos aposentados do serviço pública àquele momento alguns direitos, como o de atualização integral dos proventos e reajustes para preservação do valor real.

A Emenda 71 criou o Sistema Nacional de Cultura, e a 72 levou aos empregados domésticos o regime de trabalho contido na CLT.

Algumas emendas são bem específicas quanto ao que tratam, outras, simplesmente, são formalmente específicas, mas materialmente inespecíficas, como a EC 3, onde se lê ementada “Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal” – o que torna difícil se saber qual ampliou o diminuiu direitos.

Uma outra dificuldade, como tratamos anteriormente, é que o texto de leis restritivas são lavradas de forma indireta. Assim, ao invés da lei enunciar, por exemplo “São cabíveis as restrições ‘A’ e ‘B’”, o texto surge com o seguinte subterfúgio: “Não será cabível nenhuma restrição,

exceto a 'A' e a 'B'", passando uma impressão que, deliberadamente, a restrição foi construída para não ser plenamente inteligível ao leigo.

É exatamente esse o caso da restrição contida na EC3, quando determina que o artigo 155 da Carta seria acrescido do seguinte parágrafo: "§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País" – A Emenda inculca um ônus ao contribuinte, usando a redação indireta para dissuadir eventual reação do súdito ao novo gravame.

4. A rigidez constitucional em xeque

Emendas constitucionais são "fruto do trabalho do poder constituinte derivado reformador, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas"⁴.

Tantas emendas em relativamente tão pouco tempo (são setenta e duas enquanto escrevo estas páginas) traz à tona um triste fato: nossa Carta há muito não é rígida como os livros de Direito Constitucional indicavam. Fica aqui o exemplo deixado pelos constituintes: souberam, ao menos a princípio, fazerem uma constituição rígida, tanto que a primeira emenda só surgiria em 1992 e, ainda assim, em meio a um geral contragimento de se estar "emendando a constituição. Uma tese até poderia explicar isso: a primeira é de que a ausência de emenda nos primeiros quatro anos se explicaria pela previsão de um plebiscito em 1993, o que tornaria despicienda reforma anterior e retiraria a fé da futura reforma (para que se esperar plebiscito se é possível atenuação por caneta e acordo no Legislativo?).

No entanto, essa tese logo cai por terra, quando sabemos que a primeira emenda veio, justamente, antes das emendas de revisão.

E a República tomou gosto pela coisa, pois passaram a surgir diversas emendas, muito rápido, e sobre matérias para as quais devem ter gerado no Executivo a pergunta se seria mesmo necessário ter colocado tantos detalhamentos de material na Carta Política (alias, deixo

4 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229.

claro que aqui não faço distinção quando uso Constituição, carta ou Lei Maior – já que para alguns só se deveria usar “Carta” para constituições outorgadas).

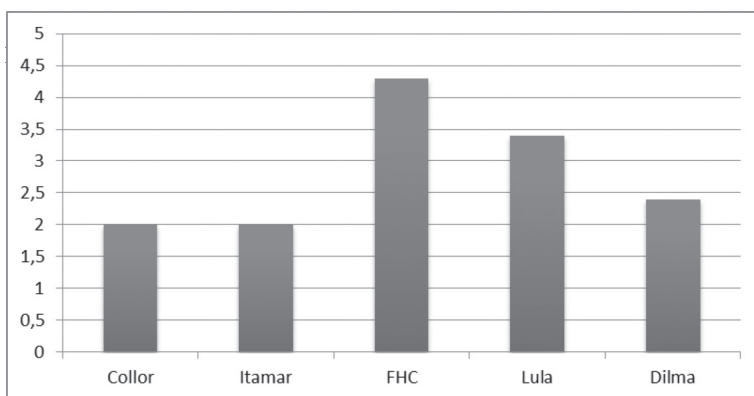
Não tenho dúvidas que um Estado muda, a administração muda, tudo é dinâmico. Mas o lastro de estabilidade, a Constituição, simplesmente não deveria mudar, pois nela estão os valores políticos do povo. Fica a impressão de que levam a constituição para onde querem a todo momento e de toda forma. E para onde foi aquele entusiasmo daqueles parlamentares da segunda metade dos anos 80? Não se sentiriam eles traídos pelo que seus sucessores fizeram? Tal pensamento, sei, fica atenuado quando descobrimos que muitos que tanto mudaram a carta foram os mesmos que a elaboraram.

Tudo é muito complexo para que tenha o ideal de uma constituição imutável, pois isso seria engessar o próprio Estado.

A constituição foi tudo o que se pode ter de melhor com o que tínhamos àquela época. Fosse hoje a constituinte para elaborar uma nova carta, teria um texto diferente, mas logo padeceria do mesmo destino.

Alguns institutos que não foram mudados, ou mudado muito pouco, não foram suficientemente respeitados, como a Medida Provisória: algo pensado para um Estado Parlamentarista e acidentalmente cunhado na carta, dos requisitos de “urgência de relevância” só teve a urgência respeitada, mas não a relevância, sendo mero meio do Executivo Legislativo quando o quer.

Verifiquemos a frequência de mudança, através da média de Emendas Constitucionais por ano de governo:



Notamos que um único presidente, em dois mandatos, editou mais Emendas do que a Carta anterior inteira!

No que toca à “rigidez constitucional”, a semântica difere do direito. É que, segundo o Direito Constitucional, é rígida aquela constituição que somente pode ser alterada por processo legislativo específico, dificultoso e detalhado. E flexível seria aquela constituição que pode ser modificada livremente, pelo mesmo procedimento de emissão legislativa infraconstitucional.

Essa classificação, embora clássica, não satisfaz ao significado da palavra. Posto que uma constituição que tenha um processo minucioso e difícil para ser emendada, como a nossa, é enquadrada como constituição rígida. Ora, mas uma Lei Maior que é alvo de tantas emendas em tão pouco tempo pode ser chamada de tudo, menos de... rígida! Já que “rigidez”, segundo a semântica é aquilo que tem sua coerência formal inalterável, só nos resta um dos dois caminhos: admitir que a ciência constitucionalista errou ao atribuir o nome “rígida” para uma Carta que apenas tem peculiaridade detalhada para sua mudança; ou criarmos uma nova classificação (o que achamos mais adequado): Constituição “estável” e “instável”, a depender da certeza transmitida quanto à sua inteireza futura. Assim, a tomar como cabível esta classificação e jogando nossa Carta pela sua história, só nos restaria enquadrá-la como instável, já que não oferece a certeza de manutenção de suas normas para, sequer, um future próximo.

Ser instável é o preço de a Constituição ser analítica. Fosse a nossa Carta sintética, teria a virtude de, certamente, ter sido muito menos modificada, mas o que se criticaria (e se chegou a fazer isso na época da constituinte) é que não regularia muita coisa, deixando tudo para Lei Complementar. Ou seja: de uma forma ou de outra, jamais a Lei Maior agradaria a todos.

Uma vez que o procedimento de produção de emendas realmente é específico e formalmente mais dificultoso (afirmamos “formalmente” porque, ao alvedrio dos atores, basta um acordo de lideranças para edição de Emenda, e qualquer procedimento passa a ser mero “ritual de passage necessário” à consecução do acordo), não podemos fugir do enquadramento clássico: Segundo tal, sim, nossa Constituição de

1988 é rígida; rígida, porém instável, como esses 25 anos demonstraram. Sim, houve estabilidade constitucional, nos primeiros quatro anos de vigência da Carta, o que indica um bom trabalho da Assembléia Constituinte, sistematizado por Bernardo Cabral.

5. Ampliação e redução de direitos

O Estado é um ente agregador e regulador de um grupo de pessoas. Para Carlos Alberto⁵ são elementos do Estado “1) uma sociedade permanente de pessoas; 2) um determinado território; 3) um governo independente; e 4) uma finalidade específica, que é a busca do bem comum” – Somos mais apegado à teoria da tríade povo-território-governo soberano, e os doutos em direito internacional enumeram como elemento do Estado o reconhecimento internacional, sem o qual não poderia haver verdadeiramente um Estado, já que não teria a personalidade de direito internacional. Sustentando sua tese de que o quarto elemento seria a “busca do bem comum”, explica Carlos Alberto⁶ que “É impossível que se tenha uma noção completa de Estado, sem ter consciência de sua finalidade, que é alcançar o bem comum de certo povo, situado em determinado território. Sem esse elemento teleológico, inexistiria o próprio Estado.”

A constituição é a mais pura tradução do “Estado” tal com concebido por Thommas Hobbes, ou seja, um instituto que tira o homem do “estado da natureza” para o “estado de organização”. Este super poder entregue ao ente, chamado de Estado, pode voltar-se contra o seu próprio criador, que é o homem. Assim, uma constituição pode enaltecer ou oprimir o cidadão, que é sua origem e destinatário – a primeira ordem emitida por um Estado, que é uma organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo⁷. O ideal seria que se aproximasse mais da visão de Locke, que entendia-o como um acordo firmado entre os próprios cidadãos para se auto-gerenciarem⁸ sendo o Estado um mecanismo centralizador de

5 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 29.

6 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 33.

7 SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42. n. 167. Brasília, jul/set 2005, p. 216

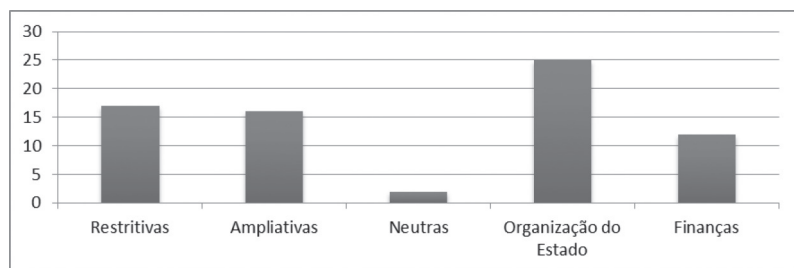
8 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 39.

tais vontades, apenas. Infelizmente, nossa república atual tomou o pior das duas definições, tornando a Constituição algo supra-cidadãos (decorrente do Estado na visão de Hobbes), mormente quando muda para lhe cassar direitos originalmente dados em 1998 e, para modificá-la, aciona os mecanismos e teias de convencimento para, troca de normas à conveniência do Poder Executivo, às vezes (como as Emendas que tratam sobre questões de financeas) ; aproximando, aqui, o Estado da concepção de John Locke.

Dentre as emendas editadas até a lavratura deste trabalho, foram 17 emendas que, diretamente, restringiram direitos aos cidadão; 16 emendas ampliando direitos, sendo duas de tais emendas ampliações meramente formais (como a inclusão de “alimentação e “moradia” como direitos fundamentais).

Quarenta emendas, no que toca direta e imediatamente ao cidadão, são mudanças “neutras”, ou seja, não ampliaram nem restringiram direitos, se limitando por vezes a mudar nome de determinado instituto (Emendas 28 e 49).

Dentre as emendas que diretamente não alteraram arcabouço de direitos do cidadão, temos que 25 trouxeram modificação na estrutura do Estado, e 12 contemplaram medidas financeiras, como criação de fundos e alterações em critérios de repartição de receitas entre os entes da Federação.



Chamada prontamente de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, logo foi apelidada de “Constituição Cortesã”, porque, como diziam os que deram tal epíteto, teria sido lavrada para agradar a todos. Surgida como uma golfada de liberdade depois da opressão. Tudo estaria ótimo não fosse a prática. “Como” se efetivaria tudo aquilo?

Duas alternativas surgiam: ou se modificava o próprio Estado para se adequar à nova Carta, ou se mexia na constituição “rígida” para se adequar ao que se podia ser dado. A República instaurada a partida Carta preferiu a segunda via, e assim foi.

6. Conclusão

A primeira constatação é que entregaram algo que atendeu à imensa expectativa da época. Não é toa que por quatro anos ficou inalterada.

Dever-se-ia, por emenda (e que fosse a última nessa geração!) tornar muitas das matérias da Carta infraconstitucionais. Com isso, se daria a dignidade perdida à Nossa Carta, posto que, se continuar a cachoeira de alterações de texto magno, ao menos se manterão no plano onde não retiraria a Fé no Estado (em plano infraconstitucional), e a Constituição voltaria a ser o núcleo-duro da vontade política do povo, como originalmente o foi, naquele já distante 1988.

Os detratores têm lá alguns motivos para caçoar da seriedade do Texto Maior, como o parágrafo terceiro do artigo 208: “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.” – Sim, fazer chamada, no Brasil, é mandamento constitucional!

E o contido no parágrafo segundo do artigo 242: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” – matéria essa quiçá afeta a lei Ordinária ocupando, inutilmente, o ápice da pirâmide mandatória.

Mas tais motivos são ínfimos perto das virtudes do texto.

No horizonte, vislumbramos duas constituições simultâneas, ainda que em um só texto. Explicamos: nota-se que já há um “núcleo-duro” de normas constitucionais imutáveis, e um grupo de normas mais voláteis – mormente as que tratem sobre fluxo pecuniário para e do Estado. Imaginamos que, no futuro, haverá quase que duas constituições no corpo de uma só: uma imutável e respeitada, mostrando ao longo do tempo o que seria a ideia original daquela Assembleia Constituinte; e uma parte instável, mutante, que ao alvedrio de acordos e canetadas formarão um corpo de normas formalmente mas não materialmente constitucionais, no que toda à sustentabilidade de confiança.

Essa divisão de normas, em formal e materialmente constitucionais, não é nova, já tendo sido citada por Aristóteles⁹, em sua obra intitulada “Política”, na Grécia antiga; a lição, parece, ainda não foi bem assimilada até hoje, já que se deveria restringir as constituições ao mínimo essencial em termos de normas. Igualmente é importante não se procurar culpados por pequenos excessos normativos, lembremos que foram mais de quinhentos legisladores operando, cabendo ao deputado Bernardo Cabral a tarefa hercúlea de sistematizar, ou seja, gerar coerência dentre tantas proposições; é aterrador se imaginar o imenso tamanho que nossa Carta poderia ter tomado caso não tivesse a mão forte de um grande sistematizador – não duvido que seria algo próximo, em extensão, ao Código Civil, com dezenas de centenas de artigos – haja vista a profusão de normas constitucionais propostas naquela época, como nos lembra a memória.

Certa vez tive a oportunidade de ouvir uma palestra proferida pelo Senador Bernardo Cabral, em uma faculdade particular em Manaus (AM). O senador disse algo interessante: a prova de que a Constituição é forte é que no período de instabilidade que foi aquele *impeachment* de Collor, em 1992, a constituição conseguiu manter-se inalterada e a república íntegra, sendo capaz de trazê-la à normalidade política. Não havíamos ainda pensado sob esse ângulo, e saímos convencidos; afinal, é justamente na instabilidade que precisamos de uma Lei Maior forte. Quanto tudo rui, é a partir da Constituição se pode reconstruir a República; tanto isso verdadeiro que, em caso de revolução, o primeiro alvo de mudança é justamente a Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* e Emendas Constitucionais.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo, 1984. 419 páginas. Editora Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pag. 36-37.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Enio Moraes da. O estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42. n. 167. Brasília, jul/set 2005.

A LUTA PELA IGUALDADE DAS MULHERES A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Maria das Graças Pessoa Figueiredo¹⁰

Bem prestes a completar 25 anos da Vigência a Constituição Brasileira sofreu inúmeras críticas pelos avanços de seus textos, criando novos e imensuráveis direitos fundamentais aos cidadãos, rompendo o período ditatorial.

Dos avanços da nossa Constituição, formou-se um novo Estado, um novo tipo de Governo, reformas políticas, obrigações de ordens sociais, destacando-se o direito a ampla defesa, a criação dos juizados de pequenas causas, hoje Juizados Especiais, o reconhecimento do dano moral indenizável, defesa ao código do consumidor, as eleições diretas como citado anteriormente, no dizer do eminente político, presidente da Assembléia Nacional Constituinte o Dep. Ulisses Guimarães, em discurso a promulgação da constituição assim se manifestou;

“A persistência da constituição é a sobrevivência da democracia. Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto da honra, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição da sua honra, temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações...”

Mas a gratidão de todos os brasileiros homens e mulheres, no meu entendimento serão eternas, agradecidos aos constituintes que ajudaram a nascer a Constituição Cidadã. Presto homenagens a todos na pessoa do eminente jurista e relator da Carta o Senador Bernardo Cabral. Nasceu, também, o respeito ao direito das minorias e, nelas incluídas nós mulheres. Um dos mais belos textos da Constituição está contemplado no artigo 5º da Constituição Federal; contempla:

“Art. 5º - CF/88: Todos são iguais perante a Lei [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...”

10 Desembargadora do TJ-AM.

A luta pela igualdade das mulheres vem desde que o mundo é mundo, não quero aqui transmitir mensagem de que as mulheres têm que ter tratamento diferenciado, não, quero enfatizar o direito a igualdade, dizer não à discriminação de gênero.

Assim, pulando um pouco o começo da história de luta das mulheres, lembro de fatos e datas que mais me marcaram nessa luta pela **igualdade**, destacando neste artigo principalmente a luta da mulher que abraça a carreira jurídica, em especial a magistratura.

Histórias de sangue, suor e determinação

Nova York, 8 de março de 1857. Operárias de uma fábrica de tecidos, situada na cidade norte americana fazem uma grande greve. Ocupando as instalações da fábrica elas começaram a reivindicar melhores condições de trabalho. Direitos que os homens já haviam conquistados, mas que, de forma desumana, continuavam sendo negados às mulheres: redução na carga diária de trabalho para dez horas (as fábricas exigiam 16 horas de trabalho diário), equiparação de salários com os homens (as mulheres chegavam a receber até um terço do salário de um homem, para executar o mesmo tipo de trabalho) e tratamento digno dentro do ambiente de trabalho.

Para tentar sufocar o movimento, os patrões resolveram reprimir a manifestação com total violência. As mulheres foram trancadas dentro da fábrica, que foi incendiada. Aproximadamente 130 tecelãs morreram carbonizadas, num ato totalmente desumano.

Apesar da carnificina, a semente vingou. Em 1910, durante uma conferência na Dinamarca, ficou decidido que o 8 de março passaria a ser o “Dia Internacional da Mulher”, em homenagem as mulheres que morreram na fábrica em 1857. Mas somente no ano de 1975, através de um decreto, a data foi oficializada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Resolvi resgatar essas memórias de sangue para mostrar como até pouco tempo as mulheres eram tratadas. E até hoje, apesar do avanço nas diversas esferas da sociedade, a mulher ainda esbarra em o preconceito e discriminação. Tais como salários baixos, violência masculina, jornada excessiva de trabalho e desvantagens na carreira profissional. Muito foi conquistado, mas muito ainda há para ser modificado nesta história. No livro “Senhoras da Justiça”, pretendi resgatar um pouco da

história das mulheres no Poder Judiciário do Brasil. Como em outros segmentos, não foi um caminho fácil. Mas com certeza, foi percorrido seguindo os exemplos de outras valorosas companheiras que lutaram para derrubar o tabu existente em diversos setores da sociedade, em diversas partes do mundo.

Confirmam algumas dessas lutas:

1788 – O político e filósofo francês Condorcet reivindica direitos de participação política, emprego e educação para as mulheres.

1840 – Lucrecia Mott luta pela igualdade de direitos para mulheres e negros dos Estados Unidos.

1859 – Surge na Rússia, na cidade de São Petersburgo, um movimento de luta pelos direitos das mulheres.

1862 – Durante as eleições municipais, as mulheres podem votar pela primeira vez na Suécia.

1865 – Na Alemanha, Louise Otto, cria a Associação Geral das Mulheres Alemãs.

1866 – No Reino Unido, o economista John S. Mill escreve exigindo o direito de voto para as mulheres inglesas

1869 – é criada nos Estados Unidos a Associação Nacional para o Sufrágio das Mulheres

1870 – Na França, as mulheres passam a ter acesso aos cursos de Medicina.

1874 – criada no Japão a primeira escola normal para moças

1878 – criada na Rússia uma Universidade Feminina

1901 – o deputado francês René Viviani defende o direito de voto das mulheres

No Brasil também foi uma longa e árdua jornada.

No ano de 1822, a arquiduquesa da Áustria e imperatriz do Brasil, Maria Leopoldina Josefa Carolina, exerce a regência, na ausência de D. Pedro I, que se encontrava em São Paulo. A imperatriz envia-lhe uma carta, juntamente com outra de José Bonifácio, além de comentários a Portugal criticando a atuação do marido e de dom João VI. Ela exige que D. Pedro proclame a independência do Brasil e, na carta, adverte: “O pomo está maduro, colhe-o já, senão apodrece”.

Em 1827 surge a primeira lei sobre educação das mulheres, permitindo que frequentassem as escolas elementares. Inacreditavelmente as instituições de ensino mais adiantado eram proibidas às mulheres. Quanta ignorância! Somente no ano de 1879: As mulheres têm autorização do governo para estudar em instituições de ensino superior, Mesmo assim, as que decidiam fazer faculdade eram criticadas pela sociedade.

Uma das mulheres que mais enfrentou o preconceito de seu tempo foi Chiquinha Gonzaga. Em 1885 a compositora e pianista estreia como maestrina, ao reger a opereta “A Corte na Roça”. É a primeira mulher no Brasil a estar à frente de uma orquestra. Precursora do chorinho, Chiquinha compôs mais de duas mil canções populares, entre elas, a primeira marcha carnavalesca do país: “Ô Abre Alas”. Escreveu ainda 77 peças teatrais.

Só em 1887 é que o Brasil ganhou a sua primeira médica formada: Rita Lobato Velho. As pioneiras tiveram muitas dificuldades em se afirmar profissionalmente e algumas foram ridicularizadas.

No ano de 1917 a professora Deolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminino em 1910, lidera uma passeata exigindo a extensão do voto às mulheres. Em 1927, o Governador do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, consegue uma alteração da lei eleitoral dando o direito de voto às mulheres. Assim, o primeiro voto feminino no Brasil – e na América Latina! – foi registrado no dia 25 de novembro, no Rio Grande do Norte. Quinze mulheres votaram, mas seus votos foram anulados no ano seguinte. No entanto, foi eleita a primeira prefeita da História do Brasil: Alzira Soriano de Souza, no município de Lages, no Rio Grande do Norte.

Somente no ano de 1932, o presidente Getúlio Vargas promulga o novo Código Eleitoral garantindo finalmente o direito de voto às mulheres brasileiras.

Em 1933, nas eleições para a Assembleia Constituinte, são eleitos 214 deputados e uma única mulher: a paulista Carlota Pereira de Queiroz.

Nos esportes a história não era diferente. Para se ter uma ideia, somente no ano de 1932 é que a primeira atleta brasileira conquistou o direito a participar de uma Olimpíada. A nadadora Maria Lenk, de 17

anos, embarca para Los Angeles para disputar a competição. É a única mulher da delegação olímpica.

Em 1937/1945, o Estado Novo criou o Decreto 3199 que proibia às mulheres a prática dos esportes que considerava incompatíveis com as condições femininas tais como: “luta de qualquer natureza, futebol de salão, futebol de praia, pólo aquático, halterofilismo e beisebol”. O Decreto só foi regulamentado em 1965.

Em 1948, depois de 12 anos sem a presença feminina, a delegação brasileira olímpica segue para Londres com 11 mulheres e 68 homens.

Em 1960, a grande tenista brasileira, a paulista Maria Esther Andion Bueno torna-se a primeira mulher a vencer os quatro torneios do Grand Slam (Australian Open, Wimbledon, Roland Garros e US Open). Conquistou, no total, 589 títulos em sua carreira.

Na política, a amazonense Eunice Michilles grava seu nome na história em 1979. Representante do PSD/AM, torna-se a primeira mulher a ocupar o cargo de Senadora, por falecimento do titular da vaga, senador João Bosco Ramos de Lima.

Também 1979, a equipe feminina de judô inscreve-se com nomes de homens no campeonato sul-americano da Argentina. Esse fato motivaria a revogação do Decreto 3.199.

Em 1980, recomendada a criação de centros de autodefesa, para coibir a violência contra a mulher. É nessa época que surge o lema: “Quem ama não mata”.

Em 1983 surgem os primeiros conselhos estaduais da condição feminina (MG e SP), para traçar políticas públicas para as mulheres. O Ministério da Saúde cria o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em resposta à forte mobilização dos movimentos feministas, baseando sua assistência nos princípios da integralidade do corpo, da mente e da sexualidade de cada mulher.

Em 1985, surge a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher - DEAM (SP) e muitas são implantadas em outros estados brasileiros. Ainda neste ano, com a Nova República, a Câmara dos Deputados aprova o Projeto de Lei que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. É criado o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (Unifem), em lugar do antigo Fundo de Contribuições Voluntárias das Nações Unidas para a Década da Mulher.

Em 1988, através do que ficou conhecido como “lobby do batom”, liderado por feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes, as mulheres obtêm importantes avanços na Constituição Federal, garantindo igualdade a direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei.

Em 1990 é eleita pelo voto direto a primeira mulher para o cargo de senadora: Júnia Marise, do PDT/MG. Zélia Cardoso de Mello é a primeira ministra do Brasil. Ela assume a pasta da Economia no governo de Fernando Collor (1990-92).

Em 1993 é assassinada Edméia da Silva Euzébia, líder das Mães de Acari, o grupo de nove mães que ainda hoje procuram seus filhos, 11 jovens da Favela de Acari (RJ), sequestrados e desaparecidos em 1990. Ocorre, em Viena, a Conferência Mundial de Direitos Humanos. Os direitos das mulheres e a questão da violência contra o gênero recebem destaque, gerando assim a Declaração sobre a eliminação da violência contra a mulher.

Em 1994, Roseana Sarney é a primeira mulher eleita governadora de um estado brasileiro: o Maranhão. Foi reeleita em 1998.

Em 1996, o Congresso Nacional inclui o sistema de cotas, na Legislação Eleitoral, obrigando os partidos a inscreverem, no mínimo, 20% de mulheres nas chapas proporcionais.

No ano de 1996: A escritora Nélida Piñon é a primeira mulher a ocupar a presidência da Academia Brasileira de Letras. Exerce o cargo até 1997. Ela havia sido eleita membro da ABL em 1990.

Em 1997 as mulheres conquistam nova vitória. Atingem a marca de 7% das cadeiras ocupadas da Câmara dos Deputados; 7,4% do Senado Federal; 6% das prefeituras brasileiras (302). O índice de vereadoras eleitas aumentou de 5,5%, em 92, para 12%, em 96.

Em 1998: A senadora Benedita da Silva é a primeira mulher a presidir a sessão do Congresso Nacional.

Em 2003, Marina Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Acre, reeleita senadora com o triplo dos votos do mandato anterior, assume o Ministério do Meio Ambiente do governo Lula. Em 2010 disputa a eleição direta para presidente, concorrendo com outra mulher, a ex-ministra Dilma Rousseff.

Depois de quatro meses de uma campanha em que temas morais e religiosos ofuscaram propostas concretas sobre temas importantes à nação, Dilma Rousseff é eleita a primeira presidente da história do Brasil.

Da guerrilha à presidência. Esse pode ser o resumo da trajetória da presidente Dilma que, antes de se tornar ministra do presidente Luís Inácio Lula da Silva militou nos movimentos guerrilheiros dos anos 70 que lutaram contra o regime ditatorial no Brasil. Dilma foi presa e torturada por lutar pela democracia e pela justiça. A presidenta foi uma militante da Vanguarda Armada Revolucionária Palmares e uma das cabeças em uma operação de recuperação de dinheiro na casa da amante do governador do Rio de Janeiro, Adhemar Barros, em 1969.

Como se pode observar, ao longo da história, é visível a supremacia dos homens, que sempre estiveram no comando da situação. Na luta por seus direitos, por quase dois séculos, muitas mulheres acabaram mártires de seu ideal.

No Brasil, somente a partir de 1850, surgiram as primeiras organizações de mulheres que lutavam pelo direito à instrução e ao voto. Foi a penas de Nísia Floresta (1809-1885), que quebrou o manto de silêncio imposto pela “sociedade dos homens”. Abolicionista, republicana e feminista nascida no Rio Grande do Norte, Nísia era uma ardorosa defensora da educação feminina, denunciou a ignorância em que eram mantidas as meninas nas escolas, protestou contra a condição de dependência em relação aos homens, “criada pelo desprezo com que era vista a educação das mulheres”.

No Brasil colônia, as mulheres começam a se movimentar para fazer valer os direitos civis. Eram as chamadas lutas coloniais. Foi assim quando mulheres negras envolveram-se na resistência à escravidão e em movimentos abolicionistas, Na cidade, trabalhadoras participaram das primeiras lutas sindicais. A partir do século XIX, mulheres de diferentes classes passaram a exigir direito ao trabalho, à propriedade e à herança, à educação, à criação artística e literária, à participação política e ao voto feminino - conquistado, finalmente, em 1932.

Nos anos de chumbo, quando a mais longa noite caiu sobre o Brasil após o golpe militar de 1964, foi instalado um regime ditatorial, instaurando a censura, a repressão política, cassando mandatos, cen-

surando o teatro e a música. Nesse período, valorosas mulheres vão à luta, se envolve na resistência através da luta armada, do movimento estudantil. Muitas são presas e torturadas. As que sobrevivem, continuam lutando para derrubar a ditadura e restaurar o Estado de Direito. Para isso, movimentam-se de todas as formas, nas ciências, nas artes, no debate político, na luta sindical.

O ano de 1975 marcaria profundamente essa luta. Foi quando a Organização das Nações Unidas o consagrou como o Ano Internacional da Mulher. Seria o estopim para acender uma nova onda do movimento feminista brasileiro, com mulheres participando de partidos clandestinos de resistência à ditadura, movimentos pela anistia, comunidades de base, sindicatos e na imprensa, através de jornais alternativos.

Envolvendo a sociedade cada vez nos debates, as mulheres lançam campanhas que são verdadeiros motes de mobilização: “Quem ama não mata”, “Nosso corpo nos pertence!”. O movimento ganha as ruas na luta pelo o divórcio, a sexualidade, o aborto, o estatuto civil das mulheres, contra a violência doméstica.

Outro grande marco dessa luta é a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985, que articula a participação das mulheres no processo da Assembléia Nacional Constituinte (1986-1988). Nesse período, surge o movimento “lobby do batom”, que populariza o lema “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher!” O grupo reúne mulheres de vários partidos e movimentos sociais para elaborar emendas populares e recolher milhares assinaturas por todo o país. Além disso, debatem com deputados, autoridades do executivo e do judiciário e com a sociedade civil. Desses debates surge a “A Carta das Mulheres Brasileiras para os Constituintes”, entregue ao relator da Constituinte, o amazonense Bernardo Cabral, durante solenidade no Congresso Nacional. Esta viria a ser a primeira plataforma política feminista para a sociedade brasileira, a apresentar propostas pertinentes a todas as cidadãs e cidadãos brasileiros.

Todos esses anseios desaguiariam na Constituição Cidadã de 1988 que, entre outros direitos, proclama a igualdade jurídica entre homens e mulheres; amplia os direitos civis, sociais e econômicos das mulheres; estabelece a igualdade de direitos e responsabilidades na família; define como princípio do Estado brasileiro a não-discriminação por

motivo de sexo, raça e etnia; proíbe a discriminação da mulher no mercado de trabalho e estabelece direitos reprodutivos.

Era o início da longa caminhada em direção à cidadania e à emancipação das mulheres ao século XXI. Hoje, elas são presença crescente dentro da política, das artes, da comunicação, na disputa pelo mercado de trabalho, em cargos públicos no Executivo, Legislativo e Judiciário.

Justiça é uma palavra do gênero feminino. Mas, por muito tempo, esteve sob o domínio dos homens. Aplicando leis escritas por homens, cumprindo sentenças decretadas pelo homem, realizando sessões presididas por homens, coordenando eleições presididas por homens, disputadas por homens e votas por homens, já que a mulher não tinha o direito de votar.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em seu relatório de desenvolvimento humano de 1997, quando pela primeira vez os dados específicos sobre as mulheres foram analisados, sustenta que *“nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens”*.

O relatório do PNUD não exagera. Veja só este exemplo de preconceito, por parte de um desembargador paulista, em pleno 1995, quando a primeira mulher ingressou num Tribunal de Alçada de São Paulo pelo chamado Quinto Constitucional. Durante uma entrevista para rádio, o magistrado deixou escapar a frase que entraria para o rol das pérolas machistas e discriminatórias, criando um clima de indignação em toda a sociedade: — *“A mulher deveria ficar em casa, cuidando do fogão, pois há dias em que fica “perturbada” e tais fatos atropelam a carreira!”*.

A trajetória da mulher no Judiciário começou em 1939 no Tribunal de Justiça do Ceará, com a doutora Auri Moura Costa nomeada juíza de Direito para a Comarca de Várzea Alegre, cargo até então ocupado por homens, sendo, portanto, segundo dados colhidos do Tribunal do Ceará, a primeira juíza brasileira.

Em 1954, a desembargadora Thereza Grisólia Tang torna-se a primeira mulher a assumir o cargo de desembargadora no Brasil, ingressando naquele ano na magistratura de Santa Catarina. Nesta condição, única mulher no Judiciário estadual, manteve-se por quase 20 anos, nomeada em 28 de maio de 1973.

Outra digna representante da Magistratura no Brasil é a baiana Luislinda Valois a primeira juíza negra a ser eleita, por unanimidade, desembargadora do Tribunal de Justiça da Bahia. O CNJ levou em conta o critério de antiguidade no cargo. “É o reconhecimento da luta de uma mulher negra, rastafári, que conseguiu sair vitoriosa desse processo”, afirmou ela. Luislinda ocupava o cargo de desembargadora substituída no Tribunal de Justiça desde agosto de 2010. Com a proximidade da aposentadoria compulsória, a nomeação poderia não acontecer. O movimento negro baiano se mobilizou pela nomeação de Luislinda e comemorou a decisão do CNJ.

Luislinda foi a primeira juíza negra a proferir uma sentença contra o racismo no país. Atua no Tribunal de Justiça de Salvador desde 1993, e trabalhou na reativação de diversos juizados especiais no estado da Bahia.

Em 2010, o site www.maismulheresnoperbrasil.com.br apontava que o número de mulheres já supera o de homens entre os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Segundo a OAB, naquele ano elas já representavam 50,51%. Em maio de 2009, representavam 44,72%. Traduzindo. No período de um ano houve um crescimento de 60 mil advogadas inscritas e um decréscimo de quase 4 mil advogados. Revela ainda o site que, por estados, o destaque foi o estado de Roraima, contando com 63,77% de mulheres advogadas, seguido de perto por Santa Catarina, com 60,54%, e pelo Paraná, com 60,1%.

O paradoxo é que se nós, da região Norte, lideramos o ranking regional, também somos nós que temos estado com o menor percentual feminino na advocacia: o Acre, com 36,13%. No panorama nacional, São Paulo tem o maior contingente de advogadas, 118.790, seguido por Rio de Janeiro, com 52.807. O estado com o menor número de advogadas curiosamente é o que tem o maior percentual, Roraima, com 257 mulheres. Numa avaliação feita pelo site **www.maismulheresnoperbrasil.com.br**, que ouvia várias advogadas, o expressivo percentual de mulheres na advocacia tem relação com o fato de que as mulheres, que já são maioria das concluintes do Ensino Médio e nos cursos de Direito, e cujo acesso ao Ensino Superior aconteceu apenas no século XX. Assim, “sendo as mulheres que dispensam mais anos nos bancos escolares, principalmente nos cursos de Direito, estas optam pela valorizada carreira da advocacia”.

De acordo com as advogadas entrevistadas, é comum ouvir por parte das pessoas que procuram advogados para defenderem seus direitos junto ao Poder Judiciário uma preferência por mulheres advogadas. “Isso porque elas demonstram maior dedicação e atenção às causas assumidas, fazendo com que exista uma demanda social. Assim, as bacharéis em Direito optam por se submeterem ao Exame da Ordem para abraçarem a carreira da advocacia, seja privada, através de contratação em empresas, ou no serviço público, que acessam através do concurso público”.

A presença crescente de mulheres no Judiciário e na advocacia é vista também como “mudanças importantes nas decisões tomadas, bem como na forma como as decisões são planejadas e executadas”. Citam como exemplo o fato de que é cada vez maior o número de advogadas que atuam nas mais diversas áreas do Direito, e são escolhidas “por seus clientes por serem consideradas mais responsáveis e dedicadas à carreira da advocacia”.

A atuação das magistradas no Poder Judiciário reflete em decisões mais humanas, as sentenças são prolatadas com maiores detalhes, reduzindo, inclusive, os números de Recursos levados a segunda instância de julgamento.

A História em nossas mãos!

Portanto enganam-se os que pensam que a histórica luta das mulheres é uma característica somente da sociedade moderna ou do chamado mundo civilizado. No trecho de uma carta da índia Nita Tuxá é possível extrair um trecho onde ela demonstra o anseio das mulheres indígenas para conquistar seu espaço. Logo, o direito de sonhar não é apenas uma preocupação das mulheres brancas. Na carta da índia Tuxá fica claro que a busca pela igualdade, inclusive no sentido da equiparação de direitos entre homens e mulheres, vem ganhando relevância também na sociedade dos povos da floresta. Veja o que diz Nita:

— Contudo, somente há pouco tempo conseguimos sair deste lugar, de apenas, “mulher da criação” e sermos vistas pelo nosso potencial, pela nossa garra, altivez, sensatez... Estes nossos olhos puxados e vividos muitas vezes choram, e como choram por ver tanto descaso, preconceito, desfeitas, intrigas, falsas promessas... Mas aí, uma voz sábia

fala aos nossos ouvidos: Você tem identidade, tem cultura, tem força...
Lute!

É isso que a mulher tem feito em todos os segmentos da sociedade: lutar. Decidi escrever sobre este tema para registrar o papel histórico que as magistradas do meu tempo – e também de tempos passados – desempenharam na construção de uma sociedade mais humana, justa e fraterna. Quero dar enfoque à mulher no Judiciário também em outras frentes de trabalho elas continuam lutando. No Brasil de hoje, observa-se um grande percentual de mulheres trabalhando na indústria, no comércio, nos bancos, nos hospitais, nos institutos de pesquisas e nas universidades. Já é possível encontrar mulheres, inclusive, em atividades que antes eram reconhecidamente profissões de homens: motorista de ônibus, táxi, gari, guarda de trânsito e na construção civil.

No entanto, mesmo ocupando cargos similares, homens e mulheres ainda possuem remunerações diferentes, como aponta os números da 31ª Pesquisa Salarial e de Benefícios realizada pela Catho Online. Segundo esta empresa, que é o maior classificados online de currículos e empregos da América do Sul, em média, homens recebem salário até 70% maior que o oferecido a pessoas do sexo oposto.

Em recente artigo, a economista Mírian Gasparin cita que, na mesma pesquisa, aparecem posições em que a remuneração feminina alcança valor maior que a de seus pares masculinos. O resultado deste levantamento identificou áreas em que as mulheres recebem salários de 3% (Arquiteto Pleno) a 25% (Professor – Doutor) maiores, quando comparados com os dos homens. “Nem sempre vale a regra de que os homens ganham mais do que as mulheres. Elas se destacam em profissões onde estão mais presentes, como nas áreas de moda, letras, psicologia, enfermagem, recursos humanos, nutrição, entre outras”, comenta Marco Soraggi, diretor da Pesquisa Salarial da Catho Online.

Revelam ainda a economista que os cargos em que existe a maior diferença de salários entre homens e mulheres são professoras com doutorado, modelistas e gerentes de hotéis. “Mulheres com doutorado podem ganhar 25% a mais do que homens e modelistas e gerentes de hotéis, 22%”, garante Gasparin.

No Poder Judiciário, é nítido o reflexo da busca pela igualdade profissional entre homens e mulheres, essa tendência é analisada por Ma-

ria Cristina Zucchi, desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). Em uma de suas entrevistas, a magistrada num dos trechos em entrevista concedida em seu gabinete, ela afirma se sentir honrada por ser uma das 13 integrantes mulheres da segunda instância do tribunal paulista, que apresenta um universo de 360 desembargadores.

– Nos concursos públicos, o índice de mulheres aprovadas aumentou consideravelmente. Mas não se trata de uma participação apenas quantitativa. A mulher tem apresentado um trabalho muito bonito e, qualitativamente, relevante – observa Cristina Zuchi. Segundo ela, a proporção de apenas 3,6 % de mulheres entre os integrantes da segunda instância da Justiça de São Paulo se mantém há quatro anos. “Estes dados demonstram como é difícil a subida das mulheres dentro da magistratura”, ressalta a desembargadora.

Em “O Papel da Mulher na Democracia”, Luiz Borges D’Urso, mestre e doutor pela USP, revela que na esfera jurídica, as advogadas ultrapassaram os homens em número de inscritos na Seccional Paulista, assim como as estudantes de Direito são maioria nos cursos de Direito. A feminização no Judiciário, contudo, ainda enfrentam alguns preconceitos de gênero que são comuns a outras carreiras, como salários inferiores aos recebidos pelos homens e assédio moral e sexual no ambiente de trabalho. Outra importante questão é a dupla jornada que tantas trabalhadoras acumulam na prática profissional e no serviço doméstico, com evidente prejuízo da sua saúde e lazer. Essa questão vem sendo equacionada na Europa e Países Nórdicos com a jornada de trabalho de meio período.

A nomeação de ministras para o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, demais cortes superiores e de segunda instância, também pode ser citada como um dos mais importantes passos na trajetória das mulheres na área de Direito. O fato evidencia o fortalecimento do papel da mulher na aprovação de leis, na realização de justiça e, conseqüentemente, no fortalecimento da democracia moderna.

Em alguns países, a busca pela igualdade profissional entre homens e mulheres está sendo alcançada com a ajuda das leis. Tanto a Noruega quanto a França estabeleceu que, nos próximos anos as empresas deverão ter 50% de seus cargos de diretoria ocupados por mulheres. Atualmente apenas 9,7% de mulheres ocupam cargos de direção na França. Segundo a Comissão Européia, a Suécia e a Finlândia estão na

linha da frente da inclusão feminina, com 27% e 20%, respectivamente, de gestoras. A Espanha já impõe 40% de mulheres nas administrações até 2015.

Na esfera jurídica, as advogadas ultrapassaram os homens em número de inscritos na Seccional Paulista, assim como as estudantes de Direito são maioria nos cursos de Direito. A feminização no Judiciário, contudo, ainda enfrenta alguns preconceitos de gênero que são comuns a outras carreiras, como salários inferiores aos recebidos pelos homens e assédio moral e sexual no ambiente de trabalho. Outra importante questão é a dupla jornada que tantas trabalhadoras acumulam na prática profissional e no serviço doméstico, com evidente prejuízo da sua saúde e lazer. Essa questão vem sendo equacionada na Europa e Países Nórdicos com a jornada de trabalho de meio período.

Muitos pesquisadores citam que, no Brasil, as conquistas femininas ainda são apresentadas como consequência do amadurecimento da sociedade, mas não se pode esquecer que isso também é fruto da própria luta das mulheres. Em recente pesquisa, o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) revela que a mulher metalúrgica do ABC tem salários médios 53% maiores que o das demais metalúrgicas brasileiras. Isto talvez já seja fruto, em nossos tempos, do esforço para tentar diminuir e, quem sabe um dia acabar, com o preconceito e a desvalorização da mulher. Mas a jornada não acaba aqui. Apesar de todos os avanços, as mulheres ainda sofrem em muitos locais, com a discriminação, machismo, baixos salários, violência doméstica, jornada excessiva de trabalho, desvantagens na carreira profissional, além de preconceitos de toda a ordem. Estas são histórias de luta. O mundo mudou. A cidadania é uma tarefa de todos: homens e mulheres, indiscriminadamente.

Ressalto que apesar de todas as conquistas ainda foi preciso a sociedade brasileira se valer da Lei Maria da Penha para coibir os abusos ainda hoje praticado contra inúmeras mulheres que ainda apanham e são brutalmente assassinadas, mas esta banalização, a falta de respeito com o gênero feminino regride, a medida que a sociedade evolui, graças a Deus.

Por isso, nós mulheres temos que estar conscientes de que, como cidadãs, temos um importante papel a desempenhar, que não significa

apenas a luta por nossos direitos como mulher, mas sim por uma sociedade mais justa.

Agora, só depende de nós mulheres. Mas eu ainda prefiro assim.. A história está não na mão das diferenças de gênero, mas na mão de todos nós, homens e mulheres, em nossas mãos!

ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA

Ari Jorge Moutinho da Costa¹¹

O texto consagrado no inciso LVIII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é o princípio da presunção de inocência, sendo garantia fundamental do indivíduo.

Presente no que a doutrina considera o primeiro esboço de Constituição escrita, a Magna Carta Libertatum (1215), fruto da aliança entre o clero e o monarca inglês João-sem-terra, o princípio da presunção da inocência, qual phoenix reapareceu nos ordenamentos constitucionais em 1791, na Constituição francesa.

Motivada pelos pensamentos iluministas correntes na França revolucionária, a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, inspiração da Carta Magna francesa, foi a responsável pela consolidação do aludido princípio, dispondo em seu art. 9º que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Tal diretriz, de forma a coroar sua importância, repetiu-se em diversas convenções de ordem internacional, tais quais: a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948 (art. XI)¹²; o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos, adotado pela Organização Nacional de Nações Unidas¹³, em 1966 (art. 14, item 3, alínea “g”); e, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴, de 1969 (art. 8º, item 2),

11 Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

12 “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser *presumida inocente* até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

13 “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

14 “[...] toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se *presuma sua inocência*, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

elucidando que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em nosso ordenamento jurídico, com vista a adequação aos textos universais, a presunção da inocência houve de ser garantida na Carta Federal de 1988, em termos diretos e objetivos, na supracitada norma constitucional.

Apesar do notório hiato até a positivação do aludido princípio em nossa ordem positiva, Ruy Barbosa¹⁵ já justado aos avanços normativos mundiais, no início do século XX, propalava:

“Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito”.

Por oportuno, cumpre mencionar corrente minoritária que entende haver, em verdade, uma garantia constitucional à desconsideração prévia da culpabilidade e não à presunção de inocência. Fundado na escolha redacional do constituinte que, diferentemente das locuções afirmativas dos enunciados universais, deu preferência a uma locução negativa (“ninguém será considerado culpado”), o referido posicionamento vislumbra diferenças no alcance e aplicação da norma em nosso ordenamento.

A sutil diferença entre as duas acepções ganha maior vigor quando analisada sob uma perspectiva psicológica e comportamental da sociedade, consubstanciada em seu tratar e em suas opiniões sobre os denunciados. A presunção de inocência nasceu da necessidade de se influir no psiquismo geral, com objetivo de afastar a persecução criminal da tirania do Estado¹⁶ e do próprio corpo social.

15 BARBOSA, RUI. O Dever do Advogado. Fundação Casa de Rui Barbosa. Aidê Editora, 1985.

16 “O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de

Ora, se é certa – como, de fato, é – a origem histórica de determinada figura normativa, como compreender sua dimensão sem proceder a sua digressão histórica? E, ainda, como possível atribuir-lhe significação flagrantemente antagônica ao modelo que a inspirou?

Ademais disso, tendo o Brasil ratificado o Pacto de San José da Costa Rica, significa dizer que nosso ordenamento jurídico aceitou sua concepção de presunção da inocência, como já citado atrás, a do art. 8º, item 2, como dogma supralegal.

Destarte, frise-se não haver tal diferenciação na jurisprudência dos tribunais de superposição, em que presumir a inocência é tido como sinônimo de desconsideração prévia da culpabilidade. É o que se extrai do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Habeas Corpus nº. 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, cujo trecho da ementa se destaca:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV)- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)- presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a

crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.

- Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 95.886/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (grifei)

Na mesma linha raciocínio reportava-se o Min. Sepúlveda Pertence. Confira-se:

“I. Prisão por pronúncia de réu já anteriormente preso: pressuposto de validade da prisão cautelar anterior. 1. Em princípio, se tem dispensado a motivação, na pronúncia, da manutenção da prisão preventiva anterior; com maior razão, se tem considerado suficiente que a pronúncia se remeta no ponto aos motivos da prisão cautelar que mantém. 2. Essa orientação pressupõe, contudo, a validade da prisão cautelar antes decretada (precedentes): se é nulo o decreto originário da preventiva, a nulidade contamina a prisão por pronúncia que só nela se fundar. II. Prisão preventiva: motivação inidônea. O apelo à preservação da “credibilidade da justiça e da segurança pública” não constitui motivação idônea para a prisão processual, que - dada a presunção constitucional da inocência ou da não culpabilidade - há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral”. (HC 82797/PR - Relator SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 01/04/2003 - DJ 02-05-2003 - Primeira Turma - Unânime).

Correto concluir, pois, no sentido da lição sempre oportuna de José Afonso da Silva¹⁷, verbis:

“A norma constitucional do inciso LVII, agora sob nosso exame, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em jul-

¹⁷ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 155.

gado de sentença penal condenatória'. Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva. Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário." (grifei)

A presunção constitucional de inocência não se encerra em seu sentido meramente técnico, da regra de inversão do ônus probatório, mas também no tratar social do acusado. Na esteira da orientação adotada pelo Min. Celso de Mello, em acórdão proferido nos autos do RE 565519/DF, citando advertência do Professor Luiz Flávio Gomes ("Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica", vol. 4/85-91, 2008, RT):

"Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119)."

Ainda a respeito do tema, agora, sob a perspectiva estatal e social, prossigue o eminente Ministro:

“Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção de inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e do direito processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.”

Diante disso, verifica-se que a presunção constitucional da inocência, no Brasil, assim como no mundo, tem suas justificativas em raízes mais históricas, psicológicas e sociais que jurídicas. À uma, pelo próprio contexto histórico em que se deu a elaboração da Constituição que o consagrou, ainda carregada de um temor inconsciente de retorno à ditadura; à duas, pela necessidade de preservação de outro princípio, consagrado, agora, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, a fim de se evitar que juízos condenatórios precipitados turvem a honra e a imagem do acusado.

Vê-se que pela norma constitucional, o tratamento a ser dado ao imputado é o de inocente, pois este será assim presumido até a sentença penal irrecorrível que o declare culpado.

Lamentavelmente, a realidade atual é a execração do indivíduo/ acusado, com antecipação do juízo condenatório, notadamente pela mídia e formadores de opinião pública que deixa de lado os direitos inerentes à personalidade do homem, autor e possuidor da proteção oriunda do ordenamento jurídico.

O princípio em epígrafe é um remédio contra o arbítrio do Estado e a aplicação injusta da Justiça.

Como amazonense, sinto um grande orgulho do brilhante jurista Bernardo Cabral, um dos cinco relatores que, em toda a história do Brasil, tiveram a honra de escrever a Carta, e logo da mais avançada delas, e, por consequência, dedicou toda a sua inteligência para que a norma constitucional fosse realmente um modelo a ser seguido por todos os brasileiros, merecendo, portanto, justa homenagem pelos 25 anos de nossa Carta Magna.

A PERSPECTIVA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Marcos Arruda¹⁸

1. Introdução

O presente texto é dotado do propósito de refletir acerca do insuficiente tratamento jurídico dado pela doutrina clássica aos direitos fundamentais, momento da ciência jurídica em que estes se limitavam às relações que envolviam apenas os particulares e o Estado.

Em face desse escasso tratamento normativo, a produção em tela busca apresentar os fatores que ensejaram a necessidade de incidência dos direitos fundamentais às relações particulares, bem como os arcabouços da técnica jurídica que embasaram a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

2. A perspectiva clássica dos direitos fundamentais

2.1. Aspectos iniciais

Preliminarmente, deve-se dizer que os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos.

Apesar de ambos consagrarem valores ligados à liberdade e à igualdade, e, nestes termos, visarem à promoção e à proteção da dignidade da pessoa humana, existe uma distinção no que tange ao aspecto formal, ou seja, no plano de consagração.

Desse modo, os direitos humanos são direitos fundamentais consagrados no plano internacional, vale dizer, em documentos internacionais ratificados pelos Estados.

18 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado. Autor do livro *Direito Constitucional para Concursos*. Professor de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos e do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO. Aprovado em 6º lugar para o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e no Concurso para Delegado de Polícia Civil do Amazonas.

Todavia, quando esses direitos estiverem consagrados no plano interno, em regra nas Constituições, serão chamados de direitos fundamentais.

Bem, feita essa breve distinção, é possível afirmar que os direitos fundamentais consistem num conjunto de normas que versam sobre vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, o que pode ser vislumbrado a partir da leitura do *caput* do art. 5º da CF/88¹⁹, vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

No tema, é importante inferir que, por força da teoria material dos direitos fundamentais, consagrada no § 2º do art. 5º da CF/88²⁰, os direitos fundamentais não são reconhecidos apenas pelo fato de estarem capitulados em um determinado texto, mas, ao contrário, seriam reconhecidos pela sua substância, ou seja, pelo seu conteúdo:

Art. 5º. (...)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não seriam apenas os capitulados no já citado art. 5º da CF/88, mas, ao contrário, estariam espalhados por todo o sistema jurídico, podendo, inclusive, ser encontrados fora do texto magno.

Também é importante dizer que, pelo fato de se apresentarem como um conceito aberto, cuja principal característica seria a historicidade, nada impede o surgimento de novos direitos fundamentais.

19 Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 24 out 2011.

20 Idem, *Ibidem*.

Em face do exposto os direitos fundamentais surgem em momentos históricos distintos e modificam-se com o passar do tempo, leia-se, a partir da evolução da sociedade.

Percebe-se, então, que esses direitos, dada a sua historicidade, muitas vezes não terão o mesmo significado de sua concepção originária.

Por conseguinte, o direito à liberdade, por exemplo, em sua origem, apresentava-se como uma liberdade negativa, na medida em que pugna pela ausência de intervenção do Estado na seara privada.

Bem, feito este breve adendo, infere-se que as normas que versam sobre o tema em análise apenas passaram a ter efetiva relevância jurídica a partir das chamadas Revoluções Liberais, quais sejam, Revolução Francesa e Revolução Americana, as quais redundaram no surgimento de um novo modelo de Estado, o Estado de Direito, em detrimento do arquétipo Estado Absolutista, onde o poder emanava de origem divina e estava concentrado nas mãos do monarca.

Em tal momento, os direitos fundamentais foram concebidos como normas que limitavam a intervenção estatal na esfera individual e concediam liberdades clássicas aos cidadãos, outorgando-lhes direitos civis e políticos.

Trata-se da chamada 1ª dimensão dos direitos fundamentais, a qual elenca prerrogativas relacionadas às liberdades públicas, ou seja, os direitos civis e políticos, traduzindo o valor da liberdade.

No tema, vale recordar que a dimensões de direitos fundamentais receberam tratamento na clássica obra “A era dos direitos” de Norberto Bobbio.

2.2. Os direitos fundamentais e um novo modelo de Estado

Conforme visto, as Revoluções Liberais, cujos principais expoentes foram a Revolução Francesa e a Revolução Americana, ao modificarem o modelo de Estado adotado na Europa, acabaram por instituir normas que impuseram ao exercente do poder obrigações de não fazer em face das prerrogativas individuais.

No quadro, a positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a declaração dos Direitos do Homem em 1798, e das declarações de direitos formuladas pelos Estados Ameri-

canos, em 1776, fatos esses que originaram as chamadas Constituições liberais nos séculos XVIII e XIX.

Não é outra a lição dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²¹, para quem os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado às necessidades de impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas.

Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem um não fazer, uma abstenção do Estado, em respeito à liberdade individual – são denominados de direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa.

Em suma, os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam restringir a atuação do Estado, exigindo desse um comportamento omissivo, ou seja, uma abstenção em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal.

Todavia, apesar do seu reconhecimento pelo novel sistema que se apresentava, o alcance dado pela doutrina liberal clássica às prerrogativas sob análise era restrito, leia-se, limitado a determinado campo de incidência, na medida em que os mesmos apenas se aplicavam às relações que envolviam o Estado e os particulares.

Nesse diapasão, ensina o professor Marcelo Novelino²² que, na doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado. Por ser essa relação jurídica hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma eficácia vertical tendo em vista a patente relação de subordinação, diga-se, de desigualdade existe entre o Estado e o indivíduo, fato que deu origem a normas de proteção deste.

21 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*, 2009, p. 89-90.

22 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, 2009, p. 366.

3. A mudança de perspectiva dos direitos fundamentais

3.1. Noções preliminares

Conforme visto acima, os direitos fundamentais, em sua concepção inicial, limitavam-se às relações entre o Estado e o cidadão, tendo eficácia meramente vertical.

Entretanto, os fatos sociais exigem a atuação do direito para compor a coletividade e promover o bem de todos e, sendo assim, diversos fatos históricos, como, por exemplo, a opressão de trabalhadores durante a revolução industrial, demonstraram que o Estado não era o único possível violador de direitos fundamentais.

Em tal contexto, o professor Daniel Sarmento²³ constata que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados e, nesse quadro, a incidência dos direitos fundamentais deve ser extendida ao âmbito das relações particulares, posto que esses, ao amparo do princípio da autonomia privada, não poderiam lesinar as prerrogativas básicas da pessoa humana.

3.2. Análise específica

Sobre o tema, o professor Edilson Santana Gonçalves Filho²⁴, em feliz artigo intitulado “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais” nos ensina que uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foi responsável pela constitucionalização do direito, refere-se à quebra do arcaico pensamento, ainda hoje arraigado em alguns ordenamentos, de que os direitos fundamentais possuem aplicação apenas nas relações do tipo “Estado-cidadão”.

Embora hoje nos pareça óbvio, a idéia de Constituição como norma de caráter jurídico, dotada de coercibilidade e imperatividade, demorou algum tempo para ser concebida.

No panorama liberal, a Constituição não interferia no campo das relações particulares, as quais eram disciplinadas pela legislação ordi-

23 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, p. 134-135.

24 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

nária, encontrando-se especialmente no Código Civil, centro das projeções dos interesses sociais da classe burguesa dominante. Apenas com o surgimento do Estado Social, a Carta Magna passou a prever, de maneira geral, a economia, o mercado, e direitos oponíveis a atores privados, como os trabalhistas, projetando-se, assim na ordem civil.

Um dos obstáculos basilares para o reconhecimento da Constituição como centro de valores de um ordenamento transmutava-se na concepção de que as normas apostas nos textos constitucionais, referentes à esfera jurídico-privada, eram meramente programáticas, “desvestidas” de eficácia imediata, necessitando sempre da atividade do legislador infra-constitucional para produzirem seus efeitos, isso por diversos motivos.

Desta forma, a falta de efetividade das normas constitucionais contribuía, e ainda contribuem, para gerar um enfraquecimento da credibilidade da Constituição, impedindo a formação de um sentimento patriótico-constitucional entre o povo, transformando o texto supremo em meras promessas sem nenhuma eficácia social. A Carta Maior passa a ser vista como um calhamaço de utopias de pouca, ou nenhuma, validade prática.

A Constitucionalização, portanto, é um processo pelo qual as normas constitucionais penetram nos demais ramos do ordenamento, já que trazem em seu bojo o norte essencial ao desenvolvimento de um ordenamento jurídico unitário e coeso.

Assim, obedecendo aos parâmetros traçados constitucionalmente, as demais leis infra-constitucionais se embebedam nas proposições de justiça apostas pelo legislador constitucional, as quais nada mais são que a vontade do povo.

Conforme já se afirmou, os direitos fundamentais passam a exigir uma atuação do Estado em sua defesa. Ocorre que, num ponto de vista liberal, tais direitos eram visualizados exclusivamente nesta perspectiva, ou seja, cuidava-se apenas de identificar em que situações o indivíduo poderia exigir a atuação estatal em razão de um direito positivado na ordem jurídica.

A dimensão objetiva reconhece que referidos direitos consagram os valores mais importantes em uma sociedade política, além de impo-

rem certas prestações aos poderes estatais, constituindo-se nas bases de um ordenamento jurídico da coletividade.

Dessa feita, os direitos fundamentais passam a ser vistos do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a perseguir. Assim, seus efeitos não podem se esgotar na limitação do poder estatal, de modo que espalham-se por todos os campos do ordenamento, impulsionando e ordenando a atividade dos três poderes.

Sob esta ótica, não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos em comento, sendo necessário que, através de uma formatação de seus órgãos e procedimentos, propiciem aos mesmos efetivação e proteção ativa, da forma mais ampla possível.

Na mesma linha de raciocínio é que se afirma que deve existir uma expansão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que trespassem a linha divisória do domínio das relações entre o indivíduo e o Estado.

Trata-se a Constitucionalização de um movimento necessário para pautar as relações privadas em parâmetros mais justos, onde se concebe a Constituição como o topo hermenêutico direcionador da interpretação do restante do ordenamento, para com isso, conformar o direito infraconstitucional nos valores da Lei Maior.

Destarte, as normas de cunho fundamental, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do sistema jurídico, vinculando o legislador, servindo de base para a criação de leis em conformidade com os seus preceitos e, ainda, a decretação da inconstitucionalidade daqueles já existentes em desconformidade com suas previsões.

Do mesmo modo, os professores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁵ ensinam que a história aponta o poder público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consista, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade entre os indivíduos e os poderes estatais.

Os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, contudo, tornaram evidente que não se poderia mais re-

25 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição. P 199-2000.

legar ao Estado o simples papel de vilão dos direitos individuais. Percebeu-se que aos Poderes Públicos se destinava a tarefa de preservar a sociedade civil dos perigos que ela própria fomentava. Deu-se conta de que o Estado deveria atuar no seio da sociedade civil para nela pre-dispor as condições para a efetiva liberdade de todos.

Afinal, tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado.

As razões que conduziram, no passado, à proclamação de direitos fundamentais podem, agora, justificar que sejam invocadas, também, contra os particulares.

Esse argumento é enfatizado por Jean Rivero, que repele a coexistência, que tacha de esquizofrênica, de duas éticas diferentes, confirme o Estado apareça, ou não, como autor da relação jurídica. Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sobre a dominação dos poderes privados.

A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais, e de sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter também aplicação no direito privado.

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitá-los pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade.

O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações entre particulares.

Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas passou a ser reconhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No sistema jurídico brasileiro, é possível perceber, em sede constitucional e infraconstitucional, a existência de diversas normas onde o constituinte e o legislador adotaram a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

É de se observar, por exemplo, a norma do art. 5º, inciso V, da CF/88²⁶, a qual assegura, diante de manifestação de pensamento abusiva, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, vejamos:

Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Outra norma de âmbito constitucional que merece ressalva é a incerta no inciso XVII do art. 7º da CF/88²⁷, a qual assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

No âmbito do Código Civil, é possível perceber a adoção da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por exemplo, em seu art. 57²⁸, o qual concede o direito ao contraditório e à ampla defesa nos casos de exclusão de associados:

26 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24 out 2011.

27 *Ibidem*, *Ibidem*

28 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Quadro.htm>. Acesso em 24 out 2011.

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

Outro dispositivo do estatuto do cidadão onde se pode perceber a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares consiste no art. 421²⁹, em face do qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em tema de extrema riqueza, não se poderia deixar de dizer que o Supremo Tribunal Federal, enfrentando a matéria, adotou a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Trata-se de decisão exarada no RE 201.819/RJ³⁰, onde a Suprema Corte reconheceu a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entres os particulares, mantendo ordem judicial que determinou a uma associação privada a reintegração de um associado que havia sido excluído de seus quadros.

No caso, entendeu-se que houve violação ao direito de defesa, na medida em que o excluído não teve a oportunidade de refutar o ato que resultara em sua punição, vejamos:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vin-

29 Idem, *Ibidem*.

30 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br> Acesso em 24 out 2011.

culam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias cons-

titucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

Pelo exposto, não se pode negar a adoção, em nosso sistema, da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como um instrumento híbrido, qual seja, de controle e de legitimidade das prerrogativas dos particulares.

4. Considerações finais

A Constituição Federal de 1988, tida por muitos como a constituição cidadã, consagrou dentre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, norma que, para a mais que majoritária de nossa doutrina, seria o vetor maior de todo o sistema jurídico.

Além de consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, a Constituição Federal de 1988, erigiu-se sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde o poder teria a sua origem no exercício da soberania popular e todos estariam sob o manto do texto magno.

Bem, mesmo tendo a Lei Maior do Estado erigido a dignidade da pessoa humana como fundamento e, ao mesmo tempo, sedimento a democracia como base do poder, estas se tornariam esvaziadas se não houvesse a possibilidade de controle das condutas praticadas pelos particulares.

Tal ocorre porque, em uma democracia, existe a necessidade de que os direitos sejam exercidos em sua plenitude, mas, ao mesmo tempo, sem abusos, dada a ponderação que precisa haver em cada situação de conflito.

O reconhecimento, em nosso sistema, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais revela-se como um instrumento de concretização da democracia e do Estado de direito e tem propósito não de limitar as prerrogativas dos particulares, mas de permitir o seu legítimo exercício.

AÇÃO COMO GARANTIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

*Flávio Humberto Pascarelli Lopes*³¹

1. Introdução

O caminho percorrido pelo homem em busca da liberdade sempre foi orientado pela atividade política. Não sem razão, já se afirmou que “onde existe política, existe liberdade”. Mais do que por acaso, os regimes totalitários são ostensivamente antipolíticos: exercem política palaciana e não pública³². Política e liberdade, assim, seriam coincidentes quando articuladas no mundo público³³.

Contemporaneamente, é possível verificar o grau de exercício da liberdade em um país, a partir da extensão em que o indivíduo pode afirmar que seu governo age de acordo com os comandos constitucionais e da imunidade que este indivíduo desfruta ao reagir e desafiar autoridades que deixam de seguir a Constituição³⁴.

Nessa linha, ainda no século XX, houve alteração do paradigma constitucional³⁵. Saiu-se da visão limitada de que os problemas constitucionais não seriam problemas jurídicos, mas políticos³⁶, como defendiam os juristas liberais, para uma visão mais ampla, pela qual as constituições possuem força normativa que a todos vincula e a todos submete³⁷.

31 Bacharel em Direito pela Faculdade Federal de Estudos Sociais do Amazonas; Especialista em Direito do Estado, pela Cândido Mendes – UCAM; Mestre em Direito, pela Universidade Federal de Pernambuco; Desembargador no Tribunal de Justiça do Amazonas; Diretor da Escola de Magistratura do Amazonas – ESMAM; Professor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA e professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação, na disciplina Teoria Geral do Processo, pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

32 CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Trad. de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 119.

33 LAFER, Celso. Hanna Arendth. *Pensamento, persuasão e poder*. São: Paz e Terra, 2003, p. 63.

34 DOUGLAS, William O. *Anatomia da liberdade*. Trad. de Geir Campos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 23.

35 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição cidadã: neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. São Paulo: Método, 2008, p. 106.

36 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 53.

37 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora

O novo modelo, denominado neoconstitucionalismo, baseado na supremacia das normas constitucionais, de nítida inspiração americana, passou a nortear as principais constituições democráticas promulgadas logo após a Segunda Guerra Mundial, promovendo a constitucionalização dos direitos fundamentais³⁸, assegurados por um corpo de juízes funcionalmente independentes da maioria política que conjunturalmente detenha o poder³⁹. Foi o que aconteceu na Alemanha (1949), em Portugal (1976) e na Espanha (1978).

Depois de um longo período de sombras, coube, ao homenageado neste livro, Bernardo Cabral, na condição de relator constituinte, com a experiência de jurista e deputado cassado pelo regime ditatorial, a condução do processo formal de redemocratização do país.

Côncio de que, no campo da política, o diálogo deve ser concebido no plural e que este surge no espaço da palavra e da ação, Bernardo Cabral consultou os interesses divergentes da sociedade e enfrentou, com sucesso, o dilema de conciliar, pela norma constitucional, os princípios da igualdade e da liberdade.

Certo de que embora o caminho primeiro para a realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, seja o da elaboração legislativa, ainda que ela, por si só, não possa realizar os direitos, visto constituir-se mais em promessa que depende de atuações concretas dos demais poderes, teve importante e decisiva participação na fixação do texto do art. 5º, inciso XXXV, pelo qual nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, tendo, inclusive, por ocasião da aprovação, afirmado, em plenário, que o fortalecimento do Judiciário consagrava a democracia.⁴⁰

Tal dispositivo constitucional, de absoluta repercussão nos institutos processuais, é o ponto de chegada e de partida para que possamos discutir a ação processual como garantia jurídico-constitucional.

Revista dos Tribunais Ltda., 2001, p. 13.

38 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Trad. De Mauel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 26.

39 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 199.

40 Os sistemas totalitários sempre negaram importância ao Poder Judiciário, procurando eliminar a independência dos juízes, quase sempre para fazer prevalecer o exercício sem controle do poder sobre o Estado de Direito, cf. TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 25.

2. A constitucionalização das garantias fundamentais do processo

A Constituição Brasileira de 1988 “introduziu um sistema extremamente elaborado de controles jurisdicionais”⁴¹, colocando-se na vanguarda do constitucionalismo contemporâneo⁴², sobretudo porque, como já se anotou, a história da liberdade tem sido, de forma ampla, a história das garantias processuais.⁴³

Ao constitucionalizar as garantias fundamentais do processo, o constituinte de 1988 levou o processualista brasileiro a examinar e a interpretar os institutos processuais sob a luz constitucional. Tal conclusão pode ser melhor demonstrada por Barbosa Moreira, quando depois de enfatizar o notável interesse dos juristas pelos vínculos entre processo e Constituição e destacar, com apoio em Couture⁴⁴, que uma das principais funções do direito processual consiste na concretização de promessas constitucionais, sustentou que:

“No particular, convém que se registre, a evolução intimamente se relaciona com o advento da Carta de 1988, a um só tempo efeito e causa desse movimento de ideias. Como é notório, a vigente Constituição supera de longe qualquer de suas predecessoras na dimensão conferida: basta ver o relevo, quantitativo e qualitativo, das disposições que a eles dizem respeito no rol dos incisos do art. 5º. De um lado, esse tratamento mais carinhoso refletiu preocupações anteriores à instalação da Assembleia Constituinte: recorde-se, por exemplo, que a ação civil pública fora regulada por lei de 1985, e o que fez a Constituição foi encampá-la, dar-lhe assento mais firme, imunizá-la aos humores às vezes caprichosos do legislador ordinário...De outro lado, a riqueza de texto- que não exclui, em absoluto, a existência de defeitos de forma, e mesmo de substância -, vem con-

41 CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: *Revista de processo*, n. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 112.

42 Para STREK, Lenio Luiz (*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37), “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.

43 FINE, Toni M. *Introdução a sistema jurídico anglo-americano*. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martinsfontes, 2011, p. 29.

44 COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho*. 2. ed. Buenos Aires, 1978, t.I, 1978, p. 94.

tribuindo, por sua vez, para novo acréscimo do interesse pelo estudo da multiforme problemática constitucional do processo.”⁴⁵

No âmbito dessas garantias constitucionais, certamente se encontra a ação processual, como instrumento fundamental da democracia participativa, possibilitando a todos o acesso à ordem jurídica justa, à medida que a chave para abrir essa porta é um simples ato de demanda⁴⁶.

Nesta perspectiva, indica-se que, pela ação processual, na moldura constitucional brasileira, o cidadão pode se tornar um participante direto e ativo das políticas públicas, influenciando, sobremaneira, nos destinos da sua cidade, do seu Estado e do seu país⁴⁷. Isso não é pouco, basta constatar como a democracia representativa vem perdendo prestígio; o que, aliás, fica claro na crítica de Arendth ao sistema bipartidário americano:

“ (...) Depois que a nação ‘ocupou o lugar do príncipe absoluto’ no século XIX, foi a vez do partido, durante o século XX, ocupar o lugar da nação. Assim, é quase inevitável que as características mais destacadas do partido moderno – a estrutura autocrática e oligárquica, a falta de liberdade e democracia interna, a tendência de ‘se tornar totalitário’, a pretensão de infalibilidade – se destaquem pela ausência nos Estados Unidos e, em menor grau, na Grã-Bretanha.

Mas, mesmo que possa ser verdade que, como instrumento de governo, apenas o sistema bipartidarista se demonstrou viável e capaz de garantir as liberdades constitucionais, também é igualmente verdade que o máximo que ele conseguiu foi um certo controle dos governados pelos governantes, mas não permitiu de maneira alguma que o cidadão se tornasse um ‘participante’ nos assuntos públicos. O máximo que o cidadão pode esperar é ser ‘representado’, sendo evidente que a única coisa que pode ser representada e delegada é o

45 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 134.

46 CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 115.

47 Para maior esclarecimento sobre a ação como direito político, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 200-201 e RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 154.

interesse ou o bem-estar dos constituintes, mas não suas ações nem suas opiniões.”⁴⁸

3. Evolução do Direito de Ação

Por se tratar de tema dos mais polêmicos, sobre o qual muito se escreveu e pouco se construiu de definitivo⁴⁹, temos como fundamental que a controvérsia sobre o significado da “ação” seja sempre lembrada para que fique registrada a importância que teve na história do Direito Processual, dos Direitos Humanos e, mais especificamente, dos governos democráticos, como assinala autorizada doutrina:

“É reconhecidamente grande o significado político da ação civil, no plano dos direitos e das suas garantias no Estado de Direito; é através da garantia da ação e constante ampliação de sua admissibilidade (inclusive, dando-se dimensão nova à *legitimatío ad causam* na escalada da tutela jurisdicional aos interesses difusos), que se obtêm os bons resultados da abertura de acesso ao processo e à ordem jurídica justa, indispensáveis a um regime que aspire a ser substancialmente democrático.”⁵⁰

Na técnica processual “ação” é contrapartida à proibição da autotutela privada⁵¹. Ao longo do tempo tem se discutido se ela consiste em mera projeção do direito material ameaçado ou violado; em novo direito totalmente desvinculado do direito substancial; em direito subjetivo da parte; em poder; em direito fundamental; em situação jurídica constitucional. Distingue-se hoje, por exemplo, a ação de direito material, que seria o agir fora do processo (autotutela), da ação processual, como veículo de uma demanda apta a instaurar um processo judicial⁵².

48 ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 335-336.

49 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do direito*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 162.

50 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 331-332.

51 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 279.

52 SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. v. 1. t. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79.

O certo é que, com a evolução da humanidade, o Estado se fortaleceu e passou a monopolizar a administração da justiça. Proibiu a autotutela, permitida apenas em casos excepcionais, criando mecanismos efetivos para a tutela dos direitos, via da jurisdição. Esta tem como primeira característica a inércia, razão pela qual tem que ser convocada por quem pretende resolver um eventual conflito de interesses ou certificar uma determinada situação.

Para tanto, todos dispõem do que se conhece como direito de ação, atuado pela demanda que, por sua vez, é instrumentalizada por uma peça normalmente denominada de petição inicial, denúncia ou reclamação.

Assim, num primeiro contato com o instituto da ação, cujo conceito ainda não foi definitivamente estabelecido, pode-se dizer que é por ele que se instaura o processo, compreendido este como um método colocado à disposição dos jurisdicionados para a certificação e realização de direitos e efetivação das garantias fundamentais.

Duas classes de teorias são mencionadas pela doutrina, quando se estuda a natureza jurídica da ação. Trata-se, pois, das acepções monista e dualista.

A teoria monista, conhecida, ainda, como civilista⁵³ ou imanentista⁵⁴, defendeu a identidade entre as concepções da ação e do direito subjetivo material. Para ela, a ação nada mais seria do que o direito substancial deduzido em juízo, ou seja, acionar seria o ato de exercer o direito subjetivo violado. Firmou-se, então, a ideia de que não havia direito sem ação, assim como não havia ação sem direito.

Câmara⁵⁵ explica o conceito com o seguinte exemplo: “um Fulano celebra contrato de mútuo com um Beltrano, emprestando a este certa quantia em dinheiro. Vencida a dívida sem que o devedor tenha adimplido sua obrigação, o direito de crédito do Fulano sofreu uma lesão. Tal direito subjetivo irá, então, a juízo em busca de defesa, manifestando-se a partir daí como direito de ação”.

53 Civilista porque a teoria foi elaborada pelos estudiosos do direito civil.

54 Define-se imanente como algo que existe sempre em um dado objeto, sendo dele inseparável.

55 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de processo civil*. v. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

Esta teoria acabou superada, porque não pode explicar os casos de improcedência do pedido (ação infundada) ou das ações possessórias, nas quais não se cuida de direito, mas somente de fato.

As teorias dualistas, tidas como teorias modernas ou processuais da ação, postulam que esta e o direito subjetivo material são coisas absolutamente distintas.

Embora todas tenham como ponto comum a consagração da ação como direito autônomo e direito público, três delas se destacam quando se procura determinar a relação existente entre o direito de ação e o direito material. São elas: a teoria da ação como direito concreto, a teoria da ação como direito abstrato e a teoria eclética da ação.

A teoria da ação como direito concreto consiste no argumento de que o objeto da ação não é o processo em si, mas a obtenção de uma sentença favorável ao demandante. Em outras palavras, só haveria ação quando a sentença reconhecesse o direito pleiteado com o ajuizamento da demanda. Também esta teoria não conseguiu explicar as sentenças de improcedência do pedido e as demandas para declaração da inexistência de relação jurídica.

Já a teoria da ação como direito abstrato sustenta que o direito de ação existe independentemente da existência do direito material. Para os “abstrativistas”, portanto, a ação existe ainda que o resultado do processo seja desfavorável ao demandante, como nas hipóteses de sentença de improcedência do pedido e de sentença meramente processual.⁵⁶

Finalmente, a teoria eclética, que estabeleceu um condicionamento não ao direito de ação, mas ao seu exercício continuado no processo. Para Liebman⁵⁷, o direito ao julgamento do pedido surge somente depois de satisfeitas as denominadas “condições da ação”: a legitimidade para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Ausente qualquer uma delas, o demandante seria tido como “carecedor do direito de ação”, extinguindo-se o processo, sem julgamento do mérito.

56 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 148.

57 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 151.

O legislador brasileiro de 1973 adotou a teoria eclética⁵⁸. De fato, tais condicionantes, com as suas consequências, podem ser encontradas em algumas passagens do Código de Processo Civil. É o que se verifica, por exemplo, no art. 3º, no qual consta que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade, e no art. 267, inciso VI, que impõe a extinção do processo, sem resolução do mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

A teoria eclética teria sido a última tentativa da doutrina em demonstrar a ação como um direito cujo exercício se exauriria com o ajuizamento da demanda, com a única função de provocar a atividade jurisdicional, instaurando o processo para a resolução de conflitos jurídicos.⁵⁹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na linha das considerações de Picardi, ressalta o aspecto dinâmico do instituto examinado, apresentando crítica consistente às teorias abstratas da ação:

“... as teorias abstratas, quando põem o acento, seja no momento inicial do processo (direito ou poder de estimular a jurisdição), seja no momento final do processo (direito ou poder a uma sentença de mérito), só consideram a ação como situação inativa ou estática, típica de quem é destinatário de um comportamento imperativo de outrem, vale dizer, como posição subjetiva de vantagem ou de preeminência em relação a um bem (no caso, em relação à decisão jurisdicional de tutela), realizada pelo dever de fazer nascer comportamentos positivos. Em tal perspectiva, ficam na sombra as eventuais faculdades, poderes e ônus processuais do titular, visto que o perfil necessariamente dinâmico da situação subjetiva, acima sublinhado, constantemente é colocado em segundo plano pelo relevo atribuído ao perfil estático-sancionatório do dever de prestar justiça. Por isso, a ideia de conceber a ação como poder solitário de iniciar o processo conduz a uma indesejável identificação da ação como o direito de obter uma decisão. Mas a ação como poder de iniciativa, não representa o outro lado do dever de decidir do juiz, constituindo apenas

58 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de processo civil*. v. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 119.

59 Cf. NICOLA, Picardi, cit., p. 149.

o seu pressuposto, o suporte fático ao qual o ordenamento vincula tal dever.”⁶⁰

Numa concepção mais apropriada ao constitucionalismo contemporâneo, Marinoni firmou posição no sentido de que a ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material, como seriam os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente, acentuando que se trata do mais fundamental de todos os direitos, porquanto imprescindível à realização de todos os direitos substanciais, sejam eles fundamentais ou não.⁶¹ Direito que não se esgota na simples provocação da jurisdição, mas que exige que o Estado viabilize técnicas processuais idôneas que possam tornar efetiva a tutela prometida ao autor pelo direito material.⁶²

4. A ação no quadro das garantias constitucionais

Toda essa polêmica histórica proporcionada pela ação conduz-nos à reflexão se Calamandrei não teria razão quando defendeu a relatividade do conceito de ação, ao argumento de que qualquer teoria sobre a questão teria a inevitável influência do tipo político constitucional da época, assim compreendido o tipo de Estado em que ela teria sido concebida.⁶³

No constitucionalismo contemporâneo, prevalece a ideia de que a ação como direito humano fundamental deve dispor de instrumental suficiente para deixar de ser simples proclamação retórica, no sentido exato das garantias constitucionais.

Apresenta-se, pois, um problema conceitual, já que a ação aparece na doutrina ora como direito fundamental, ora como garantia constitucional. Tais expressões teriam o mesmo significado?

Para Jorge Miranda “ o conteúdo e o sentido de uma norma não se garantem de per si, garantem-se através do conteúdo e do senti-

60 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 71.

61 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 205.

62 Idem, p. 207.

63 CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil: La relatividad del concepto de acción*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: 1961, p. 135-160.

do de outra outras normas”, há para ele normas jurídicas garantidas e normas jurídicas de garantias, sendo estas ainda suscetíveis de ser garantidas.⁶⁴

No pensamento de Jellinek, seriam garantias constitucionais tanto os instrumentos de defesa da constituição como os próprios direitos fundamentais prometidos.⁶⁵

Depois de reconhecer a confusão que reina no direito constitucional positivo e na doutrina sobre a diferença precisa entre direitos e garantias fundamentais, Adeodato⁶⁶ esclarece que como toda garantia tem por fim assegurar um direito subjetivo e que todo direito subjetivo precisa de garantias, dependendo do contexto semântico e de habituais metonímias, as expressões acabam sendo utilizadas como sinônimas.

O mesmo autor, ao trabalhar a distinção, afirma que “as garantias são os meios protetores dos direitos, têm o caráter mais processual de assegurar a efetivação dos direitos materiais pela provocação da tutela estatal”. Seriam garantias todos os meios pelos quais a Constituição se vale com esse fim.⁶⁷

Também para Cappelletti, as garantias constitucionais constituem remédios jurídicos de natureza processual, destinados a fazer valer as normas constitucionais.⁶⁸

Fazer valer todo e qualquer direito prometido pelos constituintes e pelo legislador ordinário consiste em possibilitar uma efetiva proteção jurisdicional aos que nos termos da atual Constituição tenham eventuais direitos lesados ou simplesmente ameaçados de lesão (art. 5º, XXXV).

Assim, a garantia da ação ganhou amplitude. Garantiu-se ação também diante da “ameaça”, quando a carta anterior só protegia o jurisdicionado a partir da afirmação da “lesão” ao direito; ao mesmo tempo se eliminou o adjetivo “individual” que até ali qualificava a palavra “di-

64 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 494.

65 JELLINEK, George. *Teoría general del Estado*. Madri, 1915 p. 533.

66 ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 92.

67 Idem, p. 92

68 CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de La libertad*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 140.

reito”, passando, de tal modo, a proteger tanto os direitos individuais quanto os coletivos.⁶⁹

5. Considerações finais

A ordem jurídica brasileira, desde 1988, passou a dispor de forma ampla e incondicionada do instituto processual da ação, consagrando -o no art. 5º, XXXV, como garantia jurídico-constitucional, a qual não pode mais ser entendida como possibilidade de mera provocação da atividade jurisdicional.

Da ótica da proteção efetiva das demais garantias e dos direitos substanciais, fundamentais ou não, ela se projeta para todos os atos do processo⁷⁰, concebido pela doutrina processual mais recente como aquele apto a proporcionar ao titular do direito afirmado a adequada tutela jurisdicional.⁷¹

A ação é, portanto, a garantia das garantias, na medida em que possibilita afastar a afirmativa de que “vivemos em um sistema que se contenta com vazias proclamações retóricas de direitos fundamentais”.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARENDDT, Hanna. *Sobre a revolução*. Trad. de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 78. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. México: Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição cidadã: neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. São Paulo: Método, 2008.

69 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. México: Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas, p. 160.

70 TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justiça civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 32-33.

71 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil: la relatividad del concepto de acción*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: 1961.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de processo civil*. v. I, 12. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: *Revista de processo*, n. 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Trad. de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho*. 2. ed. Buenos Aires, 1978, t.I, 1978.
- DOUGLAS, Willian O. *Anatomia da liberdade*. Trad. de Geir Campos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- FINE, Toni M. *Introdução a sistema jurídico anglo-americano*. Trad. de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martinsfontes, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Trad. De Mauel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2007.
- JELLINEK, George. *Teoría general del Estado*. Madri, 1915.
- LAFER, Celso. *Hanna Arendth. Pensamento, persuasão e poder*. São: Paz e Terra, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I,
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Enciclopédia Saraiva do direito*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. v. 1, t. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STREK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- _____. *Proceso y decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ACÇÕES CONSTITUCIONAIS EM DEFESA DA LIBERDADE: *HABEAS CORPUS*, *HABEAS DATA* E MANDADOS DE SEGURANÇA E DE INJUNÇÃO

Vallisney de Souza Oliveira⁷²

Introdução

A Constituição de 1988, ao substituir a Carta de 1967, alterada pela Emenda n. 1, de 1969, inaugurou um novo período político-jurídico na Nação Brasileira, caracterizado pelo regime democrático de direito.

Ao contrário das Constituições anteriores, a nossa Lei Maior ratifica e expande as garantias fundamentais e se preocupa com os direitos humanos e sociais e outros direitos essenciais. O seu texto acolhe, dentre seus princípios maiores, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e os valores sociais do trabalho. Estabelece o pluralismo político, a liberdade partidária e o voto direto, universal, secreto e igualitário. Dá as diretrizes dos poderes e das competências da União e dos entes federados e prevê as atribuições independentes e harmônicas do Executivo, Legislativo e Judiciário. Implanta um sistema tributário nacional analítico e resguarda importantes direitos, como seguridade social, bem-estar, meio-ambiente, indígenas, da criança e do idoso, sem deixar de consagrar a igualdade entre homens e mulheres.

Indo além, a Constituição estabelece magnífica proteção à federação brasileira, ao voto popular, à separação dos poderes e, sobretudo aos direitos e às garantias fundamentais, reputando-as como cláusulas pétreas.

⁷² Juiz Federal em Brasília desde 2007; foi Juiz Federal no Amazonas de 1992 a 2006; foi Promotor de Justiça no Amazonas e Procurador da República no Espírito Santo e no Amazonas; fez Mestrado (1999) e Doutorado (2002) em Direito Processual Civil (PUC/SP); lecionou na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) de 1991 a 2007 e leciona na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) desde 2008; escreveu os livros: *Embargos à execução fiscal* (Ed. Saraiva); *Audiência, Instrução e Julgamento* (Ed. Saraiva); *Nulidade da Sentença e o princípio da congruência* (Ed. Saraiva); *Processo Civil para concurso de juiz federal* (Ed. Edipro); *Constituição e processo civil* (coautor e organizador, Ed. Saraiva).

Dentre garantias individuais e coletivas os constituintes foram bastante atentos ao acolherem diversas ações (*writs*) visando à proteção dos direitos fundamentais, à liberdade, à democracia, à cidadania e à coisa pública.

Em discurso por ocasião do ato de promulgação, o Deputado Ulisses Guimarães, então presidente da Assembleia Constituinte, vaticinava que a Constituição seria um instrumento de proteção dos fracos contra os fortes prepotentes, encantado que estava com a extensão das normas garantidoras dos direitos da cidadania.

A Constituição previu incomparável proteção às liberdades e instrumentos efetivos de defesa do indivíduo e da coletividade em especial contra a força do arbítrio e do excesso de poder, tendo em seu art. 5º mantido ou expandido institutos processuais ou trazido novidades constitucionais, aumentando a proteção pela jurisdição constitucional.

Entre os *writs* mantidos, aprimorados ou criados pela Constituição de 1988 podem ser citados os habeas e os mandados: o habeas corpus, com vistas à proteção à liberdade de ir vir; o habeas data para a proteção da intimidade e da personalidade e conhecimento e retificação de dados estatais ou de caráter público, o mandado de segurança, para proteção a direito líquido e certo, e o mandado de injunção, garantia de efetivação de direitos obstados pela inércia legislativa.

Basicamente sobre essas quatro garantias judiciais democráticas é que se pretende discorrer nas linhas que se seguirão em homenagem ao Dr. Bernardo Cabral, notável jurista amazonense, relator geral e um dos mais atuantes e marcantes congressistas da Assembleia Nacional Constituinte.

1. Habeas corpus

1.1. Aspectos históricos

Tendo seu berço na Inglaterra⁷³, mais precisamente na Carta Magna de 1215, que limitou o poder do Rei João Sem Terra, é o habeas

73 Acerca do étimo do instituto Pontes de Miranda professa: "*Habeas-corpus* eram as palavras iniciais da fórmula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: "Toma (literalmente: tome, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer, etc.) o corpo deste

corpus o mais antigo dos nossos *writs* constitucionais⁷⁴. Essa garantia constitucional processual penal do indivíduo surgiu em meados do século XIX na legislação Pátria como um grande passo para consolidar a primazia da liberdade, sobretudo da liberdade física do ser humano⁷⁵.

A nossa primeira Constituição, a Imperial de 1824, não se referiu propriamente ao *habeas corpus*, entretanto estabeleceu a necessidade de que a prisão de alguém deveria ser por ordem do juiz, que seria punido se ordenasse prisão arbitrária (art. 179, VIII, IX e X).

O Código Criminal do Império de 1830 mencionou diretamente o instituto ao declarar que cometeria crime contra a liberdade individual o juiz que recusasse ou retardasse a concessão da ordem de *habeas corpus* quando regularmente requerida (art. 183).

Na mesma linha, o Código de Processo Imperial de 1832, que possuía um título próprio destinado ao tema, dava ao cidadão, em defesa da sua liberdade ou da de outrem, o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* contra prisão ou constrangimento ilegal (art. 340).

A Constituição Republicana de 1891 tratou do *habeas corpus* para permiti-lo sempre que o indivíduo pudesse sofrer ou se achasse no iminente perigo de sofrer violência ou coação em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder (art. 72, § 22).

Tanto pela redação constitucional, quanto por se tratar do único então conhecido instrumento para proteção das liberdades, apesar da grande polêmica doutrinária na época, nos alvares do Século passado esse *writ* passou a ser admitido para quaisquer casos em que houvesse ilegalidade ou abuso de poder.

detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso". Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo" (MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado)*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1, p. 22).

74 "O termo *writ* provém do verbo inglês *to write, wrote, written*, que significa escrever, e no sentido técnico-jurídico, ordenar. Logo *writ* significa ordem, ordem escrita, mandado. São documentos jurídicos que ordenam ou proíbem a arbitrariedade perpetrada pela autoridade administrativa" (SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 341).

75 "Nas épocas de ditadura e de violência, em que os direitos da pessoa humana são espezinhados, sobretudo o seu direito mais importante de liberdade física, ou de sua integridade, prospera o arbítrio. O *habeas corpus* desaparece na voragem das ditaduras. É próprio das democracias e tem validade completa no Estado de direito" (FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3-4)

Porém, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional de 1926, pôs-se fim ao uso indiscriminado e genérico do habeas corpus, que voltou a ser destinado à proteção física de ir e vir, sendo permitido seu uso apenas em caso de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do indivíduo.

O habeas corpus passou a ser utilizado, por força da Constituição de 1934, quando alguém viesse a sofrer ou fosse ameaçado, por violência ou coação, em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 11, XXIII).

José Frederico Marques detalha a situação da época: “Na Constituição de 1934, não se falou em liberdade de locomoção; mas não se repetiu o texto de 1891, e se criou o mandado de segurança. A Carta de 1937 trouxe preceito quase inteiramente idêntico ao da Constituição reformada em 1926”⁷⁶.

Na Constituição de 1946 o habeas corpus voltou a ser previsto apenas quando alguém sofresse violência ou ameaça em sua liberdade de locomoção (art. 141, § 23). Igualmente, na de 1967 (art. 150, § 20), tanto originariamente quanto pela redação da Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153, § 20), reiterou-se seu cabimento na hipótese de alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade locomotiva, por abuso de poder ou ilegalidade, não cabendo o *writ* em face de transgressões disciplinares⁷⁷.

A nossa Constituição Federal de 1988 uma vez mais repetiu o núcleo protetivo consagrado nas últimas Constituições: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII).

1.2. Aspectos gerais

O habeas corpus tem como características principais: proteção constitucional à liberdade física de locomoção (de ir e vir) e contra

76 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. 4, p. 442.

77 “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus” (art. 153, § 20, EC n. 1/69).

demais coações ilegais daí resultantes previstas em lei, em especial no inquérito policial ou no processo.

Não existe uma lei exclusiva do habeas corpus. A matéria é regulada pelo Código de Processo Penal – CPP de 1941, que, em seu art. 647 estabelece: “dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Nos termos do mesmo Código ocorrerá coação ilegal: “quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; quando extinta a punibilidade” (art. 648, I a VII, CPP)⁷⁸.

A doutrina o classifica em habeas corpus preventivo ou liberatório (repressivo). O primeiro é utilizado quando ainda não houve prisão, mas ameaça por qualquer meio. Nesta hipótese a parte pede ao juiz uma ordem de salvo conduto a fim de não se consumir a prisão. O liberatório tem cabimento quando já existe lesão à liberdade de ir e vir, isto é, a pessoa está presa e pretende sua liberação, cabendo ao juiz conceder liminarmente ou após o procedimento devido, por sentença, o alvará de soltura, que contém a determinação para a liberação do paciente.

Paciente é a pessoa que está na iminência ou que já está presa. Impetrante é quem pede em seu nome a ordem para outrem (paciente). Impetrada é a pessoa, geralmente autoridade policial ou judicial, que está na iminência ou já tenha determinado a prisão de alguém. O impetrante pode ser o próprio paciente e não precisa ser advogado para fazer o uso do habeas corpus. Trata-se de ação especialíssima em que

⁷⁸ “Procede o habeas corpus para trancar a investigação policial; para impedir o indiciamento em processo penal; para fazer cessar a aplicação de medidas de segurança detentiva; para exigir das autoridades carcerárias o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; nuns casos estando o paciente em pleno exercício da liberdade de locomoção; noutros estando o paciente privado dessa liberdade; todos eles porém de índole meramente administrativa, campo reservado ao mandado de segurança e deste abstraídos em razão do justo receio de perda da liberdade corpórea, mesmo quando restringida no mínimo” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 147-148).

a própria parte, qualquer pessoa, possui capacidade processual e postulatória, não havendo necessidade, conquanto seja comum, da inicial ser assinada pelo profissional do direito em favor do seu cliente⁷⁹.

A petição inicial do habeas corpus é gratuita (art. 5º, LXXVII), simples e informal⁸⁰, e seu autor (impetrante) pode ser qualquer pessoa, porque está em jogo a liberdade bem maior que não pode ser prejudicada por formalismos ou requisitos que não sejam constitucionais⁸¹.

A legitimidade ativa para a impetração do habeas corpus é amplíssima, incluindo qualquer pessoa em favor de si ou de outrem, isto é, brasileiro, estrangeiro, menor, analfabeto etc.⁸². Além de também poder ser impetrado pelo Ministério Público, o próprio juiz competente pode concedê-lo de ofício, afastando-se aqui o princípio da inércia da jurisdição.

A legitimidade passiva pertence a qualquer autoridade pública, tal como delegado ou o juiz. Majoritária doutrina reconhece a possibilidade de ser cabível contra particular⁸³. Com efeito, a Constituição não usa a expressão autoridade pública, porém usa o termo abuso de poder. Apenas em caráter excepcional pode ser admitido um habeas corpus contra um particular, porque em geral tal conduta privada (cercea-

79 Nos termos do Estatuto da OAB, não é privativo do advogado a impetração do habeas corpus em qualquer grau de jurisdição (art. 1º, 1º, Lei n. 8.906/94).

80 “A propositura do habeas corpus não exige qualquer formalidade especial. Poderá ser materializado até mesmo em uma folha de caderno, escrito a mão, e sem observância dos requisitos de uma petição inicial” (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 309).

81 “O juiz tem de se conscientizar”, conforme as palavras de Xavier de Aquino e J. Renato Nalini, “que o habeas corpus não é processo como outro qualquer, em que o formalismo pode impedir se alcance o âmago do conflito. Não. Ele é remédio rápido, expedito, acessível a todos, quando exista constrangimento efetivo ou potencial. Reduzir o habeas corpus a um procedimento calcado em regras inflexíveis, válidas para os direitos disponíveis, constitui selar-lhe a morte” (AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401).

82 Para que a petição do habeas corpus de um analfabeto possa ser processada e apreciada pelo Judiciário precisa ser assinada por outrem (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 309).

83 Nesse sentido: TUCCL, Rogério Lauria; TUCCL, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 133. Para Michel Temer: “não é qualquer particular que pode ser sujeito passivo no habeas corpus. É preciso que o constrangimento decorra de função por ele ocupada”. “Igualmente, o diretor de uma faculdade que impeça alunos grevistas de saírem do recinto da casa de ensino. A coação, no caso, deriva da função exercida pelo coator. Se alguém detiver outrem em uma sala por mero capricho pessoal ou qualquer outra razão a hipótese não é ensejadora de habeas corpus. Portanto, o particular “detentor” sujeita-se ao habeas corpus quando a coação se verifique por força de sua posição funcional” (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198).

mento da liberdade) é considerada crime que dá ensejo à prisão em flagrante inclusive, sendo desnecessário o habeas corpus. Mas pode ser usado, por exemplo, contra a internação compulsória dos usuários de *crack*, quando internados em clínicas particulares conveniadas ou contratadas por alguma Prefeitura para tal finalidade.

1.3. Aspectos procedimentais

O habeas corpus é uma ação e não um recurso, entretanto, como impugna também decisão judicial em algumas ocasiões é aplicado ou segue por analogia o regime recursal, mesmo porque, no Código de Processo Penal, é inserido no Título próprio dos Recursos⁸⁴.

Sua natureza jurídico-processual é de ação constitucional cuja finalidade é a garantia da liberdade de ir e vir do cidadão. Por se tratar de ação deve obedecer aos requisitos gerais da possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade⁸⁵.

A petição de habeas corpus deve conter os elementos mínimos para que o conhecimento judicial dos fatos, uma vez que, salvo a oitiva formal ou informal do paciente (*tome-se o corpo* – sentido original do habeas corpus) pelo magistrado, não admite dilação probatória⁸⁶, isto é, prova pericial ou testemunhal, já que o rito deve ser célere para se efetivar com presteza a ordem mandamental, o *writ*.

São elementos da inicial de habeas corpus: “o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; a declaração da espécie de cons-

84 “Na verdade, às vezes o habeas corpus apresenta-se com uma roupagem de recurso, mas na realidade é uma ação. É uma ação mandamental. Dentro do processo, o habeas corpus é meio de tutela do direito de liberdade, constituindo verdadeiro remédio constitucional” (SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354).

85 Ente os exemplos a serem citados, ocorrerá impossibilidade jurídica do pedido na hipótese de alguém utilizar o habeas corpus para proteger direito líquido e certo diferente da liberdade de ir e vir; advirá falta de interesse processual quando alguém já tenha cumprido o tempo de prisão e ingresse com habeas corpus, haja vista a ausência de necessidade e utilidade deste *writ* em tal contexto; haverá ilegitimidade de parte, por exemplo, quando o habeas corpus é interposto contra um promotor de justiça, quando na verdade quem ordenou a prisão do paciente foi um juiz.

86 Como aponta J. Frederico Marques, “se a ordem de habeas corpus depender de pesquisas probatórias mais amplas, que dilatam o *iter* processual, ou que obriguem o juiz à prática de atos instrutórios, será inadmissível, para o caso, o processo de habeas corpus, pois este não comporta procedimento de rito demorado” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. 4, p. 449).

trangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o temor; a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências” (art. 654, § 1º, CPP). Após o recebimento da petição, o juiz pode conceder medida liminar em decisão interlocutória, expedindo de imediato o salvo conduto ou o alvará de soltura, desde que presentes os pressupostos da urgência e da plausibilidade do direito exposto na inicial⁸⁷.

Ao despachar a inicial, de ofício ou a requerimento, cabe ao juiz ou ao tribunal conceder de imediato a ordem liminar, quando verificar “que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º, CPP), inclusive ordenar que o preso lhe seja apresentado em dia determinado (art. 656, CPP) ou ir ao local da prisão para inspecionar o detento (art. 657, parágrafo único, CPP). O juiz determinará ainda que a autoridade impetrada preste informações, podendo interrogar o paciente e requisitar provas documentais, se necessário e sem perda de tempo, para logo em seguida proferir a sentença, considerando o rito sumaríssimo do *writ*.

Na decisão de deferimento, liminar ou final, o juiz expedirá salvo-conduto na hipótese de habeas corpus preventivo ou alvará de soltura na hipótese de habeas corpus repressivo.

É assim o habeas corpus um *remédio* de proteção à liberdade física, presente no nosso Direito desde a época imperial, preservada e aprimorada na República, cujo fim colimado é proteger o direito de ir e vir (locomoção), contando com legitimidade ativa extensa, com procedimento abreviado e com efeito mandamental decisório apto a liberar ou evitar a prisão do paciente.

2. Habeas data

2.1. Aspectos históricos

O habeas data constituiu novidade da Constituição de 1988. Como assinala Michel Temer: “É fruto, nesta Constituição, de uma experiên-

⁸⁷ “O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora” (art. 649, CPP).

cia constitucional anterior em que o governo arquivava, a seu critério e sigilosamente, dados referentes à convicção filosófica, política, religiosa e de conduta pessoal dos indivíduos. A insurgência contra os órgãos de informação gerou o habeas data”⁸⁸.

Atribui-se a sugestão para inclusão do instituto ao constitucionalista José Afonso da Silva⁸⁹. Para Clèmerson M. Clève, “a proposta apresentada por José Afonso da Silva à Comissão Arinos é, certamente, pelo menos em parte, tributária da experiência constitucional portuguesa”, para em seguida finalizar: “o Brasil parece ter sido o primeiro país a conceber uma garantia própria para a proteção do direito de acesso e retificação de dados pessoais constantes de registros e banco de dados”⁹⁰.

De acordo com J. M. Othon Sidou, no âmbito do anteprojeto da Comissão de Sistematização foi criado o direito às informações, correção e atualização de dados, tendo o habeas data saído do “ventre da Comissão de Sistematização” da Assembleia Nacional Constituinte⁹¹.

Dessa maneira surgiu a novidade constitucional, no art. 5º, LXXII, “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O habeas data foi regulado pela Lei n. 9.507, de 1997, que tratou das hipóteses de cabimento e do procedimento do habeas data, entre outros pontos específicos.

88 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

89 “Parece dever-se ao ilustre professor da Universidade de São Paulo não só o acolhimento da matéria no bojo da Constituição, senão também o *nomen iuris* dado ao remédio processual com inspiração em terminologia usada na doutrina espanhola, em sentido diverso, mas correlato” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. In *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127).

90 *Habeas data: algumas notas de leitura*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 77.

91 SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 290.

2.2. Aspectos gerais

O instituto do habeas data destina-se a salvaguardar a intimidade, a vida privada, a honra, à imagem, dentre outros atributos, de uma pessoa. Antes disso seu objeto de proteção era feito pelo mandado de segurança, tendo a Constituição atual especificado e garantido os direitos ao conhecimento e à retificação de registros referentes à pessoa do impetrante existentes em órgãos governamentais e entidades de caráter público. Além das duas hipóteses constitucionais, a Lei n. 9.507/97 acrescentou: “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (art. 7º, III).

Há de se concordar com José Carlos Barbosa Moreira, quanto a que “a ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do habeas data”⁹². Ainda mais porque a hipótese legal é especificação da garantia constitucional com a qual mantém total pertinência.

A edição da Lei n. 9.507/97 foi evento importante para que o habeas data não se tornasse instrumento de total ineficácia, diante do regime de transparência da Administração Pública na era do acesso à informação, nem gerasse infinita discussão interpretativa, quanto ao uso do mandado de segurança como seu corolário.

A menção a entidades de caráter público na Constituição e na Lei (não apenas entidades governamentais) ampliou o objeto para alcançar outras diversas situações, como a captação de dados e registros feitos por órgãos ou empresas que tenham relação como o público em geral, por exemplo, companhias telefônicas, provedoras de internet, empresas multinacionais de fomento a redes sociais virtuais.

2.3. Aspectos procedimentais

O procedimento do habeas data possui uma anterior fase administrativa (extrajudicial), pressuposto para o prosseguimento da fase (posterior) da demanda perante o Poder Judiciário⁹³. As situações não

92 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. In *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 132.

93 “Somente em caso de malogro do requerente na fase administrativa é que se pode falar em

previstas na Lei n. 9.507/97 podem levar à aplicação analógica da Lei n. 12.016/09 e ainda do Código de Processo Civil.

Segundo a Lei regente do habeas data, o interessado poderá ingressar com o habeas data somente depois da fase administrativa, o que configura para grande parte da doutrina uma violação ao princípio do acesso à Justiça. Tal tese, porém, não foi não endossada pelos tribunais⁹⁴. Conquanto superada a questão nesse campo, cabe aos juízes dar primazia à Constituição quando, num caso concreto, for patente a recusa ao conhecimento ou à retificação dos dados, ou seja, quando estiver claro o interesse de agir do impetrante, ainda que não tenha seguido exatamente o rito extrajudicial da Lei n. 9.507/97.

Além dos requisitos legais⁹⁵, a petição inicial precisa trazer a prova “da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão”; “da recusa em fazer-se a retificação ou do recurso de mais de quinze dias, sem decisão”; ou da recusa em fazer-se a anotação de retificação de dados ou do recurso administrativos de mais de quinze dias sem decisão (art. 8º, I a III, Lei n. 9.507/96). O juiz poderá indeferir liminarmente a inicial; se aceitá-la determinará a notificação do impetrado para prestar informações em resposta à demanda, no prazo de 10 (dez) dias (art. 9º, Lei n. 9.507/96); em seguida ouvirá o Ministério Público, no prazo de 05 (cinco) dias.

A sentença de procedência consistirá na ordem para que a pessoa ou órgão demandado “apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante” (art. 13, Lei n. 9.507/96). Da sentença (de indeferimento da inicial, concessiva ou denegatória) cabe apelação (art. 15, *caput*,

habeas data” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 295).

94 Como é exemplo a Súmula n. 2, do Superior Tribunal de Justiça “Não cabe habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra a), se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Dentre outros acórdãos, o STF pacificou nesse sentido: “a ausência de comprovação da recusa ao fornecimento das informações, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/97, caracteriza falta de agir na impetração” (HD 87, Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, DJe-022 04.02.2010).

95 A ação de habeas data é gratuita (art. 5, inciso LXVIII, CF/88; art. 21 da Lei n. 9.507/97) e seu procedimento é prioritário frente a outras ações, com exceção da de habeas corpus e de mandado de segurança (art. 19 da Lei n. 9.507/97).

Lei n. 9.507/96), cujo efeito será não suspensivo (apenas devolutivo), sujeitando-se ainda ao regime de suspensão de segurança pelo presidente do tribunal respectivo.

A ação gratuita e mandamental e o procedimento sumaríssimo e prioritário tornam o *habeas corpus* meio específico para o exercício da cidadania contra o sigilo e o mau uso das informações pessoais de que tenha posse entidades governamentais e de caráter público.

3. Mandado de segurança

3.1. Aspectos históricos

Como visto no primeiro tópico, em meados do século XIX e início de século XX era o *habeas corpus* a única ação mandamental para a defesa da liberdade. No decorrer dos primeiros anos da República esse instituto passou a ser interpretado com amplitude, de forma a salvaguardar não somente a liberdade física, mas qualquer outro direito do indivíduo⁹⁶.

Considerando que Emenda Constitucional de 1926 pôs fim ao seu uso indiscriminado e genérico, retornou o *habeas corpus* a ser destinado exclusivamente à proteção da locomoção física do cidadão. Diante disso, inumeráveis direitos individuais do cidadão contra os abusos do Poder Público ficaram sem a proteção devida, até o advento da Constituição Republicana de 1934, a qual deu origem ao mandado de segurança⁹⁷.

⁹⁶ SIDOU defende que, a bem da verdade o mandado de segurança surgiu com a Constituição de 1891: “Insistimos numa velha afirmativa: o mandado de segurança nasceu da Primeira Constituição da República. Ela não poderia dispensar um instituto de garantias individuais para fazer face ao estado-de-direito que plantara. O que fez a Carta de 1934 foi restaurá-lo, banido como havia de nossa sistemática jurídico-constitucional quando a Reforma Bernardes deu sentido clássico ao *habeas corpus*, não permitindo que este nome latino se aclimatasse a um reclamo caboclo” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131).

⁹⁷ Consoante Milton Flaks: “Data de 1914 e deve-se a Alberto Torres a primeira sugestão visando a regular uma forma especial de tutela, distinta do *habeas corpus* e dos interditos possessórios. No art. 73 do projeto de revisão constitucional, publicado como apêndice à sua “A organização Nacional”, propôs um *mandado de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público ou de particulares, para os quais não haja outro remédio especial*” (FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 8).

A restrição do habeas corpus levou à necessidade de se encontrar uma solução para proteção de determinados direitos individuais de fora da esfera da proteção contra atentados à liberdade de locomoção, por possuírem natureza diversa, tais como direitos do funcionário público contra abuso administrativo, do cidadão contra perseguição política.

Nas palavras de Castro Nunes: “as origens do mandado de segurança estão naquele memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal Federal, em torno do habeas corpus, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada”⁹⁸. Complementa Ademar Ferreira Maciel: “O fato é que, com a perda do elastério do *habeas corpus* e com a má aplicação e podamento legislativo da Lei n. 221/1894, o administrado ficou sem um meio seguro, rápido e eficiente, para combater os desmandos e abusos do Poder Público. Urgente se fazia, então, a criação de um instrumento processual, a ser inserto na Constituição (1934), capaz de suprir tudo isso e colocar o Brasil em igualdade de situação político-jurídica com os outros povos civilizados do mundo. Nasceu, pois, esse instrumento processual-constitucional maravilhoso, o mandado de segurança”⁹⁹.

A Constituição de 1934 consagrou o *mandamus* nestes termos: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito certo e incontestado ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo que o *habeas corpus* devendo sempre ser ouvida a pessoa de direito públi-

98 NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 13. O mesmo autor ressalta: “O mandado de segurança representa, portanto, o coroamento dessa evolução interrompida em 1926, pela Reforma Constitucional, que, reduzindo o habeas corpus, não lhe deu o sucedâneo que, mais tarde, iniciativas parlamentares e o brilhante debate que se lhes seguiu não lograram fazer triunfar”, para em seguida aditar: “o mandado de segurança é sucedâneo do habeas corpus apenas do ponto de vista daquela adaptação jurisprudencial para suprir a lacuna que ele veio preencher. Esses antecedentes servem para atestar, muito expressivamente, a sua necessidade como via de direito nas relações do particular com o poder público, às quais se estendia, na falta de outro meio legal, o habeas corpus” (NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 14 e 28).

99 MACIEL, Ademar Ferreira. Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 171-172.

co interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”¹⁰⁰.

A partir dessa Constituição, com exceção da de 1937, as demais saíram a garantia do *mandamus*, como ocorreu com as Cartas de 1946, de 1967 e respectiva Emenda Constitucional de 1969.

Sob a égide da Constituição de 1934 foi editada a Lei n. 191, de 1936, a primeira que estabeleceu regras sobre o mandado de segurança, seguida pela Lei n. 1.533, de 1951, que deu os contornos precisos do processo mandamental. Em 1964 sancionou-se a Lei n. 4.348, que veio complementar algumas normas, inclusive procedimentais, acerca da matéria.

As leis supracitadas foram revogadas pela Lei n. 12.016, em vigor desde 2009, que regula atualmente essa garantia constitucional originariamente brasileira, destinada a proteger direitos do cidadão contra os abusos do poder público.

Mantendo idêntico texto das Constituições precedentes, eis a redação desse *writ* na Constituição de 1988: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (inc. LIX do art. 5º). Vale ressaltar que a Constituição vigente inovou ao prever a possibilidade do mandado de segurança coletivo (inc. LX do art. 5º).

3.2. Aspectos gerais

À luz da Constituição de 1988 e da Lei n. 12.016/09, o mandado de segurança pode ser classificado em: individual, quando for impetrado por pessoa individualmente considerada ou em litisconsórcio, e coletivo, quando impetrado por pessoa jurídica ou instituição para defesa de direitos coletivos *lato sensu*, nos termos da lei¹⁰¹.

100 “A força da necessidade venceu, porém, pela criação do instituto, com a forma processual do *habeas corpus*, e com o nome de mandado de segurança, na Constituição de 1934. A fórmula tímida apresentada pelo legislador constituinte ganhou contornos mais amplos na prática dos tribunais, cresceu desordenadamente, acarretando alguns males, mas trazendo imensuráveis vantagens” (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

101 Um aspecto interessante para se realçar é a figura do mandado de segurança coletivo,

O mandando de segurança é adequado para impugnar atos (ação ou omissão) de praticados por autoridade¹⁰² em caráter de *ius imperi*. É incabível contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público (art. 1º, § 2º, Lei n. 12.016/09).

O direito líquido e certo de que trata a Constituição é aquele indubitável e plausível, incontestável, merecedor de total proteção estatal. Ou como arremata Castro Nunes, direito líquido e certo se situa no plano jurídico “da obrigação certa quanto à sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida”¹⁰³.

O prazo decadencial para impetração é de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência pelo impetrante do ato impugnado, ficando ressalvada a possibilidade do processo (via) civil comum ordinário¹⁰⁴.

Divide-se o mandado de segurança em preventivo, quando visa evitar a ameaça a direito líquido e certo, e em repressivo, quando se pretende suspender ato ou suprir omissão¹⁰⁵.

novidade na Constituição de 1988, que se diferencia do mandado de segurança individual basicamente em relação à legitimidade do impetrante e em relação à coisa julgada. “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 01 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde eu pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial” (art. 21, *caput*, Lei n. 12.016/09 – que especificou a disposição constante do art. 5º, LXX, da CF). O mandado de segurança coletivo visa a proteger os direitos: “coletivos, assim entendidos, para efeitos desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de partes dos associados ou membros do impetrante” (art. 21, I e II, parágrafo único, da Lei n. 12.016/09).

102 Autoridade, para fins do mandado de segurança, é “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LIX, CF), seja de que categoria for e sejam quais forem suas funções exercidas, inclusive entram nessa relação os órgãos de partidos políticos e as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público (art. 1º, Lei n. 12.016/09).

103 NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 91.

104 “Se não houvesse o socorro dessa via, teria o atingido outro meio, mas não o mandado de segurança, via excepcional, remédio heroico, e como remédio heroico, como via excepcional, deve ser entendido” (FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28).

105 “A consumação da ameaça superveniente à impetração da segurança não prejudica o pedido, ocorrendo apenas sua conversão lógica (e não, como impropriamente se diz, sua fungibilidade) de preventivo em corretivo, por imperativos de brevidade, celeridade, economia processual

Da forma que já constava na Lei n. 1.533/51 é possível concessão de medida liminar para a suspensão do ato impugnado e o recurso de agravo não terá, em regra, efeito suspensivo. A Lei n. 12.016/09, porém, ratificando o direcionamento da legislação anterior, proíbe o deferimento de liminares em determinadas matérias, tais como entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior e aumento ou pagamento de qualquer natureza a servidor público¹⁰⁶.

Tais regras restritivas de concessão de medidas de urgência possuem duvidosa constitucionalidade em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que prevê a ameaça a direito objeto de proteção do Judiciário (jurisdição uma).

3.3. Aspectos procedimentais

Quanto ao procedimento, o mandado de segurança possui rito sumaríssimo específico. A prova a ser produzida é exclusivamente documental. Não cabem perícias ou testemunhos. Os prazos são curtos, com previsão de poucos atos processuais até o termo final. Inexistem despesas com pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, sendo incabível o recurso de embargos infringentes.

Inicia o seu rito com a petição inicial, subscrita por advogado, que pode ser inclusive por meio eletrônico se possível, contendo os demais requisitos do art. 282, CPC.

Ao despachar a inicial o juiz pode requisitar documentos em poder de repartição ou estabelecimento público. Contudo, compete-lhe indeferir a inicial liminarmente, se não estiverem presentes os requisitos formais, for inepta ou quando for manifestamente incabível ou ainda quando ocorrer decadência (art. 10, Lei n. 12016/09).

Não sendo o caso de indeferimento, no despacho inicial o juiz determina a notificação da autoridade impetrada para se manifestar no prazo de dez dias. Na ocasião também decide sobre a concessão ou não da liminar requerida e dá ciência da impetração ao órgão ou pessoa

e implicitude" (FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 216).

106 "Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" (art. 7º, § 2º, Lei n. 12.016/09), o que se estende para a antecipação de tutela prevista no art. 273 e 461 do CPC (art. 7º, § 5º, Lei n. 12.016/09).

jurídica interessada (art. 7º, I a III, Lei n. 12.016/09) a fim de facilitar a defesa da Administração Pública.

Para ser concedida a liminar há necessidade de se comprovar que os fundamentos do pedido são relevantes e que há risco de ineficácia da medida, acaso concedida ao final. O primeiro indica o direito material (líquido e certo) invocado na segurança, ao passo que o segundo requisito se refere à exigência de se prevenir provável dano que esse direito possa sofrer enquanto se aguarda a tutela definitiva, se esta porventura vier a ser favorável ao impetrante.

Conforme o art. 7º, III, parte final, Lei n. 12.016/09, pode ser exigida “caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”. Cuida-se de medida restritiva, que pode esbarrar na impossibilidade econômica de algumas pessoas, principalmente pessoas físicas, de fazerem a aludida contraprestação.

Findo o prazo da resposta, o juiz ouve *incontinenti* o Ministério Público, que atuará se entender presente interesse público. Após o decurso do prazo para o Ministério Público, com ou sem parecer, o juiz profere sentença, impugnável pelo recurso de apelação, sem efeito suspensivo (art. 14, Lei n. 12.016/09).

Os efeitos financeiros da sentença somente retroagem até a data da propositura da ação (art. 14, § 4º, Lei n. 12.016/09). “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (art. 19, Lei n. 12.016/09).

O não cumprimento pela autoridade da ordem judicial, dada liminarmente ou na sentença, em mandado de segurança pode constituir crime de desobediência (art. 9º c/c art. 26, Lei n. 12.016/09).

Manteve-se, na Lei 12.016/09, a figura esdrúxula da suspensão da segurança pelo presidente do tribunal, sem prejuízo do recurso de agravo. “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa caberá agravo sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição” (art. 15,

Lei n. 12.016/09). Cabe ainda pedido de suspensão de segurança ao Presidente do Tribunal “quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar mandamental” (art. 15, § 2º, da Lei n. 12.016/09).

Apesar de inúmeros entraves e restrições legais ainda é o mandado de segurança uma ação expedita, célere, apta a salvaguardar os direitos líquidos e certos dependentes de atuação e proteção na nossa Carta Fundamental de 1988. Ao lado do habeas corpus é um dos *remédios* constitucionais mais utilizadas na praxe judiciária, em virtude da economia e da rapidez, e da sua eficiente liminar *initio litis* de suspensão do ato administrativo impugnado.

4. Mandado de injunção

4.1. Aspectos históricos

O Direito Brasileiro anterior à Constituição atual não conhecia o mandado de injunção. Com a Constituição de 1988 nasceu o instituto¹⁰⁷, numa clara demonstração de que havia a necessidade de alargar a via de proteção pelas demandas constitucionais perante o Judiciário a fim de se garantir um número maior de direitos fundamentais.

Segundo a Constituição de 1988, no seu art. 5º, LXXI, “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”¹⁰⁸.

Quanto à comparação no Direito Estrangeiro, há quem defenda que essa espécie de ação teve como fonte o *writ of injunction* americano (José Afonso da Silva), enquanto para outros o nosso mandado de in-

107 O então Senador Ruy Bacelar, ao justificar projeto de lei (n. 76/1978) para a regulamentação do instituto, assim se pronuncia: “Tive a honra de ser um dos responsáveis pela sua criação, uma vez que foi pela Sugestão de Norma n. 367-1, por mim apresentada em 3-4-87, que foi ele introduzido, pela primeira vez, no projeto constitucional, mais especificamente no anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais” (*apud* TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 161).

108 “Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente” (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 208).

junção é único e não se pode encontrar no Direito Comparado nenhuma fonte de inspiração¹⁰⁹.

No campo processual até hoje não existe uma lei reguladora do mandado de injunção. Em razão disso, aplica-se por analogia a Lei n. 12.016/09 (do mandado de segurança) tanto no mandado de injunção individual, quanto no mandado de injunção coletivo¹¹⁰.

4.2. Aspectos gerais

O mandado de injunção é garantia constitucional cujo escopo é suprir omissão legislativa ou retirar obstáculos para que sejam realizados direitos constitucionais, principalmente os relacionados à soberania, à nacionalidade e à cidadania¹¹¹.

Para Pedro Lenza, “o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”¹¹².

109 No ponto da questão vide DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 363. “O nosso mandado de segurança não é o mesmo *writ* dos ingleses e dos norte-americanos” (MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. Atualização WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 323).

110 Modalidade hoje aceita na jurisprudência, proposto por legitimados coletivos em nome dos substituídos, como, por exemplo, por uma associação, Ministério Público, Defensoria Pública ou sindicato.

111 Conforme J. M. Othon Sidou, “o mandado de injunção não é um direito; é mais: é uma garantia de direitos, de natureza ativa, tanto quanto o são o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, aos quais se soma agora o habeas data, porque é garantia posta em mãos do universo de administrados” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 272).

112 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 816. No mesmo sentido Othon Sidou professa: “a lei não nasce do nada; tem sempre motivação superior ditada pela consciência coletiva, e, do mesmo modo, não nasce para a inércia, o mesmo que dizer, não nasce para nada. A ausência de regulamentação para que direito, liberdade ou prerrogativa possa fluir e atingir seu objetivo teleológico pode não configurar uma ilegalidade, em sentido estrito; pode não constituir abuso de poder. Mas caracteriza agravo decorrente de negligência ou inércia, que ao direito incumbe curar. É para isto que se construiu a injunção, ou imposição, viabilizada pelo Poder Judiciário” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 274-275).

Cynthia de Araújo Lima Lopes arremata que o mandado de injunção se volta para “conferir efetividade a direitos consagrados no texto constitucional, e que dependem, para ganhar vida, de uma providência de natureza legislativa, com a edição de lei, ou administrativa, mediante a elaboração da norma regulamentadora”¹¹³.

O mandado de injunção não se confunde com a ação de inconstitucionalidade por omissão, esta própria do controle abstrato feito pelo Supremo Tribunal Federal contra qualquer lei em tese, enquanto aquela é ação de controle difuso e concreto para fazer valer direitos individuais ou coletivos específicos (direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) da pessoa que pretende dar *vida* à norma programática (de eficácia limitada) e fazê-la incidir em seu benefício.

O instituto possui, ainda, muitos traços distintos do mandado de segurança, porque este protege genericamente direito líquido e certo não amparado por outros remédios constitucionais, ao passo que o mandado de injunção tem por objetivo contemplar direito fundamental ante a omissão de produção da norma¹¹⁴.

4.3. Aspectos procedimentais

Do mesmo modo que o mandado de segurança, o procedimento do mandado de injunção é documental, o rito é célere, em que há notificação da autoridade, facultatividade da participação do Ministério Público e sentença cuja apelação possui efeito não suspensivo.

A legitimidade ativa é da pessoa, física ou jurídica, ao passo que a legitimidade passiva é do órgão ou autoridade incumbida pela Constituição de regulamentar (produzir, editar) a norma.

113 LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. São Paulo: Dialética, fev. 2011, p. 19.

114 Diferencia-o precisamente J. M. Othon Sidou: “o mandado de segurança ataca a ação ou omissão resultante de ilegalidade ou abuso de poder. O mandado de injunção visa ao exercício do direito, obstaculizado por ausência de lei ou regulamento”; “o mandado de segurança protege contra qualquer lesão de direito individual ou coletivo. O mandado de injunção somente se vincula aos direitos fundamentais” (SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 271).

Por aplicação analógica do mandado de segurança (Lei n. 12.016/09) seria cabível a medida liminar, presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Porém, é desnecessária a medida de urgência, uma vez que, se desde o advento da Constituição de 1988 não foi editada a norma pleiteada dificilmente ocorreria uma situação de urgência para se determinar judicialmente que precariamente a norma fosse editada antes do término do o rito abreviado do processo injuntivo.

Por fim, aspecto mais polêmico, sobre o qual houve uma interessante evolução da doutrinal e da jurisprudência, primordialmente do Supremo Tribunal Federal são os efeitos da sentença concessiva do mandado de injunção.

Entre as posições doutrinárias ressalte-se a que defende que a sentença concessiva do mandado de injunção, em razão da independência dos Poderes da República, tem apenas o condão de cientificar o órgão réu a fim de que tome a providência que entender cabível para efetivar o direito fundamental (é a chamada teoria da subsidiariedade)¹¹⁵. Por esse entendimento, a decisão somente declara e nada exige do órgão impetrado. Iguala-se o mandado de injunção, nesse ponto, à ação de inconstitucionalidade por omissão.

Outra posição aponta que sentença concessiva deve constituir uma ordem ou mandamento para que a autoridade impetrada regulamente ou edite a norma faltante. Diversa posição entende que o Judiciário deve arbitrar um prazo para que o órgão edite a norma, não o fazendo deve estabelecer uma norma particular para o caso concreto, efetivando assim o direito pendente de regulamentação. A posição dita concreta imediata dá ao Judiciário o poder de implementar a norma individual (que valerá apenas para as partes) independente da atuação do órgão *legiferante*.

O Supremo Tribunal Federal¹¹⁶ abandona aos poucos o entendimento restritivo abstrato e passivo, que na prática igualava os efei-

115 “Segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In *Ações constitucionais*. 2. ed. Organizador DIDIER Jr, Fredie. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 148).

116 Acerca da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à eficácia da sentença do mandado de injunção vide, entre outros, os seguintes autores: RAMOS, Paulo

tos do mandado de injunção ao da ação de inconstitucionalidade por omissão, e passa a dar ao mandado de injunção uma interpretação mais concreta e ativa da jurisdição¹¹⁷, o que traduz o avanço e o aprimoramento do instituto em benefício da garantia constitucional e da efetividade das normas constitucionais.

No ponto, conclui Cynthia de Araújo Lima Lopes, “no cenário das omissões inconstitucionais, desponta o *writ* injuntivo como a única ação constitucional apta a possibilitar o exercício de direitos constitucionalmente proclamados e que demandam para sua realização, a edição de norma integradora, que lhes retire do marasmo em que se encontram e que abandonem o mundo da fantasia para ingressar no mundo real, como um adeus às utopias”¹¹⁸.

De fato, não há como haver normas apenas pairando nas nuvens do céu de uma Constituição ideal. É necessário que o *remédio* injunção seja ministrado na medida certa para poder dissipar o mal da omissão com o mínimo de sacrifícios à ordem jurídica.

Conclusão

A Constituição de 1988, sem precedentes na história, alargou a gama de direitos individuais e coletivos ao mesmo tempo em que criou instrumentos para que esses direitos pudessem valer perante o Judiciário.

“Uma Constituição”, como apropriadamente afirmou o Relator Geral da Assembleia Nacional Constituinte, o Dr. José Bernardo Cabral,

Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. Mandado de injunção: origem e perspectivas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ (Nova Dimensão Jurídica), novembro de 2012 (“3. Perspectiva jurisprudencial: análise de atuação do Supremo Tribunal Federal”); LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. São Paulo: Dialética, fev. 2011 (“7. O mandado de injunção segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”).

117 “Nota-se o crescimento do Judiciário, por meio de uma postura mais ativa, com o fim de suprir o espaço deixado pelo legislador. O Judiciário preferiu não mais se manter conivente à inércia legiferante e passou a anunciar provimentos satisfativos” (DANTAS, Ana Carolina de Araújo. Mandado de injunção: instrumento de controle jurídico da Administração pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDA (Nova Dimensão Jurídica), março de 2010, p. 316).

118 LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. São Paulo: Dialética, fev. 2011, p. 32.

“deve espelhar o estado atual das relações sociais, mas, ao mesmo tempo, deve servir de instrumento para o progresso social”.

Nesse afã progressista, a Constituição de 1988 ofertou meios para um Brasil democrático, pacificador, enleado de valores e anseios de liberdade, com inspiração humanitária, igualitária e garantidora de direitos, preocupado com social e, sobretudo, com a realização dos direitos fundamentais.

Entre os mecanismos que asseguram direitos por meio de ações judiciais para a proteção da liberdade e da democracia encontram-se os assim chamados *remédios* constitucionais em favor do *paciente* ou pessoa, física ou jurídica, isto é do povo, que pode contar com aparelhos (habeas e mandados) eficazes para solidificar uma sociedade baseada em valores humanos, na ética e na legítima atuação do Poder Público.

Referências

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Habeas data: algumas notas de leitura*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DANTAS, Ana Carolina de Araújo. Mandado de injunção: instrumento de controle jurídico da Administração pública à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDA (Nova Dimensão Jurídica), março de 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- LOPES, Cynthia de Araújo Lima. Mandado de injunção como única saída viável para o suprimento das omissões inconstitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. São Paulo: Dialética, fev. 2011.
- MACIEL, Ademar Ferreira. Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança. In *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas, Millenium, 2000, v. 4.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER Jr. Fredie (organizador). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. Atualização WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus (Direito Constitucional e processual comparado)*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. In *Temas de Direito Processual: Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. Mandado de injunção: origem e perspectivas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ (Nova Dimensão Jurídica), novembro de 2012.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

*Walter Siqueira Brito*¹¹⁹

*Matheus Luniere Martins*¹²⁰

1. Direitos Fundamentais do Trabalho

A Constituição Federal de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, traz uma gama de citações referentes ao direito do trabalho, principalmente, mas não somente, nos seus artigos 1.º, IV, onde considera o trabalho um dos seus fundamentos; 6.º, 170 e 193, os quais dispõem:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - *os valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, *o trabalho*, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

119 Advogado e Procurador do Município de Manaus/Am. Legal Law Master em Direito Corporativo - IBMEC/RJ.

120 Advogado. Mestrado em Direito Empresarial pela University of Southern California.

- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - *busca do pleno emprego*;

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Desses mandamentos constitucionais, percebe-se que na verdade há duas vertentes do Direito Constitucional do Trabalho: a) o Direito ao Trabalho e; b) o Direito do Trabalhador, ambos insertos na nossa Carta Magna.

Quanto o direito ao trabalho, não é despicienda lição do Douto José Afonso da Silva, que aduz, *verbis*:

Art. 6.º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7.º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Este, porém, ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho. Assim, no art. 1.º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho, e o art. 193 dispões que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (Art. 1.º, III). E aqui se entroncam o direito individual do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, assim como o direito à relação de emprego (art. 7.º, I) e o seguro-desemprego, que visam, todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos tra-

balhadores. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 31.^a Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 289/290).

Complementando a lição do Ilustre Mestre, pode-se citar também o art. 170, VIII, que literalmente consagra a busca do pleno emprego como uma das bases da ordem econômica brasileira, embora saibamos que este inciso está em total descompasso com a realidade brasileira, sendo, portanto, atualmente, mera ilusão.

O direito ao trabalho enseja algumas consequências além das previstas expressamente, ou seja, não é o direito apenas de o cidadão buscar espaço no mercado de trabalho, mas também de ter o direito, dentre outros, de igualdade no acesso ao qualquer cargo ou tipo de trabalho; à segurança no posto de trabalho, de modo a não ser interrompido injustamente o seu labor; ao de exercer efetivamente a atividade laboral a que lhe foi proposta, sendo proibida a sua inatividade discricionária arbitrária pelo empregador. Quanto a este último aspecto, a jurisprudência vem sendo firme, com interessantes decisões, devendo os empregadores terem bastante cuidado nesse aspecto.

Não se diga que a atual Constituição é pioneira ao elencar o Direito ao Trabalho, outras anteriores igualmente o fizeram, surgindo originalmente na Carta de 1934, em seu artigo 113, n.º 34, seguindo-se da Constituição de 1946, no seu artigo 145, parágrafo único (PAMPLONA FILHO, 2005).

Outrossim, destaque-se a diferença entre o direito ao trabalho e o direito do trabalhadores, como ensina o Insigne Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Não se confunde o direito ao trabalho com os direitos do trabalhador. O direito ao trabalho é o de encontrar atividade produtiva remunerada. O de não ficar desempregado, portanto, sem meios de ganhar licitamente a vida. Não se confunde igualmente o direito ao trabalho com a liberdade de trabalho, ou seja, com a liberdade de escolher a atividade produtiva a que se dedicar; que é vista tradicionalmente como a liberdade de empreender atividade econômica (v. art. 5.º, XIII).

O direito ao trabalho é resposta à gravíssima questão social do desemprego. Esta não data do capitalismo, mas se tornou talvez mais

aguda em razão deste e, sobretudo, da urbanização a ele vinculada. Realmente, esta faz visível o drama da massa desempregada, além de potencializar as suas explosões de descontentamento.” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2.^a Ed. , São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 1, p. 87).

Já os direitos dos trabalhadores, previstos especialmente no artigo 7.º, no plano Constitucional, e na Consolidação da Leis do Trabalho, no campo infraconstitucional, sendo mais do que um fim em si mesmo, visa, se não garantir cabalmente, mas maximizar o direito ao trabalho, agindo, portanto, em duas frentes. Isso porque, como é fácil de notar, entre outros direitos, o artigo 7.º aduz a proteção contra a despedida arbitrária, proteção do mercado da mulher, proteção em face da automação etc.

Corroborando com a tese, vieram diversas normatizações e garantias, como se passa a discutir topicamente a seguir, como as referentes à Emenda 45; o aviso prévio proporcional, a Emenda Constitucional para igualar os direitos dos trabalhadores domésticos e os direitos à privacidade do trabalhador, as quais se crê, são os temas mais agitados pela doutrina atualmente.

2. A competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional 45/2004

A Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário estabeleceu novas competências para a Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito

Inicialmente, nítido que a competência da Justiça do Trabalho deixou de abranger tão somente as relações empregatícias para abarcar todas as relações de trabalho. Antes, apenas as relações envolvendo empregado e empregador poderiam ser apreciadas pela Justiça do Trabalho. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, toda e qualquer relação de trabalho, não mais apenas a relação de emprego, passa a ser de competência da Justiça laboral.

As relações de emprego são aquelas em que existe o vínculo empregatício estabelecido pelo trinômio subordinação, não eventualidade e salário; e para definição de competência da Justiça do Trabalho este era o primeiro aspecto a ser analisado. Se não houvesse vínculo empregatício, não havia competência da Justiça do Trabalho.

A partir de previsão constitucional inserida pela EC 45/2004, para que determinada causa seja apreciada e julgada pela Justiça do Traba-

lho, basta que haja relação de trabalho, mesmo que não haja vínculo empregatício.

Alguns exemplos são notórios, destacando-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. O inciso IV do Enunciado de Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Ou seja, o tomador de serviços não possui vínculo de emprego com o trabalhador contratado pela empresa prestadora de serviços, mas ainda assim, haverá competência da Justiça do Trabalho. Isto porque, o que importa, não é a relação empregatícia, mas sim a relação de trabalho. O empregado da prestadora de serviços trabalha para a tomadora, caracterizando a relação de trabalho, apesar da ausência de relação empregatícia.

Nesse diapasão, importa mencionar alguns conflitos com situações específicas, como os servidores do Poder Público e as relações consumeristas. Apesar de o artigo 114, I da Constituição Federal mencionar os entes de Direito Público o Supremo Tribunal Federal em liminar concedida na ADI 3.395/DF as ações que tenham por partes o Poder Público e servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou comissionado, caracterizando relação institucional de ordem estatutária ou de caráter jurídico administrativo, não são de competência da Justiça do Trabalho.

Igualmente, as relações de trabalho descritas pelo Código Civil em que o serviço seja realizado por pessoa física, envolvendo serviços autônomo, afastadas àquelas em que sejam partes exclusivamente pessoas jurídicas ou em que o contratado prestador de serviços não seja pessoa física, competente a Justiça do Trabalho.

Definindo a questão, Alexandre Nery de Oliveira, no artigo esclarece que:

Quando o objeto da controvérsia, portanto, é o trabalho e não seus resultados em relação ao tomador dos serviços, a competência para a causa é da Justiça do Trabalho, a teor do art. 114, I, da CF. Se o objeto da controvérsia, por outro lado, ainda que decorrente do trabalho é o serviço prestado pelo profissional, em demanda promovida pelo tomador, na qualidade de consumidor; a competência para a causa é da Justiça Comum, porque a discussão não é o trabalho, mas o resultado questionado pelo consumidor.” (A Competência da Justiça do Trabalho Segundo a EC 45/2004, no compêndio *Direito do Trabalho Empresarial*, 2008, MP Editora, São Paulo, página 202)

Dessa forma, se a discussão gira em torno da relação de trabalho e dos direitos do prestador de serviço, pessoa física relativos àquela relação laboral, competente é a Justiça do Trabalho; porém, se o que se discute é o resultado da relação de trabalho ou mesmo o objeto desta, definida está a competência da Justiça Comum, em virtude das características de relação consumerista.

Além do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, os demais incisos também inovam as competências da Justiça do Trabalho.

O inciso II, por exemplo, prevê que é competência da Justiça do Trabalho as discussões envolvendo a abusividade ou não do exercício do direito de greve; devendo ser observado, que o dispositivo não faz distinção entre o setor público e privado, sendo da competência da Justiça do Trabalho tanto uma greve instaurada em empresas privadas, quanto greve instaurada na Administração Pública.

Já o inciso III estabelece que as controvérsias sobre representação sindical são de competência da Justiça do Trabalho. Perceba que não se discute relação de trabalho, mas sim situação relacionada com as relações laborais, logo, muito mais sensato que a Justiça do Trabalho, competente para julgar as relações de trabalho, também possua competência para apreciação e julgamento de causas conexas às relações laborais.

Da mesma forma, o inciso IV determina a competência da Justiça do Trabalho para julgamento de mandados de segurança, “habeas corpus” e “habeas data” que envolvam matéria de competência da Justiça do Trabalho. Importante observar que não obstante à garantia do juízo natural e o devido processo legal, permitindo que o jurisdicionado

tenha seu processo analisado pela jurisdição competente, deverá nos casos elencados na Constituinte, especialmente os dos artigos 102 e 105, o foro privilegiado.

O inciso V aduz que os conflitos de competência envolvendo órgão da Justiça do Trabalho também são de competência desta. No entanto, cabe alertar para as hipóteses em que os conflitos envolvam o TST e outro Tribunal Superior, ou conflitos que envolvam o TST e outro juízo ou tribunal não investido de jurisdição trabalhista, quando a competência do conflito será do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que se tratará não de mero conflito de competência ou jurisdição, mas sim de hierarquia jurisdicional.

O inciso VI estipula a competência da Justiça do Trabalho para as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho. Antigamente, entendia-se que a responsabilidade civil decorrente de conduta que por liame causal gerou dano era assunto de competência da Justiça Comum, ainda que ocorrida no ambiente de trabalho.

No entanto, em virtude da necessidade de avaliar situações específicas do ambiente laborar, como assédio moral ou mesmo doenças ocasionadas pelo esforço das atividades do trabalho, a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações indenizatórias por dano moral ou patrimonial que tiveram sua origem na relação trabalhista.

Apenas a Justiça especializada seria capaz de analisar se determinada conduta, foi inadequada para os padrões do ambiente de trabalho, ou mesmo se o dano atinge o trabalhador no seu direito fundamental ao trabalho. Perceba que o dano moral decorrente da relação de trabalho, nem sempre poderia ser identificado como dano moral em uma relação cível, logo, necessário que a Justiça do Trabalho fosse competente para essa situação, podendo observar melhor as nuances e peculiaridades do ambiente de trabalho.

Outra competência definida pelo artigo 114 da CF/88 é a de apreciação das penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos fiscalizadores do Trabalho, prevista no inciso VII do dispositivo legal. Também, o inciso VIII define que compete à Justiça do Trabalho a execução das contribuições sociais decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho.

Em ambos os casos, a intenção do legislador é englobar na competência da Justiça especializada todas as matérias e possíveis desdobramentos das relações de trabalho. As ações decorrentes de fiscalização, apesar de não serem decorrentes de uma relação laboral individualizada, podem refletir em diversos trabalhadores não fazendo sentido serem discutidos fora da competência da Justiça do Trabalho em razão de haver sido aplicadas pelo Ministério do Trabalho.

Em tempo, em muito delongaria o processo se as contribuições sociais decorrentes das sentenças proferidas na Justiça do Trabalho houvesse de ser executadas na Justiça Comum em razão da competência da pessoa, do ente público responsável pelo recolhimento previdenciário.

Portanto, diante dos exemplos apresentados, o que se conclui é que a competência da Justiça do Trabalho a partir da Emenda Constitucional 45/2004 passou a ser coordenada com os princípios do devido processo legal e do juízo natural, para que não haja interferência de jurisdições externas, mantendo assim a uniformidade de posicionamento tanto na esfera dos litígios individuais ou coletivos, bem como na esfera fiscalizatória e administrativa relacionadas com as relações de trabalho.

3. Da Vedação ao Retrocesso Social e Negociação Coletiva

O princípio da proibição do retrocesso social pode ser conceituado, em uma apertada síntese das várias doutrinas, como a vedação, dos poderes instituídos, de exterminarem, ou mesmo, minimizarem, com base no princípio da segurança jurídica, os direitos fundamentais que significam conquistas sociais da sociedade, mantendo, portanto, a sua estabilidade.

Dessa forma, não pode o legislador ou o magistrado, como intérprete da Lei, diminuir direitos fundamentais, principalmente os sociais, dos cidadãos, e aí estão incluídos, como por exemplo, as cláusulas pétreas.

A esse respeito assim se manifesta o Insigne J. J. Gomes Canotilho:

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las

posteriormente sem alternativas ou compensações <>; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido). (Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 177).

Já a Preclara Ana Paula Barcellos afirma que:

É invalidação da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente. (A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 355).

Esse princípio, embora não tão divulgado na doutrina, é consagrado em nossos Tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal, onde em trecho de judiciosa decisão externou, *ipsis literis*:

É por isso que se concebeu a tese da proibição do retrocesso. A lei [CDC] é ordinária, sim, mas é excepcionalmente qualificada pelo fato de versar, no caso, tanto um direito fundamental [art. 5º, XXXII da CF] quanto um princípio da ordem econômica [art. 170, V da CF]. Ela não pode sequer ser revogada. (RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009, p. 137-143).

Extraída essas bases, a discussão que ora se busca é se as negociações coletivas podem flexibilizar certos direitos trabalhistas, o que em tese iria de encontro ao princípio citado.

Ocioso afirmar que a própria Constituição permite aos sindicatos fazer a negociação coletiva e proteger os direitos dos trabalhadores a eles vinculados, vide o disposto nos seus artigos 7.º, XXVI e 8.º, III e VI.

Entende-se que o princípio da vedação do retrocesso social, como qualquer outro, não é absoluto, e, por conseguinte, deve ser confron-

tado com os demais direitos no caso concreto. Ainda mais, acredita-se que este princípio procura, na verdade, a evitar a retirada total, ou substancial, dos direitos fundamentais consagrados, principalmente os sociais, como já dito.

Com a presença do sindicato, obrigatória que é nas negociações coletivas, imagina-se que tal hipótese não deverá ocorrer, e os direitos sociais estarão devidamente protegidos, mesmo que diminuídos. Isso porque se deve, até mesmo em respeito ao princípio da dignidade humana, evitar a precarização das relações de trabalho, e a diminuição, em até certo ponto, de direitos trabalhistas consagrados, mas sob manto da tutela sindical, e até mesmo judicial, não deverá ter tal conseqüência.

A natureza jurídica da negociação coletiva é um tema com bastante disputa na doutrina, sendo que existem pelos menos 03 correntes (contratualista, normativista e mistas), cada uma com suas respectivas subdivisões, sendo difícil saber qual é a mais adequada, em razão das brilhantes e claras razões que cada uma expõe.

De toda forma, pode-se dizer que a negociação coletiva é uma forma de autocomposição, pois são as partes principais, diretamente envolvidas no problema que irão buscar a sua solução, sendo, nesse aspecto, prescindível se derivada de lei, contrato ou mesmo de ambos.

Como autocomposição, é possível diminuir – não renunciar – a direitos estipulados, tanto por parte dos trabalhadores, como por parte das empresas. Nesse sentido é interessante o Enunciado n. 33 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovado em 23.11.2007, que assevera:

NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITOS. NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA. A negociação coletiva não pode ser utilizada somente como um instrumento para a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado, cabendo ao magistrado a análise da adequação da negociação coletiva realizada quando o trabalhador pleiteia em ação individual a nulidade de cláusula convencional.

Nesse diapasão, já existem cláusulas diminuidoras de certos direitos trabalhistas, como a combinação de horas “*in itinere*”, desde que proporcional à quantidade de horas extras devidamente processuais. Por parte das empresas, veja-se que já existia a questão de aviso prévio proporcional ao tempo trabalhado, estabilidade pela aproximação da aposentadoria etc.

É obrigatório ter em mente que a empresa tem uma função social, mas sem deixar de visar o lucro, pois, em última instância, esse que garante o crescimento e a sustentabilidade dela, com a inegável consequência de mais produção, empregos, tributos e todas as demais consequências. Por isso, deve-se dar proteção e ela na negociação, pois sem ela não haverá empregos, trabalhadores e direitos a serem garantidos.

Dessa forma, conclui-se que é possível o afastamento parcial, nunca total, do princípio da vedação do retrocesso social, desde que se tenham ganhos e perdas para ambos os lados da negociação, de modo a diminuir as desigualdades materiais por ventura existentes.

4. Aviso Prévio Proporcional

O aviso prévio nasceu para o direito do trabalho com o Decreto nº 16.107/1923, isso porque em outras legislações privadas ele já era previsto em certa medida (Artigo 81, do Código Comercial de 1.850 e Art. 1.221, do Código Civil antigo). Atualmente, é regido pelos artigos 487 e 491, da CLT.

Recente alteração, por meio da Lei n.º 12.506/11, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o aviso prévio proporcional.

O aviso prévio foi criado com a intenção de minimizar a brusca ruptura do contrato laboral, podendo a empresa buscar outra pessoa para o lugar ora desocupado e o empregado, demitido sem justa causa, não ficasse desamparado repentinamente, sem a chance de conseguir outra inserção no mercado de trabalho durante o procedimento da sua saída, ou uma indenização maior. Nesse diapasão, importante a lição do Mestre Valentin Carrion, *verbis*:

Os contratos por tempo indeterminado necessitam da comunicação antecipada à parte inocente, para evitar a surpresa da ruptura abrupta. Estão excluídas as três precisas hipóteses de contrato com data prefixada, execução de determinado serviço ou dependente de

acontecimento previsto, com os requisitos de validade do art. 443, § 2º. Há situações concretas em que o contrato, apesar de ser a termo, é prorrogado por conveniência do empregador; em outras, os serviços especificados, por serem complexos, não têm um momento preciso e verdadeiramente previsível; tudo isso leva certos julgados a exigirem aviso prévio, para subtrair o empregado às incertezas correspondentes; trata-se de uma adaptação das necessidades da vida real à teoria. Verdadeiramente, o aviso prévio (Súmula 163 do TST) só se justifica nas contratações a termo incerto se o empregado não tem ciência, mesmo aproximada, do final de seu trabalho. (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 26.ª Edição, Ed. Saraiva, 2000, São Paulo.)

Esse é um belo exemplo do direito ao trabalho exposto na Constituição.

Quando o empregado tem muitos anos “de casa”, colaborando na mesma empresa há vários anos, é natural que enfrente mais dificuldades para conseguir a sua reinserção, seja em virtude da sua idade – é sabido que quanto mais velho mais difícil a colocação de emprego –, seja em razão do já saturado e cada vez mais exigente mercado de trabalho, e muitas empresas oferecem o treinamento adequado somente para a função que o empregado exerce nela, e não poderia ser diferente.

Igualmente, pressupõe-se que o trabalhador que fica mais tempo em uma empresa deve ser um bom colaborador, contribuindo para o crescimento da empresa, e por isso merece sim uma maior proteção. Esse tempo concedido a mais ao trabalhador pode inclusive servir para uma melhor meditação da empresa se vale realmente a pena ficar sem a assistência do trabalhador.

Anteriormente à Lei, o Supremo Tribunal Federal, no bojo dos Mandados de Injunção 369 e 695, já havia decidido dar vazão ao disposto no artigo 7.º, XXI, da Carta Magna, decidindo que a cada ano trabalhado, o empregado teria direito a mais 03 (três) dias de aviso prévio, até o máximo de 60 (sessenta) dias, tendo a Lei apenas acompanhado tal entendimento.

Desse modo, se o trabalhador ficou 10 (dez) anos na empresa, teria direito aos 30 (trinta) dias já normatizados, mais 30 (trinta) dias, sen-

do 03 (três) para cada um dos 10 (dez) anos trabalhados, com os seus respectivos reflexos nas outras parcelas trabalhistas.

Referente à aplicação da Lei, nasceram duas correntes: uma afirmando que ela deve ser aplicada retroativamente, levantada principalmente por sindicatos; e outra afirmando que ela somente deve ser aplicada para os casos ocorridos depois da sua vigência.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do enunciado n.º 441 da súmula da sua jurisprudência, já decidiu:

Súmula-441. Aviso prévio. Proporcionalidade - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

Entretanto, o Superior Tribunal Federal, no mandado de injunção n.º 943, decidiu que o direito retroagiria, mas somente para quem tivesse ingressado com mandado de injunção no STF antes da publicação da referida Lei. Somente eles.

Então, foi pacificada esta questão nos Tribunais Pátrios.

Mister salientar que a lei é aplicável somente para os empregados, não se exigindo o mesmo dever para as empresas. Em outras palavras, os empregados que pedirem demissão não terão que prestar o tempo adicional de aviso prévio.

Até mesmo porque tendo o empregado pedido demissão, obrigá-lo a cumprir o tempo extra legislativo seria um contrassenso, ou até mesmo, em tese, seria considerar um castigo.

Óbvio que este velho novo direito causará maiores despesas para as empresas, mormente as micros e pequenas, que são as que mais empregam no país, e que atualmente verdadeiramente lutam para sobreviver em um país onde são canibalizadas pelos tributos.

Pode inclusive diminuir o mercado formal, ou mesmo as empresas preferirem a contratação por experiência ou por tempo determinado, ao invés do contrato indeterminado diretamente, o qual, por óbvio, garante mais segurança ao empregado.

Por isso, é defensável que a proporcionalidade seja estendida não apenas ao tempo de serviço prestado pelo empregado, mas também contra quem esse direito seja exercido, tendo em vista a função social do trabalho, da empresa e do contrato.

Seria possível, por exemplo, para as micros e pequenas empresas, que o número de dias fosse menor, ou a indenização tivesse outra proporcionalidade.

5. PEC Das Empregadas Domésticas

Este assunto que foi, é e será protagonista dos debates jurídicos por um bom tempo, devido a sua importância no cotidiano das pessoas, bem pela grande quantidade destas afetadas.

Por meio de emenda constitucional, denominada como “PEC das Domésticas”, foram igualados os direitos dos empregados domésticos aos empregados dito “convencionais”, aqueles que trabalham nos setores industriais, de serviços etc.

Nada mais justo, em decorrência do princípio da igualdade, e aqui se vislumbrou a igualdade material, não somente a formal. Contudo, conforme a máxima aristotélica que “a verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais à medida que se desigualem”, e em razão das diversas situações que podem decorrer da convivência dos empregados no ambiente familiar, por muitas vezes morando na mesma casa, devem ser feitas algumas considerações.

Com a promulgação da Emenda Constitucional, os empregados domésticos passam a ter os direitos já garantidos a outros trabalhadores, sendo os mais importantes:

- a. Jornada máxima de 44 horas semanais ou 8 horas diárias de trabalho e o pagamento de horas extras, se ultrapassados quaisquer dos limites acima;
- b. FGTS;
- c. Indenização e seguro-desemprego, em caso de despedida sem justa causa;
- d. Adicional noturno;
- e. Salário-família;

f. Seguro contra acidente de trabalho.

Tais direitos somam-se a outros anteriores. No caso de a empregada ser mulher, por exemplo, deve haver um período de descanso antes da hora extra, bem como há limitação de carregar peso, sendo o máximo de 20 quilos, ou 25, quando esporádico.

Esses direitos passam a valer imediatamente. Embora algumas vezes respeitáveis tenham afirmado que os contratos ajustados antes da PEC deveriam manter o seu conteúdo, é indubitável que os novos direitos passam a valer mesmo nesses contratos.

Isso porque os direitos sociais, e entre eles os trabalhistas, são direitos de ordem pública e irrenunciáveis pelos seus portadores, como visto anteriormente. Então, um contrato privado, salvo raríssimas exceções, não podem violar direitos de ordem pública e irrenunciáveis.

Há um princípio jurídico norte-americano que aduz que um acordo que viole ou impeça a justiça ou a ordem pública é nulo, independente de quantas pessoas queiram o contrário.

Ele se amolda com perfeição no caso em questão.

Todavia, alguns direitos precisarão de regulamentação posterior, como o FGTS, o salário-família, adicional noturno etc.

Cremos que o adicional noturno, para as famílias cujo empregado durma em casa, será o grande complicador, em razão das casuísticas do cotidiano.

Por exemplo: o empregado chega do estudo noturno, e com fome, resolve preparar um jantar para si, o que é comum. Se o empregador dividir essa janta, ou se ele pedir para o empregado fazer um pouco mais de comida para ele também comer, poderá ser considerado trabalho, ou mero favor?

Somente será possível avaliar no caso concreto, ante o número de ocorrências do fato, a pertinência, as particularidades de cada família etc.

Outra dúvida é saber quando há o vínculo empregatício, ou quando a pessoa é apenas diarista.

O artigo 3.º, da CLT, diz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Pela CLT e a doutrina, a principal diferença entre e o empregado doméstico e a diarista reside justamente na não eventualidade. Contudo, entendemos também ser importante ter em mente a forma de pagamento.

Enquanto o empregador doméstico está diariamente na casa da família, o diarista comparece uma ou duas vezes por semana no local, mediante prévia combinação. Contudo, essa quantidade de vezes, por si só, não é garantia da condição de diarista.

Alguns Tribunais Trabalhistas entendem que mesmo que a pessoa compareça somente uma ou duas vezes por semana, mas sempre nos mesmos dias e ajustados muito previamente, ficaria configurado o vínculo. Esse entendimento é minoritário, diga-se de passagem.

Sendo empregado doméstico, atualmente tendo a jornada de trabalho limitada constitucionalmente, como fazer esse controle.

O meio mais cômodo, no nosso entender, é comprar um caderno de folha de ponto, vendidos em qualquer papelaria, e anotar diariamente – redobre-se – diariamente, a entrada e saída do empregado.

Um ponto a ser considerado é que os Tribunais Trabalhistas não aceitam o cartão de ponto britânico, que é aquele que possui todos os horários iguais, tanto de saída como de entrada, geralmente quando o empregado assina todos os dias de uma vez só.

Outro ponto é que esse não é o único meio de controle de jornada, podendo ser feito por câmeras com registro de horário, ou até mesmo por meio de programas sociais, possuidores da função “check-in”, ficando a gosto da família o qual mais lhe convém.

No caso de ser empregada doméstica, feminino, antes da hora extra, deve-se ter um descanso de 15 minutos, nos termos do artigo 384, da CLT, sob pena de se pagar como extra depois.

Outro ponto interessante é que, em tese, não há acúmulo de função para empregados domésticos, mesmo porque não há conceito legal ou regulamentada de algumas das atividades, como babá, lavadora etc. Dessa forma, eles podem assumir diversas funções sem haver diferença no salário.

Porém, é importante deixar esclarecido no contrato de trabalho todas as atividades a serem desempenhadas no serviço, a fim de não haverem dúvidas.

Interessante observar que outros direitos recém conquistados pelos trabalhadores também automaticamente servem para os domésticos, como, por exemplo, o direito a horas extras quando de sobreaviso, e será comum nos casos das babás, que geralmente ficam à noite para cuidar da criança. Nesse caso, ultrapassado a jornada diária de 08 horas diárias, e ainda assim pedir para o empregado ficar de sobreaviso, deve-se pagar 1/3 da hora normal durante o período de sobreaviso, com eventuais adicionais, como o noturno.

Outro ponto bastante discutido é o alusivo à fiscalização.

É sabido que os fiscais do trabalho podem adentrar as empresas para fazer a fiscalização. Entretanto, nos domicílios pessoais a questão é diferente, em virtude do disposto no artigo 5.º, XI, da CF, o qual assevera que somente se pode adentrar na casa do indivíduo, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Assim, caso o fiscal trabalhista queira adentrar a sua residência para fiscalizar eventual denúncia, só o poderá fazer com a autorização do morador ou com o mandado judicial.

Ademais, importante mencionar que o débito com os empregados domésticos pode levar a perda do lar. É que pelo conhecimento popular, a casa única da pessoa seja impenhorável, a Lei abre algumas exceções, e entre estas, encontra-se a exposta no artigo 3.º, I, da Lei n.º 8.009/90:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

Por isso, caso tenha algum débito trabalhista, aconselha-se fortemente a saldá-lo o mais breve possível, lembrando que o acordo sem-

pre é o melhor meio de solucionar os processos judiciais, desde que, claro, seja justo para ambas as partes.

6. A Justiça do Trabalho, Meios Eletrônicos e o Direito à Privacidade

O uso de meios eletrônicos, especialmente, para fins de comunicação dentro do ambiente de trabalho é usual. Tecnologias relativamente recentes vão ganhando espaço e evoluindo a passos largos nos mais diversos ambientes de trabalho. Hoje, correios eletrônicos são muito mais comuns e mais ágeis que o correio convencional. Porém, o email como canal de comunicação trouxe para a esfera do direito laboral alguns conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Os direitos à privacidade, ao sigilo das comunicações e a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos estão garantidos pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos X, XII e LVI respectivamente e tais garantias são irrenunciáveis e inafastáveis.

Abrindo-se parênteses, importa mencionar que a aplicação dos direitos fundamentais no aspecto horizontal, ou seja, entre os particulares, apesar de poucas vezes contrárias, é completamente aceita pela doutrina e a jurisprudência nacional e internacional.

A intimidade relaciona-se com a esfera secreta da pessoa física, conectando-se, entre outros com o sigilo à correspondência e ao sigilo profissional. O sigilo de correspondência envolve o direito de transmitir informações sem a interferência de terceiros, garantindo a comunicação tão somente com os destinatários.

Já a inadmissibilidade de provas ilícitas pode ser de natureza formal, quando a prova é obtida por meio de um procedimento ilícito, ou material, quando a obtenção da prova é realizada através de ato contrário a ordem jurídica, como por exemplo, quando a prova é obtida por violação ao sigilo das comunicações.

Diante da necessidade de respostas rápidas e troca de informações quase que imediatas em qualquer ambiente de trabalho, imperativo a utilização de tecnologias de comunicação. Atualmente, os “e-mails” são indispensáveis para qualquer pessoa, quiçá para troca de informações no ambiente profissional. Assim como a maioria das pessoas físi-

cas possuem um endereço de correio eletrônico, as empresas também se utilizam desta ferramenta para melhor prestação de serviços.

E têm-se entendido que o email pessoal possui natureza diversa do chamado email corporativo. O email pessoal, como o nome já diz, é para fins privativos do seu possuidor, qual seja o indivíduo, possuidor da conta de email. Já o email corporativo é fornecido pela empresa e possui a natureza de ferramenta de trabalho a ser utilizada no exercício das funções laborais.

Conflitos surgiram acerca da utilização do email pessoal no ambiente de trabalho; ou da utilização do email corporativo para fins pessoais. Alguns entendiam como violação aos direitos de privacidade e ao sigilo de correspondência a proibição e a fiscalização dos emails por parte dos empregadores, quando os empregados os utilizavam para fins pessoais no ambiente de trabalho.

Muitos empregadores decidiram pela proibição do acesso aos emails pessoais no ambiente de trabalho e outros além da proibição, decidiram pela fiscalização dos emails corporativos fornecidos pelo empregador. Claramente, havia conflito entre direitos fundamentais à privacidade, ao sigilo das comunicações perante o exercício do poder diretivo do empregador.

Relevante manifestação do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu diretrizes para solução da questão:

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (-e-mail- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado -e-mail- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta,

pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o -e-mail- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (RR - 61300-23.2000.5.10.0013 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2005)

Dessa forma, o Tribunal Superior do Trabalho entende que o email pessoal, efetivamente goza de proteção das garantias constitucionais mencionadas, vez que possui provedor próprio e destina-se ao uso pessoal do empregado.

No entanto, o email corporativo possui natureza de ferramenta de trabalho. Não se trata de mera comodidade do empregado, mas sim de instrumento para melhor desempenho das suas funções laborais. O acórdão clarifica que o próprio fornecimento do computador, do provedor de email e do endereço eletrônico determina a natureza de ferramenta de trabalho para utilização de cunho estritamente profissional.

No conflito de direitos fundamentais com o poder diretivo do empregador, o princípio da proporcionalidade exerce importante função para estabelecer limites à aplicação destes, que não são excludentes entre si. Se o email corporativo é entendido como ferramenta de trabalho esta pode ser fiscalizada pelo empregador a qualquer tempo e de qualquer forma, sem levar em consideração os direitos de sigilo das informações transmitidas pelo empregado?

Por meio do princípio da proporcionalidade, evidente que critérios objetivos mínimos devem ser estabelecidos, tais como a informação pelo empregador ao empregado de que o email corporativo deverá ser utilizado exclusivamente para fins profissionais; a utilização razoável da ferramenta de trabalho e a devida atenção com o conteúdo transmitido por meio do email corporativo.

Para melhor ilustrar, quando o empregador fornece ao empregado um veículo para utilização no cotidiano laboral, o empregador tem o direito de fiscalizar a utilização do mesmo, pois, afinal, possui responsabilidade subsidiária do seu preposto quanto à utilização da ferramenta de trabalho. Se um vendedor em veículo próprio de determinada empresa causa um acidente, existe a possibilidade de o empregador responder pelos danos ocasionados, logo, nada mais justo que a empresa possa fiscalizar o veículo, realizar as manutenções devidas e verificar se o veículo está sendo bem ou mal utilizado por aquele empregado.

Igualmente se dá com o email corporativo. Este é apenas mais uma ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador para que o empre-

gado desempenhe corretamente as suas funções. O empregador poderá fiscalizar e verificar a utilização da ferramenta de trabalho por ele fornecida para que o empregado continue desenvolvendo corretamente as suas tarefas.

Se um empregado que utiliza veículo fornecido pela empresa apresenta discrepância na quilometragem diária, lícito é ao empregador verificar a razão do aumento ou diminuição do tráfego daquele veículo; se aumentou, pode ser que o empregado tenha ido a lugares indevidos; se diminuiu, pode ser que o empregado tenha deixado de ir aonde deveria. Com o email corporativo não é diferente, se o empregado enviou mais mensagens que o normal, para destinatários externos não relacionados com o trabalho, lícito é ao empregador questionar e verificar qual a razão da ocorrência, tendo em vista que se trata do poder diretivo na manutenção do melhor funcionamento da empresa.

Desta forma, não há ilicitude alguma em provas obtidas a partir de verificação de email corporativo, uma vez que não há violação do sigilo de correspondência, nem da privacidade de empregados, pois, os emails corporativos são ferramentas de trabalho fornecidas pelo empregador para a efetiva realização das tarefas laborais e como tal podem ser objeto de verificação por parte do empregador.

Importa mencionar ainda que, os controles e verificação por parte do empregador dos emails corporativos não podem ser arbitrários nem omitidos, devendo restar claro as regras em que se dará a utilização da ferramenta de trabalho. Ademais, o trabalhador deverá utilizar o email corporativo de maneira racional, evitando excessos e abusos, como com qualquer outra ferramenta de trabalho.

O ilustre Mário Paiva afirma que devem ser estabelecidas “condições para o uso racional do e-mail por parte do trabalhador e condições de acesso ao seu conteúdo por parte do empresário.” (Poder Diretivo do Empregador Versus Privacidade do Trabalhador no Ambiente Virtual, publicado no livro *Direito do Trabalho Empresarial*, 2008, MP Editora, São Paulo, página 72).

Sem dúvida que o princípio da proporcionalidade deverá ser aplicado caso a caso, não sendo direito absoluto à verificação das mensagens enviadas via email corporativo, como também, não é absoluto o

direito de sigilo e privacidade do empregado quando da utilização da ferramenta de trabalho.

Interessante a posição do autor já mencionado, quando explica a utilização social do email. Ora, assim como todos os outros meios de comunicação, o email será utilizado ainda que esporadicamente, para fins pessoais; uma ligação do telefone da empresa para contatar a família não perfaz má utilização da ferramenta de trabalho; da mesma forma, o envio eventual de comunicações de cunho pessoal, que não atentem contra os valores e imagem do empregador não configuram utilização indevida da ferramenta de trabalho.

Portanto, no intuito de agregar os valores constitucionais e a utilização adequada de tecnologias como ferramenta de trabalho, certo de que a legislação sempre estará um passo atrás do desenvolvimento social, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade para que seja possível adequar os benefícios, tanto de empregadores, como de empregados, respeitados os seus direitos e garantias.

Conclusão

Não obstante haja ainda em sede doutrinária e jurisprudencial muita discussão sobre os direitos do trabalho, principalmente em questões alusivas a flexibilização dos direitos, negociação coletiva etc., é certo que houve avanços largos, e pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, devem continuar, até mesmo para se buscar o valor do trabalho estatuído constitucionalmente, dignificando a pessoa humana e contribuindo para o crescimento do país.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 31.^a Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 289/290.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 355.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. 30.^a ed. São Paulo: LTr.

BRASIL. Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 351750, Relator(a): Min. Marco Aurélio de Mello, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009, p. 137-14.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2005.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 26.ª Edição, Ed. Saraiva, 2000, São Paulo.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 177.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2.ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 1, p. 87.

NERY DE OLIVEIRA, Alexandre. A Competência da Justiça do Trabalho Segundo a EC 45/2004, in *Direito do Trabalho Empresarial*, 2008, MP Editora, São Paulo, página 202.

PAIVA, Mário. Poder Diretivo do Empregador Versus Privacidade do Trabalhador no Ambiente Virtual, in *Direito do Trabalho Empresarial*, 2008, MP Editora, São Paulo, página 72.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito ao Trabalho, in *Direitos Constitucionais*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 354.

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ALUSIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Cynthia de Araújo Lima*¹²¹

1. Introdução

Nos dias que correm, um sem número de demandas aportam no Poder Judiciário, clamando pela concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 que, indubitavelmente, ampliou os direitos do cidadão e o acesso à justiça. O Judiciário, assim, tem sido instado a exercer um controle cada vez maior do ato administrativo, em sua substância, que não apenas o controle formal de legalidade, como até então ocorria. Esta nova forma de controle gera, como consequência inevitável, a redução da discricionariedade do administrador, mormente em tema de políticas públicas, as quais cumpre o Poder Executivo implementar. Sucede, então, que a ampla arena de que dispunha o administrador para agir, no exercício da competência discricionária administrativa, foi severamente reduzida, tendo que se amoldar a novos paradigmas, de modo que os atos de governo não podem mais resultar de escolha unipessoal do administrador, devendo consubstanciar decisões politicamente informadas, com vistas a expressar os valores constitucionais a serem materializados.

O mesmo se dá com os atos emanados do Poder Legislativo, em virtude do constitucionalismo democrático haver depositado, no Judiciário, a importante tarefa de exercer a jurisdição sobre a constitucionalidade das leis, fazendo emergir com isso o fenômeno da judicialização da política. Consiste este fenômeno no reconhecimento, por juízes e tribunais, de novos direitos apreçados no texto constitucional que despontou em 1988, bem como no suprimento das omissões oriun-

121 Formada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Juíza Federal. Professora da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

das do Legislativo, na medida em que as soluções das demandas não podem aguardar o moroso processo de elaboração das leis, para obter as respostas aos novos conflitos sociais e econômicos, veiculados por milhares de demandas individuais e coletivas.

Neste esteio, deve ser enaltecido que a formulação das políticas públicas, que consubstancia verdadeira atividade política, emanada dos poderes Legislativo e Executivo, deve guardar absoluta sintonia com a Constituição, cabendo ao Judiciário, desde que provocado a tanto, analisar a compatibilidade dos atos de governo com a tábua de valores e direitos fundamentais consagrados pela Constituição. É dizer, verificar a sua constitucionalidade, cabendo ao Judiciário controlar as políticas públicas porque elas expressam direitos, tendo, entretanto, presente o desafio de compatibilizar recursos financeiros limitados com inegotáveis demandas sociais.

Cediço que os direitos sociais, ou seja, os direitos atinentes à educação pública, à saúde pública, à moradia, a assistência social, à previdência social, à fruição de bens culturais, o direito ao trabalho, a um meio ambiente sadio, apenas para citar alguns, dependem, para tornarem-se eficazes, da atuação do Executivo e do Legislativo, de prestações a serem por estes viabilizadas, não sendo passível de dúvida que as políticas públicas acham-se visceralmente ligadas à realização desses direitos considerados, pelo constituinte de 1988, como condição para uma vida digna, valendo a lembrança de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como posto no art. 1º, III, da Constituição Federal e que a democracia acha-se vinculada à implementação de direitos sociais e, em conseqüência, às políticas públicas.

O que tem ocorrido com enorme freqüência, é o desencontro entre a enunciação constitucional dos direitos sociais e as possibilidades de sua concretização pelo Estado, em face da insuficiência de recursos orçamentários para atender aos direitos preconizados na Constituição. Na realidade, o Estado se ressentido da falta de recursos para efetivar a todos os direitos previstos na Constituição Federal, de modo que o problema reside na não realização de direitos constitucionalmente previstos, mormente o direito relativo à saúde, como autêntico direito fundamental social.

Não pode ser deslembado, entretanto, que há direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de natureza programática, que dependem de prévia avaliação do Legislativo e do Executivo, preservando o debate democrático que deve existir entre os poderes do Estado.

2. Delimitação conceitual de políticas públicas

As políticas públicas são os mecanismos que possibilitam a fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais, previstos na Constituição Federal ou, ainda, em outros diplomas normativos editados pelos entes federativos, ou por quem a lei outorgar competência para tal. São metas e programas traçados com vistas a orientar a ação governamental e a alocação de recursos públicos para o cumprimento dos desígnios traçados pelo legislador constituinte ou pelo legislador ordinário.

Política pública é, portanto, o norte, a bússola a guiar a atividade do governante rumo à realização dos direitos consubstanciados no texto constitucional ou em outros textos normativos. Desta senda, não pode o administrador público afastar-se, e mais, este norte deve ser traçado segundo os ditames da Constituição, de modo que qualquer desvio de rumo, ou, mesmo omissão, sujeita-se à correção ou supressão pelo Judiciário.

3. As políticas públicas no contexto do neoconstitucionalismo

Superado o Estado Absolutista em que o poder político tinha como única fonte o Rei, cujo arbítrio justificava-se na origem divina, surgiu, com a Revolução Francesa, uma nova forma de poder político que propiciou a ascensão da burguesia, passando a imperar a concepção de que o poder residia no povo e consubstanciava-se na lei, de caráter geral e abstrato, sendo que somente esta poderia veicular restrições à liberdade e à propriedade do cidadão. Em 26 de agosto de 1789, surge como marco importantíssimo na evolução do pensamento jurídico da humanidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O poder estatal passa a ser limitado pelas leis, regularmente editadas pelo Parlamento, de modo que o Estado Absoluto perde a primazia, passando a vigorar o Estado de Direito.

Com o passar do tempo, podem ser notadas importantes transformações no Estado de Direito. Inicialmente marcado pela supremacia da lei, a partir de meados do século XX, este Estado de Direito passa a ser governado pela Constituição, fazendo surgir, então o Estado Constitucional, onde a Constituição é guindada à posição de centralidade no sistema.¹²²

Esta evolução é muito bem delineada por Antonio-Enrique Perez Luño, que aponta três características do Estado Constitucional: a) o deslocamento da primazia da lei ao prevalectimento da Constituição; b) a transferência da reserva da lei para a reserva da Constituição; c) o direcionamento do controle judicial de legalidade para o controle judicial de constitucionalidade.¹²³

É dentro deste contexto, denominado neoconstitucionalismo, que se esboça a preocupação com a elaboração e execução das políticas públicas, dado que muitas delas radicam diretamente do texto constitucional e outras reclamam atuação do legislador infra-constitucional ou um agir do administrador público.

4. O controle jurisdicional de políticas públicas a par dos controles social e político

Essencial ao tema políticas públicas é o controle que delas se deva fazer. Controle não apenas da decisão da política a ser adotada, como de sua execução e aferição de resultados. Conquanto não deixe de ser questão de natureza política, eis que vinculada às opções do Estado,

122 Este momento histórico é captado por Marcus Aurélio de Freitas Barros, que assim o descreve: “Trocando em miúdos, a Constituição é colocada num altar sagrado, acima do ordenamento, diante da superioridade de suas normas. Este altar, contudo, não é local de simples e mera contemplação. Não se esqueça que a Lei Maior se encontra acima, mas também no centro desta mesma ordem jurídica, irradiando seus valores e diretrizes por várias áreas alcançadas pelos domínios do Direito, em especial àquelas necessárias à concretização dos direitos fundamentais, que integram o núcleo normativo que deve ser especialmente privilegiado no contexto da Constituição. Dessa forma, a centralidade da Constituição no sistema jurídico permite que as normas constitucionais (inclusive as que estabelecem parâmetros normativos para as políticas públicas) se irradiem por todos os domínios alcançados pelo sistema jurídico, de modo até a limitar o cenário político. Gera-se, pois, o fenómeno da constitucionalização do Direito, com a ressalva de que, em alguma medida, os sistemas social, econômico, político etc., também são alcançados pela enorme extensão do constitucionalismo.”(BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 49).

123 LUÑO, Antonio Enrique Perez. *La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, maio, 2002, p. 61.

uma vez previstas na Constituição, sustentou-se, por muito tempo, sua impermeabilidade a qualquer controle, bastando o argumento de tratar-se de uma questão política e enquanto tal somente cognoscível pelos políticos, nada tendo a ver com o Judiciário, eis que qualquer apreciação desta resvalaria em intromissão indébita deste no espaço reservado à política.

Esta ideia, entretanto, restou completamente superada com a concepção, inaugurada a partir do neoconstitucionalismo, ou do Estado constitucional contemporâneo, de que a Constituição encarna o papel principal na arena política irradiando seus efeitos em todos os espaços do ordenamento jurídico, como uma maestrina que rege uma grande orquestra, ditando o ritmo e o compasso das execuções musicais.

Nesse andar, é absolutamente coerente afirmar que o controle jurisdicional é da essência das políticas públicas, eis que ligadas essas à efetividade de direitos fundamentais o que por si já seria suficiente para autorizar o controle jurisdicional, dado o princípio da inafastabilidade, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída à apreciação judicial. Um traço característico das políticas públicas é o de que não se implantam ou se executam em um átimo, mas ao longo do tempo, às vezes, de anos, progressivamente, numa interminável sequência.

Fiscalizar as políticas públicas é, por conseguinte, missão inarredável do Judiciário, que não pode a ela furtar-se sob o débil argumento de que se trata de uma questão política, e como tal fora do alcance de juízes e tribunais.

Ao Poder Judiciário tem aportado um número crescente de demandas provenientes da sociedade civil, das minorias políticas, de organizações e movimentos sociais, de cidadãos, reivindicando direitos, questionando decisões políticas, reclamando de omissões ou de atos abusivos praticados pela administração pública e mesmo por particulares, por corporações etc. contra leis consideradas injustas ou inconstitucionais, de modo que o órgão jurisdicional se vê premido a dar as respostas que a sociedade exige. Este fenômeno é decorrente da própria sociedade contemporânea que se caracteriza por uma maior conscientização de direitos, que conduz ao fenômeno da judicialização da política.

Necessário, entretanto, fixar limites ao controle, que não pode equivaler a uma devassa nos atos que consubstanciam política pública. Deve cingir-se aos parâmetros constitucionais, não podendo deles desbordar, visto que há um espaço para a tomada de decisões majoritárias.

O controle jurisdicional das políticas pública deve ser realizado na arena da jurisdição constitucional, mediante o controle concentrado de constitucionalidade ou da tutela coletiva, já que essas modalidades de tutela portam a virtude de serem vinculantes para toda a coletividade, não ficando restritas, portanto, à esfera individual.

O controle social, a outro tanto, é aquele desenvolvido pela própria sociedade, através de mecanismos que ensejam a participação da coletividade, de organizações sociais, por meio de iniciativas, como o orçamento participativo ou pela formação de conselhos de políticas públicas, que são incumbidos da formulação, acompanhamento e avaliação dos resultados das políticas de governo, promovendo uma gestão compartilhada dessas políticas, dentro de um novo modelo de governança.

O Min. Ricardo Lewandowski, em prefácio à obra de Sabbag (2007, p. XII), afirma mostrar-se urgente que a sociedade participe das escolhas orçamentárias e protagonize o processo de planejamento, pois a extraordinária concentração de poder no executivo soma-se a subalteridade do parlamento e ambas produzem, no meio de formas e aparências, déficit democrático sem precedentes.¹²⁴

Quanto ao controle político, é este exercido pelo conduto da democracia participativa. De se mencionar, entretanto, que comunga desta mesma natureza o controle exercido pelos juízes e tribunais acerca das políticas públicas.

Ressai sobranceira a constatação de que os aludidos controles podem e devem ser exercidos simultaneamente e sua eficácia contribui enormemente para o fortalecimento do regime democrático, não sendo de se olvidar, entretanto, que compete ao Judiciário, com absoluta preeminência, a função de custodiar a integridade da ordem jurídica, missão que lhe foi cometida pela própria Constituição Federal.

124 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

5. Objeções doutrinárias ao controle jurisdicional de políticas públicas

A primeira objeção que se coloca ao controle jurisdicional de políticas públicas é o princípio da separação de poderes. Apregoa-se que o Judiciário não pode intrometer-se nas escolhas ou opções realizadas pelo legislador ou pelo administrador público.

Cumpre advertir, a este propósito, que a expressão separação de poderes não é a que melhor expressa a organização do Estado, dado que o poder estatal é uno e indivisível. Daí ser mais apropriado falar em separação de funções e não de poderes. Nesse diapasão, pode-se afirmar que o poder estatal é um só, consubstanciado na Constituição.

Urge, pois, que se compreenda o princípio da separação dos poderes, em sua dimensão contemporânea, não como um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, com um Judiciário comprometido com o princípio da prevalência da Constituição e com seu sistema de valores, máxime no que diz com a garantia da realização dos direitos fundamentais e com os ideais de justiça.

A discricionariedade administrativa é outro obstáculo que se costuma erigir à efetivação do controle de políticas pública pelos juízes e tribunais. Sucede que o espaço reservado à discricionariedade do administrador vem se reduzindo dia a dia. A intocabilidade do mérito do ato administrativo deixou de ser um dogma para se tornar possível a aferição dos motivos do ato ou de sua avaliação quanto à adequação às finalidades proclamadas pelo legislador, bem como e, especialmente, aos princípios constitucionais, permitindo a aferição - e isso desde há muito - , de eventual desvio de finalidade ou de poder. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade podem fornecer as balizas para este controle.

Desta arte, o argumento da discricionariedade administrativa não deve ser posto como um escudo à apreciação judicial do ato administrativo, de modo que o Judiciário pode controlar políticas públicas, não apenas sob o aspecto da mera legalidade formal, mas, sobretudo, no que diz respeito a sua conformação aos desígnios constitucionais.

6. O controle de políticas públicas através das ações constitucionais

Pelas razões expostas a montante, é possível vislumbrar a profunda ligação existente entre política pública e efetividade dos direitos sociais constitucionalmente proclamados.

Sucedem que muitas das políticas previstas na Constituição não são implementadas pelo administrador público, ou o são de modo insatisfatório, configurando omissão inconstitucional, que pode ser total, no caso de completa ausência da política pública determinada, ou parcial, na hipótese de política pública insuficiente.

Em quaisquer dessas situações, é possível ao Judiciário intervir, com vistas a assegurar a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos, podendo fazê-lo mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade, o que pode ser viabilizado através das ações coletivas, previstas, principalmente, na Constituição Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular, o mandado de injunção e a ação civil pública,¹²⁵ esta como via processual adequada para exigir-se a implementação de políticas públicas, não apenas em face de sua eficácia *erga omnes*, eis que poderá alcançar toda a comunidade envolvida mas, sobretudo, por viabilizar a adoção de providências pelo Executivo, com vistas a assegurar direitos constitucionais, tornando-se importante instrumento para a efetivação de direitos difusos e coletivos, podendo, outrossim, conhecer de questões ligadas ao orçamento público.

Todas essas ações acham-se vinculadas à denominada litigância de interesse público, que são ações voltadas à defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, coletivos, difusos, podendo envolver, obviamente, o controle de constitucionalidade das leis e afirmação de direitos em face da Constituição Federal. Ostentam essas demandas duas características básicas: i) legitimação por entes coletivos, como associações, sindicatos, entidades de classe e Ministério Público; ii)

125 Gustavo Amaral adota o entendimento segundo o qual o debate na arena coletiva tem a vantagem de evidenciar a duplicidade da escolha: decidir quem atender é um lado da mesma moeda que tem, do outro lado, o vulto de quem não será atendido. (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179).

criação de um sistema processual apto a tutelar direitos sociais, difusos e coletivos.

7. A questão dos custos das políticas públicas, da escassez de recursos e a necessidade inarredável do controle orçamentário previsto na Constituição

Não há falar em controle de políticas públicas, seja ele de que natureza for, desprezando a importância dos custos dos programas e ações governamentais e esses custos devem ser previstos nas leis orçamentárias, a que já se fez menção alhures, de modo que toda a política pública deve estar consubstanciada no orçamento, por determinação emanada do próprio texto constitucional.¹²⁶ A aferição dos custos permite trazer maiores critérios de cunho objetivo às trágicas escolhas públicas em relação ao direito. Ou seja, permite escolher melhor onde se gastarão os insuficientes recursos públicos.¹²⁷

Chamando a atenção para o problema crucial do orçamento, em tema de política pública, Clémerson Cléve observa, com absoluta propriedade, que,

É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos ao mesmo tempo: meio ambiente, proteção aos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver de uma vez um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas públicas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

126 Este entendimento é perfilhado por Inês Virgínia Prado Soares, nos seguintes termos: “A verificação do cumprimento das prestações estatais pelo controle da execução orçamentária é inerente ao Estado de Direito. A exigência pela sociedade, do cumprimento das prestações estatais sociais a partir da previsão de gastos estampada na lei orçamentária, com a possibilidade de provocação dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, é inerente ao Estado Democrático de Direito.” (SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei nº 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 471-472.

127 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro, 2005, p. 205.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional implementar políticas públicas realistas.¹²⁸

Não basta, como bem adverte o autor, pensar em realização de direitos desconsiderando o problema escassez de recursos, ou seja, fazendo de conta que este não existe. O aplicador do direito não dispõe de uma varinha mágica para fazer da escassez abundância, da pobreza riqueza.¹²⁹ O certo é que as necessidades são infinitas e os recursos bastante limitados, como no caso de países emergentes como o Brasil.

128 CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 36.

129 Gustavo Amaral esboça profunda preocupação com o entendimento que respalda decisões judiciais que desconsideram o grave problema da escassez de recursos: “O resultado desta visão tem sido tornar o Judiciário o alocador de recursos públicos no campo dos remédios, tornar a compra emergencial e sem licitação rotina e, ao final, não haver um critério de medição de resultados. Será que mais vidas foram salvas com o provimento judicial sendo critério majoritário de alocação de recursos na saúde? Ou será que o ‘custo’ medido em vidas dos financiadores ocultos das decisões alocativas tomadas nas lides, aqueles que deixaram de receber o órgão, deixaram de ter acesso à política pública que seria desenvolvida com a verba realocada é mais elevado que o benefício? Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas com fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, d.m.v., tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também, a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da ‘indústria de liminares de medicamento’: nenhum. Isto pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do desvão a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos. Nelson Rodrigues disse certa vez que ‘o subdesenvolvimento não se improvisa’. O processo civilizatório e a superação do patrimonialismo também não.” (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141).

O sonho dourado da realização de todos os direitos previstos na Constituição Federal não pode ser amparado apenas pelo discurso jurídico. Necessita de uma economia forte que lhe dê sustentação, necessita de leis orçamentárias que, efetivamente, vinculem o administrador, dado que estas constituem importante instrumento para realização de direitos de índole constitucional.¹³⁰

O orçamento público é o *locus*, por excelência, das escolhas públicas. Consubstancia o planejamento da ação governamental, suas diretrizes, planos e metas, que devem ser elaborados em compasso com os ditames constitucionais, não podendo destes se distanciar. A Constituição Federal estabeleceu um modelo de planejamento que contempla decisiva participação do Legislativo, vinculando-o estreitamente aos seus escopos.

É necessário, contudo, muito mais. Muitas tensões atinentes à problemática das políticas públicas e da escassez de recursos, poderiam ser aliviadas ou significativamente minoradas, se houvesse participação popular na elaboração orçamentária e, de conseguinte, nas escolhas financeiras, pois não se pode deixar de ter presente, que levar os direitos a sério é também levar a escassez a sério.¹³¹

As leis orçamentárias previstas no art. 165, da CF – lei de diretrizes orçamentárias, plano plurianual e orçamento anual - , materializam o planejamento governamental a curto, médio e longo prazo, permi-

130 É de Clémerson Cléve, outrossim, a seguinte ponderação alusiva à angustiante problemática do controle orçamentário: “Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário etc.). Por isso é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos”. (Ob. cit. p. 37).

131 HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999., p. 94.

tindo, assim, a implementação das políticas públicas. Essas três leis devem guardar absoluta sintonia, de modo que a realização de despesas anual seja compatível com o plano plurianual, para que haja uma cadência entre as ações previstas nesses três instrumentos legislativos. Procura-se evitar com isso, o desperdício de recursos públicos, as opções subjetivas dos administradores, gastos públicos imprevisíveis, enfim, eventuais desvios de finalidade com o manejo de recursos públicos, de modo que as ações do administrador público estejam voltadas para a promoção do desenvolvimento econômico e social, com transparência e racionalidade.¹³²

Imperioso consentir com a crítica contundente formulada por Gustavo Amaral, acerca do modo como os orçamentos públicos são elaborados e executados, sem que se lhe dê a importância que merece, diz o doutrinador, que orçamento não se pode entender apenas o processo formal de aprovação de leis orçamentárias, sendo que o que precisa ser resgatado é o processo de escolhas públicas. A par disso, sustenta que também é preciso definir protocolos médicos, definir montantes de recursos a destinar, escolher prioridades por critérios públicos.¹³³

8. É possível falar em um direito subjetivo individual à implementação de políticas públicas?

Tendo ficado assentada a justiciabilidade das políticas públicas atinentes aos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, através das ações constitucionais, resta saber se cabe ao indivíduo exigir do Estado a implementação de determinada política pública em seu prol, diante da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, consoante prescreve o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, se há direito subjetivo individual à implementação de uma determinada política pública.

132 Helio Messala assertoa, com propriedade, que “o orçamento anual é o instrumento que sintetiza as políticas públicas e apresenta a escolha dos representantes do povo dentre as diversas possibilidades de investimento da receita pública. É através desse instrumento normativo que a desnutrição, a saúde, a educação e o meio ambiente podem receber verbas imprescindíveis à prevenção e solução de problemas drasticamente gravosos à sociedade.” (GOMES, Hélio Messala Lima. *Despesa pública: princípios constitucionais*. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 39)

133 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

Absolutamente aceitável, neste particular, a lição de Fábio Konder Comparato, para quem uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos reside no fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. Sustenta que, salvo em raras hipóteses, o ordenamento não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.¹³⁴

Com alguma diferença, a percepção de Ingo Wolfgang Sarlet, que entende que a previsão constitucional investe o indivíduo do direito subjetivo de reclamar do Estado apenas algumas prestações sociais. Nesta linha de idéias, afirma que a maior parte das normas definidoras de direitos fundamentais a prestações estão contidas em dispositivos que, pela sua formulação, melhor se enquadram na categoria das normas de cunho programático já que, de regra, limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordem de legislar. Basta, neste contexto, que se lance um breve olhar sobre o rol dos direitos a prestações, inclusive os constantes fora do Catálogo, como, por exemplo, dão conta o art. 6º e 7º, incs. II, III, IV, X, XII e XIV, bem como os arts. 194, 196 e 215, todos da nossa Constituição. Ainda que se pudessem partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão “direito” (art. 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...” ou no art. 7º, *caput*: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...”), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática dela decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular. Prossegue, asseverando que não é pelo fato de o art. 6º da CF referir expressamente a um direito ao trabalho, que se pode simplesmente extrair conseqüências de que o particular cabe o poder de reclamar judicialmente

134 COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo (coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

que lhe seja concedido um emprego. De forma semelhante, poder-se-á argumentar relativamente à participação do trabalhador nos lucros da empresa (direito fundamental social do trabalhador nos termos do art. 7º, inc. XI, da CF).¹³⁵

Colhe-se dessas reflexões doutrinárias, que não é possível extrair, diretamente, da previsão constitucional de todos direitos fundamentais sociais direito subjetivo individual à realização de políticas públicas. Esta relação entre política pública, direito fundamental e direito subjetivo nem sempre é direta e imediata, pois que há direitos sociais que demandam legislação concretizadora. Viveríamos em um éden, se todos os direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos, ou não, na Constituição – note-se que é possível que outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e nos tratados internacionais, subscritos pelo Brasil, consoante prevê o art. 5º, § 2º, da CF, integrem a constelação de direitos humanos fundamentais – pudessem ser fruídos por toda a comunidade nacional que deles necessitasse, teríamos conseguido uma fantástica proeza que nunca foi alcançada por nenhuma nação em toda a história da humanidade.

Infelizmente, a Constituição não tem o condão de resolver todos os problemas nacionais, porque eles são complexos demais para serem resolvidos apenas pela aplicação da norma jurídica.

É preciso recordar que não se endossa a tese da ineficácia dos direitos fundamentais, ou de que o legislador e o administrador não estejam a eles vinculados, mas sim, que não há uma relação direta e imediata entre direitos fundamentais sociais e direitos subjetivos plenamente eficazes.¹³⁶

135 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 300.

136 Igual percepção do tema é revelada por Marcus Aurélio de Freitas Barros: “O que se deve remarcar como importante é a informação de que antes de implementada, ou seja, antes de ultimadas todas as providências, as políticas públicas não geram, em princípio, direitos públicos subjetivos individuais. Daí se pensar numa fiscalização, de âmbito coletivo, da atividade em si e não na proteção de direitos individuais porventura violados. Não se deve confundir, pois, os direitos fundamentais consagrados abstratamente (ex: direito à educação), as políticas públicas e os direitos subjetivos. Nem sempre direitos fundamentais geram direitos subjetivos imediatos. As *policies*, como já dito, são mecanismos (instrumentos) para a efetivação de direitos fundamentais, em especial os sociais, econômicos e culturais. Tais direitos, muitas vezes, geram apenas imposições no sentido de que sejam desenvolvidas políticas públicas para sua efetivação, sem daí decorrer qualquer direito subjetivo imediato (ex: direito à moradia).O

As políticas públicas, não é demais lembrar, são de implantação gradual e estão sempre ligadas ao desenvolvimento econômico e social de uma nação. Sua realização demanda a elaboração de legislação concretizadora, não sendo suficiente a previsão constitucional genérica para lhes garantir aplicabilidade plena e imediata, dado que invariavelmente envolvem gastos de recursos públicos.

Recorre-se, uma vez mais, aos argumentos de Clémerson Clève, para amparar o entendimento ora adotado acerca da impossibilidade fática e jurídica de aplicação imediata de todo o universo de direitos sociais previstos na Constituição. Para o autor, há direitos previstos na Constituição que são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão de receita.¹³⁷

A Constituição Federal, em linha de princípio, confere aos poderes Legislativo e Executivo a missão de elaborar e executar políticas públicas para realização de direitos prestacionais de cunho social cujas escolhas alocativas materializam-se no orçamento público, que é decorrente, como cediço, de deliberações majoritárias dos órgãos legislativo e executivo. Há, portanto, direitos fundamentais sociais consagrados em normas constitucionais programáticas, que não geram direito sub-

que se está a advogar é que a perspectiva do acompanhamento das políticas públicas demanda, em princípio, ação coletiva e não individual. Fiscaliza-se atividade direcionada a uma finalidade definida normativamente, bem como se todo o processamento está de acordo com os fins e os parâmetros definidos em normas jurídicas. Na verdade, o *iter* procedimental ou a ausência deste (omissão), que são controlados, não a violação de direitos subjetivos individuais. Nem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88) refuta tal idéia. Esta norma não é mais que um mandamento de otimização, exigindo que seja prestigiada apenas a máxima eficácia possível, até diante da enorme escassez de recursos para fazer frente a todas as políticas públicas, bem como ante os insuficientes parâmetros normativos para uma concretização individual de muitos direitos." (BARRROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 85

137 CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 32.

jetivo à imediata implementação, pelo Poder Judiciário, devendo ser objeto de uma política pública específica a ser elaborada pelos outros poderes.

9. Conclusões

O Judiciário tem sido instado a exercer um controle cada vez maior do ato administrativo, em sua substância, que não apenas o controle formal de legalidade, como até então ocorria. Esta nova forma de controle gera, como consequência inevitável, a redução da discricionariedade do administrador, máxime em tema de políticas públicas, as quais cumpre o Poder Executivo implementar.

Os atos de governo não podem mais resultar de escolha unipessoal do administrador, devendo consubstanciar decisões politicamente informadas, com vistas a expressar os valores constitucionais a serem materializados.

A formulação das políticas públicas, que consubstancia verdadeira atividade política, emanada dos poderes Legislativo e Executivo, deve guardar absoluta sintonia com a Constituição, cabendo ao Judiciário, desde que instado a tanto, analisar a compatibilidade dos atos de governo com a tábua de valores e direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

As políticas públicas são os mecanismos que possibilitam a fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais, previstos na Constituição Federal ou, ainda, em outros diplomas normativos editados pelos entes federativos.

É possível ao Judiciário intervir, com vistas a assegurar a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos, podendo fazê-lo mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade, a ser viabilizado através das ações coletivas, previstas, principalmente, na Constituição Federal, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, da ação popular, do mandado de injunção e da ação civil pública, esta como via processual adequada para exigir-se a implementação de políticas públicas, não apenas em face de sua eficácia *erga omnes*, eis que poderá alcançar toda a comunidade envolvida mas, sobretudo, por viabilizar a adoção de providências pelo

Executivo, com vistas a assegurar direitos constitucionais, tornando-se importante instrumento para a efetivação de direitos difusos e coletivos, podendo, outrossim, conhecer de questões ligadas ao orçamento público.

O orçamento público é o *locus*, por excelência, das escolhas públicas. Consubstancia o planejamento da ação governamental, suas diretrizes, planos e metas, que devem ser elaborados em compasso com os ditames constitucionais, não podendo destes se distanciar. A Constituição Federal estabeleceu um modelo de planejamento que contempla decisiva participação do Legislativo, vinculando-o estreitamente aos seus escopos.

Não é possível extrair, invariavelmente, de modo direto, da previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais direito subjetivo individual à realização de uma política pública. Esta relação entre política pública, direito fundamental e direito subjetivo nem sempre é direta e imediata, pois que há direitos sociais que demandam avaliação dos demais poderes, por meio de política governamental específica, em face de seu caráter programático.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo (coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro, 2005.

GOMES, Hélio Messala Lima. *Despesa pública: princípios constitucionais*. Recife: Nossa Livraria, 2004.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, maio, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei nº 7347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 471-472.

OS VINTE E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

*Erivaldo Cavalcanti*¹³⁸

*Carla Cristina Torquato*¹³⁹

Introdução

É tradição universal comemorar-se datas “redondas”, este estudo não foge a regra, pois além de comemorar os vinte e cinco anos da Constituição Federal vigente, retrata um tema por ela consagrado que é a nova configuração dada aos partidos políticos no Brasil. Sabe-se que os mesmos defendem ideais entre os seus eleitores e os seus representantes, são o espelho da vontade do povo e essa é solidificada quando o parlamentar a ele vincula-se. Logo, há questionamentos fixos na sociedade: qual a importância dos partidos políticos? Qual a justificativa dos atores políticos trocarem de partidos após eleitos? Será que esta mudança acompanha novos objetivos políticos? Como é transparecida a vontade do povo nesses casos?

Procuramos além de apresentar o tema responder estas questões e analisar a estrutura dos mesmos. Ao logo deste estudo poderemos perceber que cada vez mais a sociedade cobra de seus representantes atos coerentes com os seus cargos e uma dessas cobranças é a fidelidade, pois que, mesmo com leis em vigor disciplinando condutas, tanto fora como dentro de um partido, os parlamentares não conservam posturas *in lege*.

1. A evolução dos partidos políticos nas Constituições brasileiras

O impulsionamento para formação dos partidos políticos no Brasil se deu durante o processo de independência e constitucionalização do

138 Prof. Dr. dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental e de Segurança Pública da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Centro Universitário do Norte (UNINORTE).

139 Profa. M. Sc. do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte (UNINORTE).

Estado, pois só após o rompimento com Portugal, é que ganhou força e liberdade para “andar com os próprios pés”.

O partido político, inegavelmente, representa um dos instrumentos mais fortes do estado democrático. Mas tal excelência não é fruto de uma simples vontade do constituinte e sim resultado de várias lutas travadas entre o povo e seus governantes. O Estado, por anos, resistiu o reconhecimento de direito aos partidos políticos, apenas suportava-o para evitar pressões sociais, assim hesitou durante muitos anos a inseri-los no ordenamento jurídico. Logo, é mister o estudo da evolução político-partidária, acompanhando seu crescimento nas Cartas constitucionais e analisando cada passo da expressão política desde 1824 até os dias atuais.

A inserção dos partidos políticos no mundo só ocorreu com a solidificação das primeiras organizações socialistas européias. Tal incorporação política constitucional tornou-se, em si, um desenvolvimento da própria idéia de estado de direito e só depois da Segunda Guerra Mundial os mesmos estiveram presentes nas Constituições, embora fossem proibidos em alguns Estados.

No Brasil, tais agremiações passaram a ser reconhecidas no ordenamento jurídico com o Decreto-Lei nº 21.075, de 24 de Fevereiro de 1932.

1.1. Constituição de 1824

A Constituição de 1824 não considerava a existência dos partidos políticos, nesta época eram tidos como facções políticas, durante os primeiros anos no Império Brasileiro, os mesmos praticamente não existiam, tal como ensina Pugliesi: *“desde aurora da política partidária brasileira, os partidos se constituem muito mais pelo vulto de suas personalidades políticas do que pelos seus programas”*¹⁴⁰. A Carta política de 1824 ainda restringia o direito ao sufrágio condicionado à capacidade econômica e social, além de instituir o temido Poder Moderador.

Mas, com a abdicação de Dom Pedro I, em 1831, se iniciou o ponto de partida para o nascimento da vida partidária brasileira, institucionalizando as forças existentes contra o controle do Estado criando-se

140 PUGLIESI, Mariza Castro. *Os partidos políticos nas Constituições brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2006, p. 75.

assim o Partido Liberal de líderes revolucionários e, o Partido Conservador de liderança moderada.

Durante as primeiras décadas pós-Independência, o Partido Conservador e o Liberal foram responsáveis pelo calor das lutas imperiais, caminhando assim até a maioria de Dom Pedro II.

1.2. Constituição de 1891

A Primeira República, assim como o período anterior, não resguardou qualquer menção legislativa, seja constitucional ou infraconstitucional, para os partidos políticos.

Para Franco a República assim apresentava-se: “*a mentalidade republicana era federal em primeiro lugar; em segundo anti-partidária, no sentido nacional*”¹⁴¹. Logo, esse pensamento dominante impediu o desenvolvimento político partidário, fazendo com que as facções políticas existentes fossem sumariamente extintas, sobrevivendo apenas o Partido Republicano que, posteriormente, assumiu o monopólio do poder.

Muito embora a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 predizia o livre direito de associação, os partidos políticos se organizavam de acordo com as leis civis, mas, ainda assim, não eram incluídos no quadro institucional da Primeira República.

Foi nesse contexto, que começaram a se organizar em representações regionais, adotando como solução ao centralismo do Estado reformas em prol dos interesses locais com objetivos descentralizadores, visando a diminuir o poder central e aumentar a força dos governos estaduais. Alguns partidos ainda impedidos pelo princípio federativo de ter denominação nacional tentaram formar partidos nacionais independentemente da vitória das organizações partidárias regionais, mas não lograram êxito.

Motta¹⁴² afirma que:

141 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Graal, 1945, p. 215.

142 MOTTA, Rodrigo Patto de Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 52.

Alguns líderes tentaram formar partidos nacionais, houve o caso, por exemplo, do Partido Republicano Federal, articulado pelo político paulista Francisco Glicério. O PRF se caracterizou como uma das tentativas mais consistentes visando criar uma organização que transcendesse o domínio regional. Mas durou pouco a experiência: no final da década de 1890 seus líderes desistiram do projeto e deixaram o partido morrer quando perceberam estar ‘remando contra a maré’. As forças descentralizadoras e regionalistas eram muito fortes e as elites locais desconfiavam demais do poder federal, preferindo organizarem-se nos próprios Estados a fim de alcançar os seus objetivos.

Apesar dos esforços das organizações regionais, os partidos políticos tinham os mesmos defeitos de seus antecessores, pois não permitiam a participação da população na construção dos seus ideais, permitindo tal benefício apenas às classes dominantes e a corrupção eleitoral continuava tão grande como antes, o voto era considerado como mera mercadoria, continuando os partidos isentos de doutrinas ideológicas e a condução política do país dependera da vontade de um pequeno grupo de oligarcas da política paulista-mineira do assim chamado “Café com Leite”.

Diante do caos da República, a Revolução de 1930 juntamente com a influência da grave crise econômica da Bolsa de Nova Iorque em 1929, foi à responsável por uma série de transformações, ainda que pequenas, para o quadro político do país: a migração da aristocracia rural para uma aristocracia capitalista que impulsionou a tomada do poder por Getúlio Vargas.

Diz-nos Leite:

A revolução de 30, que poderia ter vindo para reformular o conceito de Estado, para romper definitivamente com o provincianismo político, reorganizar politicamente um país, sob a aparência de profundas reformas, nada mais fez que pôr remendos novos em panos velhos.¹⁴³

143 LEITE, Cláudia. *A crise dos partidos políticos brasileiros: os dilemas da representação política e o Estado Intervencionista*. Fortaleza: Tipogresso, 1989, p. 114.

1.3. Constituição de 1934

Com a chegada da Era Vargas, o Brasil encaminhava para o nascimento de uma nova legislação social, surge o sufrágio direto, secreto e universal, a criação da Justiça Eleitoral e a representação proporcional.

O Governo Provisório de Vargas promulgou o primeiro Código Eleitoral do Brasil, através do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que veio regulamentar as eleições para a Assembléia Constituinte de 1933. Em seus artigos 99 e 100, reconhecia a existência jurídica dos partidos políticos e regulava o seu funcionamento:

Art. 99 Consideram-se partidos políticos para os efeitos deste decreto:

- 1) os que adquirirem personalidade jurídica, mediante inscrição no registro a que se refere o art. 18 do Código Civil;
- 2) os que, não a tendo adquirido, se apresentarem para os mesmos fins, em caráter provisório, com um mínimo de 500 eleitores;
- 3) as associações de classe legalmente constituídas.

Parágrafo único. Uns e outros deverão comunicar por escrito ao Tribunal Superior e aos Tribunais Regionais das regiões em que atuarem a sua constituição, denominação, orientação política, seus órgãos representativos, o endereço de sua sede principal e o de um representante legal pelo menos.

Art. 100. Para todos os atos referentes ao alistamento é facultado aos partidos políticos, por meio de delegados seus ou representantes, que nomeiem junto aos juízes ou Tribunais eleitorais:

- 1) examinar, no arquivo eleitoral, em companhia dos funcionários designados, e com a aquiescência previa do Tribunal Superior, quaisquer autos ou documentos;
- 2) apresentar alegações e protestos, por escrito, recorrer, produzir todo gênero de provas e denunciar perante a autoridade competente os funcionários eleitorais;
- 3) acompanhar o processo de qualificação e inscrição dos eleitores;
- 4) requerer que, com sua assistência, se interogue em forma sumária, o alistando quanto à identidade e se verifique seu conhecimento de leitura e escrita.

Considerava o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 duas espécies de partidos: os permanentes, que adquiriram personalidade nos termos do Art. 18 do Código Civil, e os provisórios, que não adquiriam aquela personalidade e se formavam transitoriamente à véspera dos pleitos, apenas para disputá-los. Também eram equiparadas a partido as associações de classe legitimamente constituídas.

Assim, segundo Franco¹⁴⁴, a lei eleitoral supramencionada infligia sério golpe aos partidos políticos quando facultava, no Art. 88, parágrafo único, o registro do candidato avulso, isto é, candidato que não constava na lista de partido algum, desde que tal fosse requerido por um número mínimo de eleitores.

Logo, a Carta Política de 1934 trazia ideais democráticos adequando-os à realidade social do seu tempo. Entretanto, tal Carta quase que ignorou as instituições partidárias, só fazendo uma única referência a partido político, sem, no entanto reconhecê-los abertamente.

Como expõe Pugliesi¹⁴⁵ *a verdade era que eles, os partidos políticos, existiam, mas faltava-lhes nas suas relações diárias uma relação com o futuro, já que eram legendas sem qualquer conteúdo ideológico.*

A promulgação da nova Constituição de 1934 trazia uma estrutura digna do seu tempo, com dispositivos social-democráticos. Apesar de ser objeto de intensos e constantes debates políticos, foi pouco vivida no sentido positivo, logo sendo substituída pela Carta autoritária de 1937 quando Getúlio Vargas deu um golpe no estado implantando uma nova ditadura no país, regime político denominado de Estado Novo.

1.4. Constituição de 1937

O regime autocrático de Vargas não permitia qualquer expressão política partidária, combatendo duramente os partidos políticos, extinguindo-os e impedindo na prática qualquer organização política.

A Carta outorgada em 1937, além de outras barbáries, decretou estado de emergência seguido do estado de guerra, dissolveu o Congresso Nacional, assim como as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais. Devido à inspiração na Carta fascista polonesa a Constituição

144 FRANCO, op. cit., p. 215.

145 PUGLIESI, op. cit. p. 101.

de 1937 encenava a farsa da paz social sob o manto da “legislação mais avançada do mundo”. Na concepção do Estado Novo eram os partidos políticos responsáveis pela implantação do período ditatorial.

O período Vargas enfraqueceu-se nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial, devido ao surgimento de uma conjuntura internacional e nacional contrária aos governos autoritários. Os vencedores da guerra foram os países comprometidos com os valores democráticos, ao menos formalmente, e o inimigo derrotado fora justamente o autoritarismo. Desta forma, formou-se uma corrente mundial que defendia a democracia, participação popular, reformas sociais etc.

1.5. Constituição de 1946

O Estado, em fevereiro de 1945, decretou uma Emenda Constitucional que previa o prazo de noventa dias para a regulamentação da lei que estabeleceria e organizaria as eleições para Presidente da República e para os futuros constituintes. Tal Emenda foi uma resposta às crescentes manifestações de diversos setores políticos e militares.

Transcorridos os noventa dias, Vargas apresenta o Decreto Lei nº 7.586/45, que regulamentou, na esfera federal, a organização e o funcionamento dos partidos políticos, o alistamento e todo o processo eleitoral, como diz Mezzaroba¹⁴⁶.

Tal Decreto foi intitulado como Código Eleitoral Provisório. Este introduziu na legislação eleitoral brasileira a exigência de organizações com base nacional registrado no Tribunal Superior Eleitoral, instituindo personalidade jurídica aos partidos políticos como pessoa jurídica de direito privado, e, ainda as hipóteses de cancelamento dos partidos políticos, quais sejam: por deliberação do próprio partido; ou caso a entidade partidária não elegeisse em eleições gerais pelo menos um representante para o Congresso Nacional; ou ainda não obtivesse cinquenta mil votos distribuídos em todo o país. Vale destacar que o Decreto-Lei estabelecia que os candidatos só pudessem disputar eleições a partir de um partido, aliança ou coligação partidária.

Foi neste contexto que três grandes partidos políticos participaram intensamente no cenário eleitoral da época, o Partido Social Democra-

146 MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1989, p. 206.

ta (PSD), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a União Democrática Nacional (UDN).

Assim, podemos perceber que a Constituição Federal de 1946 foi à responsável pelo aparecimento dos partidos nacionais. A partir daí, os partidos passaram a serem entes presentes e reconhecidos constitucionalmente, mas impedidos de formarem coligações. Merecem atenção duas medidas adotadas pela Carta de 1946 na esfera eleitoral: primeiramente em relação à idade requerida para ser eleitor, que baixou para os 18 anos, no Império era de 21 anos; e, a reimplantação do voto obrigatório extinto pouco antes na República.

A Constituição de 1946 conferia aos partidos políticos imunidade tributária, bem como representação proporcional nos estados e municípios e, também, em seu artigo 119, função fiscalizadora à Justiça Eleitoral:

Art 119 - A lei regulará a competência dos Juízes e Tribunais Eleitorais. Entre as atribuições da Justiça Eleitoral, inclui-se:

I - o registro e a cassação de registro dos Partidos Políticos;

II - a divisão eleitoral do País;

III - o alistamento eleitoral;

IV - a fixação da data das eleições, quando não determinada por disposição constitucional ou legal;

V - o processo eleitoral, a apuração das eleições e a expedição de diploma aos eleitos;

VI - o conhecimento e a decisão das arguições de inelegibilidade;

VII - o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, e bem assim o de habeas corpus e mandado de segurança em matéria eleitoral;

V - o conhecimento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos Partidos Políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos.

A partir de 1946 os partidos políticos tornaram-se as mais importantes vias de acesso ao poder, passaram a ser mais organizados do que tinham sido, precisavam ganhar votos e atrair as massas em vez de se limitarem aos grupos de elite. Entretanto, apesar de tudo isso o

processo de construção do sistema partidário foi destruído pelos líderes de 1964. A fraqueza dos partidos e o fortalecimento das lideranças individuais da época contribuíram para o Golpe Militar de 1964, representou um período de constantes alterações nas regras eleitoras e partidárias levando ao enfraquecimento dos partidos.

1.6. Constituição de 1967

Logo que os militares tomaram o poder em 1964, foram adotadas medidas repressivas contra as principais lideranças políticas¹⁴⁷, mas mesmo assim, foi permitida a existência dos partidos políticos anteriores a 1964 até outubro de 1965, quando foram extintos.

O regime autoritário recém-instituído sistematizou toda a legislação sobre eleição por meio de um novo Código Eleitoral (Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965). Em relação à organização partidária, tal matéria foi reservada à Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 4.740 de 15 de julho de 1965), que entrou em vigor ao mesmo tempo do Código Eleitoral. A primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos estabeleceu que os então existentes devessem ser reorganizados e, para ter o seu registro eleitoral confirmado, cada legenda teria que receber o apoio prévio de lista de eleitores, totalizando, pelo menos três por cento do eleitorado que tivesse cotado na última eleição.

Em relação ao desempenho eleitoral a respectiva Lei determinava que fossem cancelados os registros de partidos políticos que, mesmo cumprindo as exigências eleitorais, não conseguissem eleger, pelo menos, doze Deputados Federais, distribuídos em, no mínimo, sete Estados da federação.

Vale lembrar Pugliesi¹⁴⁸:

Após a Revolução de 1964, a Constituição de 1946 ficou subordinada a quatro Atos Institucionais, mas, com o passar do tempo, foi sentindo-se a necessidade de elaborar nova constituição a fim de integrar tais Atos Institucionais e seus Atos Complementares, surgindo assim a Constituição de 1967, ratificando a proibição da criação de parti-

147 Cita-se o então Presidente da República João Goulart, o Governador de Pernambuco Miguel Arraes de Alencar e o Líder comunista Luiz Carlos Prestes.

148 PUGLIESI, op. cit. p. 118.

dos políticos contrários ao regime democrático, e estabelecendo a permanência de percentuais mínimos para a criação de novos.

A Carta de 1967, no artigo abaixo, estabelecia alguns princípios fundamentais à existência dos partidos políticos:

Art. 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de Governos, entidades ou Partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos Diretórios locais;

VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores;

VIII - proibição de coligações partidárias.

Insta ressaltar, ainda, o posicionamento da Carta de 1967 quanto à fidelidade partidária, em seu parágrafo único do art. 152, modificada pela Emenda Constitucional nº. 01, editada em 17 de outubro de 1969, *in verbis*:

Parágrafo Único - Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária *ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito*. A perda do mandato será

decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa (*grifo nosso*).

Além do texto constitucional, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682 de 21 de julho de 1971) também estabelecia a fidelidade partidária aos parlamentares nos mesmos termos da Emenda Constitucional nº 1. O intuito do legislador era evitar a formação de outros partidos, pois o pluripartidarismo, estabelecido naquela época, dificultava a intervenção do Estado nos entes partidários.

Ainda assim, com toda a cautela acima referida, o Estado não conseguiu evitar a Emenda Constitucional nº 11, de 30 de outubro de 1978, que estabelecia que a fidelidade partidária não fosse aplicável à fundação de novos partidos. Assim, foi nessa época que se iniciou uma nova reforma partidária, pois para os governantes dividir a oposição passara a ser uma opção cada vez mais conveniente, ainda que o preço fosse o pluripartidarismo. Após um ano da promulgação dessa lei, seis novos partidos foram criados: PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), PDS (Partido Democrático Social), PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), PT (Partido dos Trabalhadores), PDT (Partido Democrático Trabalhista) e o PP (Partido Popular).

Foi nesse cenário político que o Brasil viveu seu processo de redemocratização quando, em 15 de maio de 1985, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 25 que restabeleceu as eleições presidenciais diretas e, em seu Artigo 6º permitiu a abolição do dispositivo referente à fidelidade partidária como bem avalia Ferreira Filho¹⁴⁹.

Mesmo após a Emenda Constitucional acima o Estado brasileiro sentia a necessidade de uma nova Constituição que transparecesse o novo cenário político pelo qual passava o país. Assim após a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, o Congresso Nacional, eleito em 1986, assumiu as atribuições constituintes, sendo encarregado da importante missão de elaborar uma Constituição democrática, sendo esta promulgada em 05 de outubro de 1988, introduzindo

149 FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 162.

significativas modificações em relação aos partidos políticos e sua crescente penetração no ordenamento jurídico brasileiro.

1.7. Constituição de 1988

Com a Constituição Cidadã, os partidos políticos assumiram um novo papel na democratização política do Brasil, pois se facilitou a criação de novos partidos, bem como a independência e liberdade para determinar a sua estrutura, organização e funcionamento, e ainda, estabeleceu a obrigatoriedade de filiação partidária como condição para a representação política na composição governamental.

O constituinte expressou tais características na Constituição, mas também permitiu que o legislador ordinário regulamentasse, com mais precisão, desde a criação dos partidos políticos até a prestação de contas eleitorais e a apuração de crimes nesse âmbito. Foi nesse panorama que em 19 de setembro de 1995, promulgou-se a Lei nº 9.096, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Entretanto, em que pese a Constituição consagrar liberdades organizacionais, tanto de criação como de funcionamento aos partidos, estes devem observar que a liberdade constitucional não é plena, uma vez que tal garantia constitucional está condicionada à preservação dos chamados Princípios Constitucionais dos Partidos Políticos, que são uma combinação de princípios puramente constitucionais com princípios de ideologia democrática.

Podemos destacar alguns como a soberania nacional, o regime democrático que emana do povo, pluripartidarismo, direitos fundamentais da pessoa humana (direitos políticos) e liberdade de organização partidária.

A Carta de 1988 menciona apenas um artigo que trata dos partidos políticos, o Art. 17, ainda que abrangente. Mas, ainda assim, é visível a transposição evolutiva das questões partidárias em relação às constituições anteriores, pois além das disposições de criação e organização dos partidos, previstas no artigo supramencionado, a *Lex Matter* também trata do tema em outros dispositivos, como por exemplo, e exigibilidade de filiação para disputar eleições, a sua participação nas comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional e de suas Casas, a proibição de atividade política partidária dos magistra-

dos e membros do Ministério Público, vedação de filiação partidária ao militar ativo, imunidade tributária ao patrimônio do partido, etc.

2. Os partidos políticos e suas principais características constitucionais

Apresentamos a evolução política nas Constituições brasileiras, mas é imperioso destacar alguns aspectos sobre os partidos político, tais como, conceito, natureza jurídica, programa, objetivo, formação, etc.

2.1. Conceito jurídico

Diversos doutrinadores apresentam conceitos que, embora diferentes, mantêm uma característica marcante: a busca pelo poder. Neste momento, destacaremos alguns dos diferentes conceitos do que seria o partido político.

A palavra partido, em análise etimológica, vem do verbo latino *partire*, que significa dividir, fazer parte, estando sempre associada, ainda em âmbito etimológico, às palavras parte, participação, integração. Partido já significou facção, bando, grupo de luta, porém, hoje, é expressão consagrada no mundo para designar a aglutinação de pessoas unidas por uma visão comum de poder.¹⁵⁰

Destacam-se as palavras de Pugliesi¹⁵¹:

Definir partidos políticos não é tarefa fácil, dadas as múltiplas formas e mesmo finalidades diversas que podem tais instituições assumir. Ao se conseguirem captar os elementos que compõem a essência do partido político, pode-se sentir certa frustração quanto à busca de uma perfeita definição do mesmo.

Conforme Bobbio¹⁵², na noção de partido político entram todas as organizações da sociedade civil que tenham interesse em participar

150 PINTO, Djalma. *Direito eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 94.

151 PUGLIESI, op. cit., p. 33.

152 BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982, passim.

da gestão do poder político. Já que este é o fim pelo qual o indivíduo a ele se associa.

Para Kelsen,¹⁵³ os partidos são formações que agrupam os homens da mesma opinião para assegurar-lhes uma influência verdadeira na gestão dos assuntos políticos e públicos.

É, também, indispensável à citação de Miranda¹⁵⁴ em que: *os partidos políticos são partes, mas são partes que querem tomar o todo, querem tomar o poder, é essa dialética da parte e da contraparte, mas procuram o todo, é extremamente interessante em toda a consideração dos partidos.*

Pinto Ferreira¹⁵⁵, sinteticamente, afirma que os partidos políticos são grupos sociais, regulados pelo direito positivo, congregando eleitores para a conquista do poder político e a realização de determinado programa.

Assim, apenas pelos conceitos comentados, percebemos a íntima relação entre o partido político e o poder estatal. Portanto, são instrumentos para chegar às cadeiras governistas, assumindo o intermédio entre o estado e a sociedade, pois é através deles que escolhemos os gestores e legisladores da administração pública.

2.2. Princípios fundamentais dos partidos políticos

Como o partido político é meio para o poder, e como tudo no mundo positivo, ele apresenta certas exigências legais. Passaremos a analisar as previsões legais no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos partidos políticos.

Vejamos a previsão constitucional de 1988:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

153 KELSEN, Hans. *Essência e o valor da democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, passim.

154 MIRANDA, Jorge. *Partidos políticos e sociedade*. Atas dos VIII Cursos Internacionais de Verão de Cascais. Cascais (Portugal), 2002.

155 PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 378.

I – caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direitos a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Claramente visualizamos que tal artigo constitucional destaca que os partidos políticos devem observar o que a doutrina reconhece como princípios fundamentais aos quais teceremos breves comentários.

O primeiro princípio citado no *caput* do referido artigo é a soberania nacional, devendo as agremiações políticas observar tal característica, sendo impedidas de criar partidos com programas e atividades que perturbem o pleno exercício da soberania brasileira, buscando-se assim, o compromisso das agremiações em manter e defender os princípios fundamentais da república brasileira.

Logo após, o *caput* obriga a defesa ao regime democrático, ou seja, o respeito ao poder que emana do povo. Ora, o exercício da democracia é concretizado a partir dos representantes eleitos pela vontade emanada dos brasileiros. Os representantes, por sua vez são filiados às agremiações partidárias, têm responsabilidade de realizar práticas governamentais que atendam aos interesses do povo, bem como manter o controle ideológico interno e externo, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais tanto dentro como fora dos partidos.

Em seguida, o pluralismo político ou pluripartidarismo, consiste na liberdade assegurada ao cidadão para a formação de partidos, ou seja, é a existência conjunta de várias entidades partidárias, legalmente constituídas, dentro de um ordenamento jurídico democrático. É imperioso lembrar a excelente conceituação sobre o pluripartidarismo de Sartori¹⁵⁶ que assim resume:

O pluripartidarismo não consiste simplesmente de associações múltiplas. Estas devem ser, em primeiro lugar, voluntárias, e em segundo, não exclusivas, isto é, baseadas em afiliações múltiplas, sendo estas o traço marcante crucial de uma estrutura pluralista.

E, por fim, o último princípio destacado no *caput* é que os entes partidários devem defender, assim como todo e qualquer cidadão, os direitos fundamentais da pessoa humana. A idéia do constituinte foi inserir os direitos fundamentais como rumo ideológico dos partidos políticos e obrigando a efetivarem a prática de tais direitos e limitando o seu poder em caso de abusos estatais.

Destarte, concluímos que tais princípios influenciam diretamente na relação do Estado com os seus governados, pois a letra da lei pode ser alcançada, desde que haja uma interação entre o interesse popular e as práticas de governo.

2.3. Autonomia partidária

Do mesmo modo que o constituinte destacou os princípios fundamentais dos partidos políticos, e já que nem todo princípio é absoluto, ele teve o cuidado de limitar, tanto constitucionalmente como infraconstitucionalmente, as ações dos partidos políticos com certos preceitos mínimos, tais como o caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e o funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

O princípio da autonomia é o grande reitor da vida do partido político, pois garante a liberdade de organização e funcionamento das

156 SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991, p. 38.

agregações políticas, na mesma linha que registra a proibição do Estado de interferir na criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, salvo naquilo em que a Lei Fundante e a legislação infra-constitucional expressamente ressaltarem.

Neste âmbito, podemos concluir que observados os princípios e cumpridos os requisitos estabelecidos na Carta Magna, bem como atendida as exigências da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), a organização partidária goza de ampla liberdade e autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento. Entretanto, tal autonomia não significa dizer que os mesmos estejam imunes aos cumprimentos exigidos em lei na realização de seus estatutos e programas, cabendo à Justiça Eleitoral por isso zelar, no momento do registro dos partidos. É mediante esse raciocínio que percebemos a preocupação do constituinte em afastar da vida nacional a experiência amarga do período ditatorial em que o Estado brasileiro controlava todos os passos dos partidos políticos.

Cunha e Amaral assim posicionam-se¹⁵⁷:

São dois os instrumentos normativos dos partidos políticos: um, de natureza principiológica – o seu programa – em que se estabelecem os seus objetivos políticos; outro, deduzido sob a forma de preceitos articulados, o seu estatuto. O instrumento básico para dispor sobre a organização e funcionamento do partido político deixa de ser a norma estatal, e passa a ser o respectivo estatuto.

Nessas condições e para melhor compreensão, apresentamos, *in verbis*, o Art. 3º e 14 da Lei dos Partidos Políticos:

Art. 3º É assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Art. 14 Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

157 CUNHA, Sérgio Sérvulo; AMARAL, Roberto. *Manual das eleições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 196.

Cardozo¹⁵⁸ visualiza no programa de cada partido seu ponto de destaque, o qual deve fornecer uma idéia segura de como seria o governo, caso alcançasse o poder. Diz ele:

O mérito dos partidos políticos é o de corrigir o regime representativo, no sentido de torná-lo realmente democrático. Eles formulam programas, isto é, métodos de tratar e resolver os problemas da administração e de política, e apresentam candidatos que se propõem, uma vez eleitos, a realizar esses programas. Pode-se dizer que o programa deve ser o resultado do comportamento transparente, estabelecido, ardentemente, pelo período que irá governar. É essencial à democracia pelos partidos que estes girem em torno dos programas definidos.

Logo, não podemos falar de um partido sem um programa. É neste que visualizamos um resumo dos ideais e objetivos em que seus filiados se propõem a concretizar por ocasião da chegada ao poder. Já o estatuto engloba elementos mínimos e essenciais exigidos por lei e pela Constituição, também conhecidos como regras estatutárias. Ainda trazendo à baila os ensinamentos de Cunha e Amaral¹⁵⁹, sustentam que há três espécies de elementos essenciais ao estatuto, são eles:

a) os elementos essenciais, sem os quais é impossível existir uma associação; esses elementos são os quais decorrem da natureza do ato, e os considerados como imprescindíveis na lei civil; b) os elementos exigidos pela Constituição; e c) todos os outros, lícitos, que os instituidores do partido, facultativamente, entendam de aí inserir.

2.4. Natureza jurídica dos partidos políticos

Os partidos políticos até a entrada em vigor da Constituição Cidadã, pelo regime da antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682 de 1971), tinham personalidade jurídica de direito público interno.

158 CARDOZO, José Carlos. *A fidelidade partidária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 93.

159 CUNHA e AMARAL, op. cit., p. 265.

Porém, o § 2º do Art. 17 da Constituição expressa claramente que os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Ainda, o Art. 44 do Diploma Civil de 2002 registra, também, que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado. Na esteira dessa mesma diretriz, estatui, por sua vez, o Art. 1º da Lei nº 9.096/95:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no regime do interesse democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

No Estado Brasileiro o poder emana do povo que assim o exerce mediante representantes eleitos através do voto direto e secreto, assim o constituinte se expressou no Art. 14 da Constituição. Destacamos abaixo o § 3º do referido:

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;
- VI - a idade mínima de:
 - a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
 - b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
 - c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
 - d) dezoito anos para Vereador.

Portanto, além das atribuições de defesa dos direitos fundamentais, tal artigo elenca a necessidade de disputa entre as agremiações políticas para a administração governamental. Essa disputa só é possível se os candidatos estiverem filiados a partido político. Ora, na democracia

moderna, em que o povo interage com o Estado. Como haveria poder estatal se não houvesse um representante partidário?

Nestes termos, entendemos que a filiação ao partido é condição essencial de elegibilidade para os cargos públicos eletivos, motivo pelo qual os entes partidários são canais institucionais da ordem jurídica estatal.

Pugliesi ensina que:

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que os partidos políticos tenham a função de assegurar a autenticidade do sistema representativo, assim não contempla ação político-partidária fora dos partidos políticos, ou seja, as candidaturas avulsas. Com efeito, não há candidaturas avulsas a cargos efetivos e tais atividades políticas só encontram amparo legal se desenvolvida através de partidos políticos.¹⁶⁰

2.5. Estrutura interna dos partidos políticos

O partido político é uma pessoa jurídica complexa, por assim dizer. Isto em razão de ser integrado por órgãos diversos, com atividades também diversas e situadas em patamares hierárquicos bastante definidos. Toda essa complexidade de normas organizacionais internas deve ser registrada em seu estatuto e obedecida pelos seus filiados. Assim, faremos breves comentários quanto aos órgãos e convenções partidárias.

Os principais órgãos das agremiações partidárias são:

- a) Órgãos Deliberativos: são as convenções municipais, regionais e nacionais;
- b) Órgãos de Direção e Ação: são compostos pelos diretórios distritais, municipais, regionais e nacionais;
- c) Órgãos de Ação Parlamentar: são as bancadas, ou seja, os representantes partidários no exercício parlamentar; e
- d) Órgãos de Cooperação: são os conselhos de ética partidária, conselhos fiscais e consultivos, departamentos trabalhistas, estudantis, femininos e outros com as mesmas finalidades.

160 PUGLIESI, op. cit., p. 156.

Ressalta-se o disposto do Art. 11 da Lei dos Partidos Políticos, que qualquer mudança na estrutura programática ou estatutária, após o depósito de seu registro no Ofício Civil competente, deve ser encaminhada à Justiça Eleitoral, bem como a constituição de seus órgãos de direção e o nome de seus respectivos integrantes, ou seja, seus delegados, no âmbito das competências eleitorais. Os delegados credenciados pelos órgãos de direção, seja nacional ou local, representam os partidos perante quaisquer tribunais ou juízes eleitorais.

As convenções partidárias são atos político-partidários e dependem, nas suas características, da espécie de eleição que se realizará. Encerrado o alistamento, que, nos termos do Art. 91 da Lei nº 9.504/97, deve ocorrer 150 dias antes da data do pleito, ocorrerão tais convenções, cuja data de fixação é prevista no Art. 8º da Lei das Eleições:

Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral.

Nestas acontecem o momento mais importante da brigada pré-eleitoral: são responsáveis pela escolha e substituição dos concorrentes aos mandatos. Bem como, se participará de uma coligação partidária.

O § 2º do Art. 8º da Lei dos Partidos Políticos reconhece a excelência desta fase pré-eleitoral que admite a possibilidade destes entes usarem gratuitamente prédios públicos para tal evento, desde que se responsabilizem por possíveis danos causados e que haja prévia comunicação ao responsável pelo local público, com antecedência mínima de 72 horas antes da realização do evento.

Em resumo, podemos afirmar que as principais instâncias partidárias nacionais são a convenção nacional, o diretório nacional e a comissão executiva nacional. Os estatutos dos partidos nacionais concedem a esses órgãos uma soberania real sobre seus diretórios estaduais e municipais. Caso o estatuto seja omissivo quanto às convenções, o órgão de direção nacional do partido estabelecerá as normas para a escolha e definição dos candidatos e para a formação da coligação.

3. A fidelidade partidária e suas implicações políticas

3.1. O marco inicial

Já não é novidade que a troca de partidos políticos pelos parlamentares tornou-se praxe política. Os políticos afirmam que tal ato pode advir de uma série de elementos ditos como “desconhecidos” pelo seu eleitorado, mas que são necessários para garantir a vontade do povo. Alguns, ainda, sustentam que a troca de entidade partidária é apenas uma questão de sobrevivência no funcionamento parlamentar, evitando brigas internas dentro dos partidos; outros afirmam que é “mais viável” politicamente, pois participar da banca do governo facilita o seu trabalho e, conseqüentemente, a vontade de seus eleitores. Há, ainda, outros aduzindo que a troca é meramente um ato discricionário, de mera conveniência e oportunidade.

Apenas pelos motivos expostos, percebemos que a troca de partidos se dá por qualquer motivo, mesmo pelo fator ideológico. Ora, segundo os princípios constitucionais das entidades políticas um dos mais importantes pilares do partido não deveria ser sua bandeira ideológica?

Tem previsão legal do Art. 26 da Lei Orgânica do Partido Político *in verbis*:

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça na respectiva casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Além do artigo acima, por diversas tentativas, o Congresso Nacional apresentou propostas de Emendas à Constituição, pela comissão que estudou o assunto no Senado Federal, durante o período de 1995 a 1998, e ainda, no mesmo ano da Lei dos Partidos Político a fim de trazer claramente para o texto constitucional tal tema, pois o § 1º do art. 17 assegura a autonomia dos partidos políticos para disciplinar em seus estatutos a fidelidade partidária.

Neste aspecto o cenário político do Art. 26 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos e com jurisprudência na Corte Maior o cargo parlamentar era do candidato vencedor das eleições e não do partido pelo qual foi eleito. Entendimento este sustentado por muito tempo pelo Supre-

mo Tribunal federal - STF, pois o raciocínio era baseado no princípio da autonomia partidária.

Assim, como já sabemos, é de competência do Tribunal Superior Eleitoral - TSE responder as consultas formuladas pelos partidos políticos. E surge em 27 de abril de 2007 uma pergunta a esta corte formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), que leva uma mudança de entendimento, a CAT nº 1.398, que questionava: *Os partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral quando houver o pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?*

O TSE, por maioria de votos (6x1), interpretou que os partidos e coligações teriam o direito de conservar o mandato obtido se o candidato eleito se desfiliasse para ingressar em outra legenda diferente da que fora eleito. A tese defendida pela esmagadora maioria da Corte Eleitoral tinha como base a mesma resposta da doutrina antiga: a autonomia partidária institui que o estatuto das entidades partidárias, deve prever tal fato, bem como sustentado pelo legislador da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, em seus artigos 25 e 26. Dentre outros fatores, o TSE revolucionou e obrigou que todos os cidadãos pensassem a quem pertencia o cargo, pois a resposta de tal consulta contrariava a corrente majoritária antiga.

E, como a consulta não tem força de lei, os partidos políticos interessados em reaver os cargos dos seus “infieis”, impetraram mandados de segurança na Corte Maior, com o objetivo de preservar a sua bancada representativa em 04 de abril de 2007, tendo tal fato iniciado uma nova perspectiva de fidelidade partidária no STF.

3.2. A repercussão da fidelidade partidária na sociedade

Como já explanado, a instituição da fidelidade partidária chegou ao Supremo e foi alvo de críticas e elogios dentre os diversos setores da sociedade.

A Procuradoria Geral da República – PGR foi o ente que mais criticou o julgamento dos *writes*, tanto é que impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN de nº 4.086 contra tais Resoluções. Na ADIN, a PGR aduzia contrariedade ao Art. 121 da CF/88 (quanto à usurpação de competência legislativa); a inadequação ao trâmite pro-

cessual de perda do direito de exercer o cargo eletivo (prazos, efeitos da revelia, ônus da prova, etc), a incoerente possibilidade de legitimidade de terceiros e, principalmente, a confusão legislativa das resoluções que “querem ser leis” como fez o TSE ao editar tais comandos normativos.

Já a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB manifestou-se a favor da fidelidade, muito embora aludisse a necessidade de discutir uma nova redação ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 do anteprojeto que altera a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, considerando que tal fidelidade engajaria o tão sonhado projeto de reforma política no Brasil.

4. Conclusão

O julgamento da fidelidade partidária foi um marco histórico no ordenamento jurídico brasileiro. O que antes era encarado como uma *letra morta*, hoje é uma obrigatoriedade constitucional, cuja aceitação sofre críticas e resistências por setores variados.

Pela história constitucional dos partidos políticos, podemos perceber que cada característica ou princípio das entidades partidárias foram conquistados com lutas e perdas. Ainda que esses passos contribuíssem para uma agremiação melhor, a realidade que o país passa está longe de qualquer ideal fiel às diretrizes constitucionais estabelecidas na Carta de Outubro de 1988.

Para alcançarmos o ápice do estado democrático de direito, teremos que transformar vários setores da sociedade, inclusive o eleitoral, o qual nos parece está sendo reformado, mesmo que lentamente.

Assim, entendemos que a fidelidade partidária deve ser um princípio constitucional implícito aos partidos políticos. Implícito porque não está expresso diretamente por artigos constitucionais, porém, ao interpretarmos a Lei Maior sistematicamente, verificamos que tal implicação infraconstitucional é uma mera vontade do Constituinte que fora repassada ao legislador para normatização e por sua omissão obrigou as cortes jurídicas se pronunciarem.

E nesse contexto entendemos que a fidelidade partidária, ora discutida, foi de extrema importância política para a realidade parlamentar brasileira, pois a ideologia política passa a ser respeitada e sem ela práticas como corrupção ativa, perseguição política e desvios de ver-

bas públicas, serão mais freqüentes entre aqueles parlamentares que não respeitam seus eleitores.

Neste liame fático, observamos que a democracia representativa apresenta falhas por mais que o ordenamento jurídico tente galgar a melhor forma de representação política, seja proporcional, seja majoritária.

A finalidade desse estudo foi proporcionar uma reflexão atual sobre os partidos políticos no Brasil e a fidelidade partidária, remetendo-nos aos aspectos constitucionais e, principalmente, à posição da Corte Maior quanto ao assunto. É válido ressaltar que a concretização da representação popular e o estado democrático de direito não é utopia da lei, é um desejo que pode ser alcançado, desde que os eleitores decidam pelo país com o voto consciente e direto, colocando um basta nesse repasse de competências constitucionais entre os poderes e concretizando a vontade do constituinte da Carta Magna.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOZO, José Carlos. *A fidelidade partidária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo; AMARAL, Roberto. *Manual das eleições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Graal, 1945.

KELSEN, Hans. *Essência e o valor da democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Cláudia. *A crise dos partidos políticos brasileiros: os dilemas da representação política e o Estado Intervencionista*. Fortaleza: Gráfica Tipogresso, 1989.

MEZARROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1989.

- MIRANDA, Jorge. *Partidos políticos e sociedade*. Actas dos VIII Cursos Internacionais de Verão de Cascais. Cascais (Portugal), 2002.
- MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- PUGLIESI, Mariza Castro. *Os partidos políticos nas constituições brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2006.
- SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

ESTADO E FEDERAÇÃO: A FORMA FEDERATIVA COMO INSTRUMENTO DE ACOMODAÇÃO DE DIFERENÇAS

Omara Oliveira de Gusmão¹⁶¹

1. Introdução

O presente artigo aborda o Estado federal sob o prisma de seu papel na sociedade pós-moderna. Mostrou-se viável, por conseguinte, caminhar pelo seu conceito, sua evolução histórica, trazendo as discussões doutrinárias e a apontada crise que se tem atribuído ao federalismo atual, seu vínculo com o direito, sem descurar de uma aproximação dos aspectos fáticos que envolvem esta forma de Estado.

É imprescindível dizer que o presente artigo não pretende esgotar todos os aspectos circundantes ao tema federação, mas apresenta-se como tentativa de mostrar como os estudiosos do federalismo vêm explicando a federação nos moldes a que se propuseram, em relação ao Direito, os filósofos e jusfilósofos desde a história antiga à contemporânea.

Objetiva-se, então, refletir sobre três indagações: o que é a federação, como funciona, e como se justifica na pós-modernidade?

No Estado antigo encontra-se o espírito federativo em todas as formas de associação visando objetivos comuns, como a religião, a defesa dos bens, da propriedade, do território. Foi assim que famílias foram se reunindo e formaram as tribos, tribos reunidas formaram cidades, estas associaram-se a outras, com vistas às invasões de outros povos, por temerem a perda de seus territórios e, com isso, a própria liberdade.

161 Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Professora de Direito Tributário e Processual Tributário da Faculdade Martha Falcão e de Tributos Federais do curso de Pós-Graduação do CIESA e da Faculdade Martha Falcão. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário da Faculdade Martha Falcão.

A evolução dessas associações, com vista à organização social e política, resultou no que hoje denominamos de Estado, que na sua forma mais qualitativa, por permitir o exercício dos pluralismos e liberdades, convencionou-se chamar de federação.

Contudo, a acepção do federalismo não se acha inserida apenas nas sociedades estatais formalmente federais, mas em todas aquelas que admitam o pluralismo e permitam uma eficiente cooperação entre seus membros. Para o fim do presente artigo, no entanto, as definições aqui tratadas referem-se à federação inserida dentro de uma específica estrutura estatal, o Estado federal.

A federação deita suas raízes na recente história norte-americana, e foi sendo adotada, com características próprias, pelos mais diversos Estados. O federalismo atual não mais se compadece com o modelo idealizado pelos convencionais de Filadélfia, tendo em muitos Estados, inclusive no Brasil, perdido muito do caráter autonomista que, inicialmente, o caracterizou.

Os paradigmas da federação também têm variado consoante a evolução de cada um dos Estados que optaram por esse modelo estatal, em decorrência de sua própria história, das características de seu povo, da sua posição geográfica, dentre outros.

O paradigma da autonomia dos Estados-membros, no entanto, que se expressa na distribuição de poder e competências, é o centro das controvérsias acerca da federação atual. A tendência centralizadora das federações no mundo contemporâneo, com a conseqüente redução de poderes dos entes parciais, tem levado alguns doutrinadores, apegados ao federalismo clássico, a suscitar uma grave crise ou mesmo alardear a sua morte.

Tradicionalmente associa-se à ideia de crise uma noção desfavorável que revela um aspecto negativo de fim, derrota ou morte. Entretanto, a etimologia da palavra crise tem sua origem na medicina de Hipócrates, indicando uma transformação decisiva que ocorre no ponto culminante de uma doença. A partir do ponto crítico, o desenvolvimento da doença poderá adotar um caminho favorável ou não, portanto, de vida ou de morte.

No caso da federação, não há exatamente uma crise, mas a necessidade de adequação dos paradigmas federativos aos reclamos da sociedade pós-moderna, pluralista e globalizada.

Não há que se falar, portanto, que a mudança no grau de descentralização de uma federação, tornando-a um tanto mais centralizada, importe em ferir de morte o federalismo.

Nessa linha, a tendência centralizadora do mundo atual não deve ser analisada somente pela perspectiva de Alexis de Tocqueville que atribui ao espírito do povo uma das razões do sucesso da aplicação das leis, e portanto, do sucesso da federação.¹⁶² É assente que os Estados em que a federação surgiu como decorrência de sua realidade histórica tendem a resistir melhor ao impulso centralizador, pois o povo é receptivo ao que decorre de sua compreensão natural, parafraseando Tocqueville. O que não se apercebeu, contudo, que não é mais somente a questão centralização *versus* descentralização que deve ocupar os estudiosos do federalismo, mas a eficiência e eficácia do modelo adotado na realização dos direitos pluralistas e da sociedade global, na medida em que a descentralização é inerente ao sistema federal com as variações de grau adequadas à necessidade de cada Estado soberano.

A par de admitir-se um certo e inevitável grau de centralização, não se autoriza o total abandono das linhas autonomistas que caracterizam o federalismo. Há que se ter limites bem delineados sobre a centralização a ser operada. A intervenção da União, ou da vontade central, há de se restringir aos assuntos externos, aos de segurança, àqueles que possam causar conflitos entre as esferas subnacionais, desde que as medidas adotadas reflitam a vontade desses entes parciais e atendam as diversidades que a sociedade plural impõe. Nesse sentido, a federação encontra solo fértil para justificar-se.

O tema é de grande atualidade, pois é no equilíbrio da repartição dos poderes que o modelo federativo vai se aperfeiçoando para adequar-se às novas demandas da sociedade cada vez mais pluralista e diferenciada. É com esta preocupação que se pretende neste esforço ter sempre em vista que a federação, por meio de uma equilibrada repartição de poderes, é o palco onde os direitos são exercidos, favorecendo

162 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*: livro I, leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 184-192.

uma maior aproximação das pessoas ao poder político. A conformação das desigualdades entre as esferas federativas, seja no mesmo plano federativo, seja em âmbitos diferentes, em última análise, representa a conformação das diferenças das pessoas que vivem em seus territórios.

2. A federação como relativizadora do caráter homogeneizador do Estado na modernidade

O tema enfrentado busca fazer uma rápida reflexão sobre o papel do Estado na organização da sociedade moderna e seus reflexos na elaboração do modelo federal, a fim de estabelecer a base teórica do presente esforço acadêmico.

Consoante o método dialético de Hegel¹⁶³, cada período na história costuma representar uma contraposição ao período anterior, buscando superá-lo. Nesse sentido, o Estado liberal surgiu para se sobrepor ao Estado absoluto de poderes concentrados em um único núcleo, primando pelo ideal de liberdade individual¹⁶⁴, pela igualdade e pela proteção do indivíduo. Nesse ideal de igualdade de todos perante a lei, foi inevitável a criação de um instrumento que congregasse os direitos reclamados. Assim, a Constituição Norte-Americana de 1787, juntamente com a Constituição da França de 1791, após a Revolução Francesa, com suas constituições escritas e rígidas, representam a origem do constitucionalismo.

O moderno Estado surgido, portanto, com o modelo liberal, procurava assegurar uma igualdade no seu aspecto numérico, concebida no reconhecimento dos mesmos direitos fundamentais a todos. As regras de igualdade nestes termos, no entanto, eram, na prática, não-igualitárias¹⁶⁵. O Estado, sob este viés, buscava proporcionar um contorno homogêneo à vida social.

163 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Traduzido por Orlando Vitorino. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

164 Sobre o primado da liberdade como idéia e dedução de um regime federalista, ver PROUDHON, Pierre-Joseph. *El princípio federativo*. Traduzido para o espanhol por F. Pi y Margall. Madrid: Aguillar, 1971.

165 OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12ª ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, 2004. p. 599.

Nesse contexto sócio-político, surge a federação americana. Como matriz do federalismo¹⁶⁶, é emblemática no sentido de buscar conciliar as tensões provocadas pelo desejo de unidade – ou igualdade – na diversidade existente, sendo essa dicotomia o eixo central dessa forma de organização estatal¹⁶⁷. É na tensão, portanto, entre diferença e igualdade, entre exigência de reconhecimento da diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade, que se debatem os tempos modernos, tanto nas lutas sociais, sob as mais diversas formas de pluralismos – multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais¹⁶⁸ – como na organização política dos Estados federais, que ao final refletem os conflitos daquelas temáticas no interior da sociedade.

O Estado federal, por fim, como forma de divisão territorial do poder político com base em uma Constituição, ao tempo em que busca a unidade, mas favorece a descentralização de poder, mitiga a tendência homogeneizadora do Estado, na medida em que aproxima o poder político do povo, reconhece-lhe a diferença e promove o verdadeiro conteúdo do princípio da igualdade¹⁶⁹.

2.1. O conteúdo da igualdade entre os homens: base para as regras de distribuição de competência na federação

O debate em torno da igualdade - ou desigualdade - vem inquietando o homem em todas as formas de sociedade desde os tempos antigos. A definição do que seja igualdade, discutida com fervor nas searas filosóficas, não menos interessa aos ordenamentos jurídicos que se apossaram do termo, fazendo-o letra viva do direito positivo.

166 Sobre a confusão do significado da expressão federalismo, ver LEVI, Lucio. *Federalismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12ª ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, 2004. p. 475.

167 FEITOSA, Raymundo Juliano. Federalismo: uma aproximação teórica e empírica. In: *Anuários dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, UFPE/CCJ, ano 9, nº 9, 1999. p. 237.

168 SANTOS. Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25.

169 Corroborando a assertiva, Eliseo Aja ao discorrer sobre o Estado unitário afirma “Por ejemplo, en Francia o en Holanda, las mismas leyes se aplican a todos os ciudadanos em todos los rincones del Estado. Es el reino de la igualdad de derechos entre los ciudadanos, pero también de la uniformidad, que puede ser negativa si existen diferencias entre sectores de la población”. In: AJA, Eliseo. *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza, 1999. p. 18.

O significado de igualdade que interessa ao presente artigo, como corte metodológico, é a igualdade entre os diferentes membros da federação, que em última análise reflete a igualdade que deve existir entre as diferentes pessoas que habitam em seus territórios. Daí a necessidade de se trazer a lume, sem maior aprofundamento, a discussão acerca do conteúdo da igualdade entre os homens nos Estados democráticos, onde a federação encontra sua morada.

A evolução do conceito de igualdade caminha *pari passu* com a luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais. Por isso, é crescente a preocupação com os direitos humanos nos Estados democráticos. Mas nem sempre foi assim. A história é pródiga na demonstração de o quanto aqueles direitos foram aviltados. Mas a ideia da existência de direitos em relação ao indivíduo já existia desde a Antigüidade.

Ferreira Filho, exemplificando com a obra *Antígona*, de Sófocles, e com o diálogo *De legibus*, de Cícero, aponta a Antigüidade como remoto ancestral da doutrina de direitos fundamentais, no qual se inclui a igualdade entre os homens, referenciando a um Direito superior dado aos homens pelos deuses¹⁷⁰.

Na baixa idade média, na passagem do século XII para o século XIII, verifica-se o marco inicial da limitação dos poderes dos governantes, representado pela insurgência contra a concentração de poder, manifestada na península ibérica com a “Declaração das Cortes de Leão”, de 1188, e na Inglaterra, com a “Magna Carta”, de 1215. Lutava-se pela liberdade e igualdade, não aquela em benefício de todos buscada ao final do século XVIII, mas liberdades pontuais em favor de alguns estamentos, tais como o clero e a nobreza, fazendo-se algumas concessões em benefício do povo, o terceiro estamento¹⁷¹.

No tocante à tributação, encontra-se na “Magna Carta”, de 1215, e na “Petição de Direitos”, o estabelecimento do prévio consentimento para a exigência de tributos ou o estabelecimento de derrama¹⁷².

170 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

171 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.

172 MIRANDA, Jorge (Org.). *Textos históricos de direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980. pp. 13-19.

A “crise da consciência européia” no século XII, como afirmado por Comparato, deu ensejo novamente ao sentimento de liberdade, movido pela lembrança de resistência à tirania, bem como pela necessidade de harmonia social desfeita pela guerra civil.

O cristianismo, por sua vez, trouxe a ideia de igualdade dos homens perante Deus, ressaltando o poder superior divino, concepção esta desenvolvida por São Tomás de Aquino¹⁷³.

O habeas corpus e o Bill of Rights, no final do século XVII, como garantia das liberdades pessoais, beneficiava somente os segmentos historicamente privilegiados, a saber, o clero, a nobreza e em alguns casos a burguesia rica. O mérito, no entanto, daquela última carta de direitos foi incrustar a ideia de um Parlamento, ainda que não representativo de todo o povo, mas como promissor na garantia institucional de defesa das liberdades civis¹⁷⁴. As declarações inglesas tiveram por finalidade limitar o poder do monarca, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e afirmar a supremacia do Parlamento¹⁷⁵.

Mas foram as modernas declarações de direitos surgidas a partir do século XVIII, com as revoluções americana e francesa, que deram a principal contribuição para a doutrina dos direitos fundamentais. A primeira, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 1776, preocupada com a estrutura de um governo democrático, estabelecendo um sistema de limitação do poder estatal como tal, inspirada na crença da existência de direitos inatos e imprescritíveis do homem¹⁷⁶.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, oriunda do pensamento iluminista europeu com reflexos nos Estados Unidos da América, erigiu os direitos fundamentais como núcleo central, o que, mais tarde, viria compor as constituições escritas dos Estados democráticos. Surgia, então, a ideia primeira de Estado de Direito.

A concepção de Estado de Direito, cunhada nas aspirações liberais que se contrapõem ao Estado absoluto, não se compadecia com

173 SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 63.

174 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 36-37.

175 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.154.

176 Idem. p. 154.

o desrespeito aos direitos fundamentais. É certo que a proteção dos chamados direitos fundamentais muito tem evoluído desde então. A própria concepção de Estado de Direito, antes concebida somente pela visão do princípio da legalidade, ora ganha ares de constitucionalidade, muito mais abrangente, trazendo para o interior das Constituições maior normatividade na proteção daqueles direitos.

Enquanto direito fundamental, a igualdade almejada no Estado liberal era numérica, ou seja, tratamento igual para todos, sem distinção de raça, religião, dentre outros, como contraposição ao tratamento desigual do Estado Absolutista, que privilegiava o indivíduo de acordo com o estamento a que pertencia. Nesse sentido, a igualdade ficou reduzida a uma concepção meramente formal e tecnicista. A igualdade era vista sob o prisma de ideal a ser alcançado por todos os homens, pela via da proibição de elaboração ou aplicação de leis que promovessem tratamento não-igualitário aos cidadãos, deixando de lado as desigualdades que de fato ocorriam entre estes.

Oppenheim, ao comentar os critérios tradicionais de igualitarismos ou de partes iguais para todos, pondera:

Há até princípios gerais, como os da Revolução Americana ou da Revolução Francesa, que proclamam que é necessário reconhecer a todos os mesmos direitos fundamentais, o que equivale a dizer que os respectivos Governos os hão de reconhecer a todos os cidadãos, seja qual for o sistema político. Se igualitarismo significasse partes iguais de tudo para todos, todas as regras existentes seriam, na prática, não igualitárias¹⁷⁷.

A ideia tradicional de igualdade restrita a uma dimensão puramente formal, com o decorrer do tempo, mostrou-se insuficiente para realizar a igualdade em todas as suas potencialidades.

Os ideais da Revolução Francesa, no entanto, influenciaram o ordenamento positivo das nações, após adentrarem no âmbito constitucional destas, e tenderam a se espriar para os demais ramos do Direito, que especificamente o adotaram.

177 OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12ª ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, 2004. p. 599.

A preocupação advinda dos grandes eventos históricos degradantes para a humanidade, principalmente os decorrentes da Segunda Guerra Mundial, impulsionou as tentativas do estabelecimento de mecanismos internacionais de proteção ao homem, carreando para o ordenamento jurídico positivo de cada nação inicialmente a *vontade de concretização* e atualmente de *efetiva concretização* da proteção de direitos que assegurassem a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

Assim, inafastável é a vinculação de direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzindo à ilação da universalidade de tais direitos, representados pelo lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (Declaração dos Direitos do Homem de 1789)¹⁷⁸.

Os direitos fundamentais, neles incluído o direito à igualdade, com efeito, passaram a constar no catálogo das Constituições, em consonância com o modelo de sociedade estabelecido e, como essência do Estado de Direito, com este veio evoluindo de acordo com as transformações e necessidades da sociedade, seja na visão da teoria dos direitos fundamentais, seja sob o enfoque do direito positivo.

É a própria evolução da sociedade que está a demandar a resolução do conflito entre a igualdade jurídica, em sua versão liberal calcada na vedação de privilégios pessoais, e o anseio de igualdade real ou de igualdade de fato entre os homens. Mas como aproximar a igualdade jurídica da igualdade de fato?

Oppenheim ensina que a igualdade pode ser afirmada em função de certas características pessoais; quer da distribuição feita por alguém pelo menos entre dois; quer de normas que estabelecem como tal distribuição há de ser efetuada¹⁷⁹.

A igualdade das características pessoais diz respeito a certas características que devem ser especificadas, como, por exemplo, a igualdade quanto à idade, à cidadania, à raça, rendimentos, aptidão ou necessidades. São em substância semelhantes sob tais aspectos. Sob esse

178 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562.

179 OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12ª ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, 2004. p. 597.

prisma, pode ser aferido empiricamente se duas pessoas possuem a mesma idade, a mesma cor, a mesma raça ou a mesma nacionalidade. São assertivas descritivas e não normativas.

Por seu turno, a *igualdade de tratamento* se verifica empiricamente quando duas ou mais pessoas são tratadas de forma igual. Se X e Y podem tirar carteira de identidade, receber proventos de aposentadoria, pagar tributos, então recebem tratamento igualitário por parte de Z. Por outro lado, se X é chamado a pagar o imposto de renda e Y é beneficiado com isenção tributária, recebem de Z tratamento desigual no tocante a esse aspecto. A igualdade ou desigualdade de tratamento, como observado acima, está a depender da norma de distribuição aplicável. O tratamento é sempre igualitário quando atende as regras que predominam. Se os homens podem ingressar nas Forças Armadas e as mulheres não, segundo Oppenheim, recebem o mesmo tratamento porque são tratados de modo imparcial segundo as regras predominantes¹⁸⁰.

No entanto, há de se questionar a possibilidade de se *classificar uma regra*, ela própria, *de igualitária ou não-igualitária*. Na verdade, o problema levantado pelo mestre Oppenheim, além de encontrar amparo nas mais variadas discussões filosóficas, é também de total interesse para o Direito, no sentido de se distinguir a *igualdade perante a norma e na norma*. O primeiro caso, é resolvido na forma acima descrita: o paradigma normativo é observado pelo aplicador de forma imparcial. O paradigma é a própria norma que estabelece ou não o elemento discriminatório. A segunda situação, a *igualdade na norma*, é o que tem levado os filósofos, jusfilósofos e publicistas a um amplo debate.

A igualdade concebida por Aristóteles¹⁸¹ pode ser desdobrada em várias facetas: a) a igualdade numérica ou absoluta calcada na inexis-

180 Idem. p. 598.

181 "Duas espécies existem de igualdade: aquela em número e a proporcional. Denomino igualdade em número aquela que é semelhante e igual relativamente à grandeza e à quantidade; igualdade proporcional eu considero a semelhança de relação. Exemplificando: três é maior do que dois, e dois é maior do que um em número igual; porém quatro passa além de dois e vai além de um com proporção igual, porque dois é uma parte de quatro, e um é uma parte de dois, quer dizer a metade. Ora, concordando os cidadãos em ter como justa a igualdade absoluta, não estão de acordo sobre a igualdade proporcional, como antes se disse; uns, por serem iguais em alguma coisa, supõem que o são em todas as coisas; outros, porque têm alguma real vantagem, querem toda espécie de privilégios". In: ARISTÓTELES. *Política*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 231.

tência de qualquer discriminação: partes iguais para todos¹⁸². A igualdade nesse sentido implica em verdadeira desigualdade. Como assinalado anteriormente, esta idéia de igualdade absoluta permeou as declarações de direitos por ocasião das revoluções francesa e americana; b) a igualdade proporcional, ou *das relações*, baseada na atribuição de maiores benefícios aos mais carentes e imposição de maior ônus aos aquinhoados¹⁸³. A aplicação de tal igualdade requer uma regra de distribuição, por meio da qual estejam especificadas as características pessoais determinadas pela regra. A intensidade da discriminação vai depender da quantidade de benefício ou de ônus estabelecida pela própria regra; c) a igualdade proporcional pelo mérito: partes iguais a pessoas de iguais merecimentos¹⁸⁴. A igualdade, nesse sentido, reflete-se na proporção do mérito individual ou mérito relativo. O problema desta visão da igualdade é o subjetivismo que a envolve. Estabelecer quem mais merece foge de verificação objetiva, dificultando a mensuração por depender do grau de merecimento de cada pessoa, aferível por avaliação subjetiva; d) partes iguais aos iguais e partes desiguais aos desiguais, no sentido de concessão de benefícios ou ônus consoante as características que designa como relevantes. Por esses aspectos, uma regra atentaria contra a igualdade se os iguais fossem tratados desigualmente ou os desiguais recebessem tratamento igualitário¹⁸⁵.

Refletindo sobre as ponderações de Aristóteles acerca da questão da igualdade contrapondo-a à *igualdade perante a norma*, poder-se-ia inferir que, em quaisquer das hipóteses elencadas, aquela restaria atendida. Desde que satisfeitas as características exigidas pela regra, em tese, configurar-se-ia a *igualdade perante a norma*. Assim, sob determinado aspecto, toda norma, enquanto condição inafastável para realização da igualdade, seria igualitária.

Por outro lado, as definições acima não atendem a *igualdade na norma* ou do caráter igualitário da norma. Retornando às lições de Oppenheim e voltando especificamente para sua indagação se “existe um critério que nos permita classificar qualquer regra (efetiva ou imaginável) de distribuição como igualitária ou não-igualitária, prescindin-

182 Idem. pp. 175, 214, 229, 231.

183 Idem. p. 231.

184 Idem. p. 133.

185 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Traduzido por Mário da Gama Kury. 4^a ed. Brasília: UNB, 2001. pp. 95-96.

do de toda consideração avaliatória ou normativa”, da mesma forma constata aquele autor, analisando também outras versões clássicas de igualitarismo como as referentes a “partes iguais a um grupo relativamente grande”, “distribuições desiguais correspondentes a diferenças relevantes”, “distribuições desiguais justas”, “igualdade processual”, dentre outras, que todas as regras para determinar um conceito frutífero de igualitarismo não obtiveram êxito. No entanto, acredita na possibilidade de se encontrar um critério que atenda a indagação inicial¹⁸⁶. Busca a resposta por meio das “regras de nivelamento”, propondo que se designe como igualitária uma regra de distribuição quando ela nivele, ou ao menos reduza, as diferenças existentes inicialmente. Nesse sentido, as regras de distribuição são consideradas sob o ponto de vista dos resultados.

O pensamento do mestre vai ao encontro do entendimento de *igualdade na norma* que se pretende estabelecer neste artigo. Partindo-se da existência de diferenças, o que pressupõe que a distribuição inicial é desigual, busca-se uma regra de redistribuição que, tendo como parâmetro a distribuição anterior, auferir um resultado igualitário. A fórmula de nivelamento da igualdade contemplaria os mais diversos âmbitos da vida humana como a riqueza, não com o objetivo de especificamente “igualar” ricos e pobres, desde que utópico, ante as características humanas pessoais que logo levariam a um novo estado de desigualdade, mas no sentido de reduzir as diferenças existentes; a igualdade de oportunidade, baseada na possibilidade de acesso a todos mediante a competição; satisfação de um mínimo de necessidades fundamentais a partir das necessidades não satisfeitas; a cada um se-

186 “[...] Se o igualitarismo se definisse como ‘partes iguais para todos’, nenhuma regra seria igualitária; se significasse ‘partes iguais aos iguais’ ou ‘Igualdade proporcional’, toda regra o seria; e qualquer regra poderia ser igualitária se baseada em definições relativas ao mérito, às diferenças relevantes ou à justiça. A Igualdade processual não designa sequer uma das características das regras de distribuição. ‘Partes iguais a um grupo relativamente grande’ continua sendo a definição mais aceitável; mas já chamamos a atenção para o fato de que a sua aplicação conduz a resultados muitas vezes opostos à intuição. Com efeito, até os fautores da discriminação racial tendem a considerar inigualitário restringir os benefícios assistenciais aos brancos independentemente da ‘necessidade’ (mesmo que a grande maioria da população seja branca), e igualitário, ao invés, efetuar pagamento assistenciais em benefício dos necessitados, independentemente da raça ‘mesmo que os necessitados sejam uma pequena minoria’). Creio ser possível encontrar um critério descritivo geral de igualitarismo que leve em consideração tais distinções”. In: OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12^a ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, 2004. p. 602.

gundo a sua capacidade. Estabelecido o nivelamento por meio das regras anteriores, o resultado dependerá da competência ou habilidade de cada um¹⁸⁷.

Do pensamento de Oppenheim extrai-se a idéia que se tem por adotada neste artigo para se estabelecer um critério de valoração igualitária das diferenças na federação: partindo-se da constatação da existência de diferenças (distribuição inicial), a regra a ser buscada contemplará uma distribuição inigualitária de competências, que redundará numa redistribuição mais igualitária. Estabelecido o nivelamento, o resultado final dependerá de cada ente federativo, segundo a sua capacidade de administração, habilidade em superar dificuldades e conter gastos, dentre outras características específicas.

3. O que é federação?

A tendência do Estado moderno, como assinalado, é a de impingir tratamento homogêneo à sociedade em todos os seus aspectos. O surgimento da federação favoreceu a mitigação dos contornos homogeneizadores do Estado, fazendo do conteúdo da igualdade limite e ponto de respeito às diferenças, no sentido de acomodá-las no seio político e social.

Nessa direção, deve ser previamente fixado o entendimento do que seja a forma de Estado que denominamos de federação. A importância reside na medida em que é no Estado Federal que a repartição de competências se faz de forma substantiva.

A par disso, sem pretensão de esgotar o estudo sobre o Estado e suas formas de organização, é mister entender a federação inicialmente em confronto com o seu oposto, o Estado unitário. Os Estados têm adotado diversas formas para se constituírem, bem como são várias as classificações propostas pela doutrina considerando os elementos e as características do tipo adotado.

Interessa ao fim colimado, principalmente a classificação que contrapõe o Estado unitário ao Estado federal, dando relevo às formas jurídicas que adotaram no que diz respeito à distribuição do poder no seu território. Destaque-se que tal diferenciação nem sempre é fácil,

187 *Idem*. pp. 602-605.

tendo os autores lançado mão de vários critérios que muitas vezes não são suficientes para estabelecer a distinção necessária. O critério mais usual é o que diz respeito a sua centralização ou descentralização. Nesse aspecto, entretanto, deixa-se consignado que não há Estado puramente centralizado ou descentralizado.

Feita tal consideração, quanto à sua forma, os Estados podem ser simples ou unitários, ou compostos. Dentre estes, situa-se o *Estado Federal*, forma de organização estatal imprescindível ao tema que se vai enfrentar, que se caracteriza, em geral, pela participação da vontade das ordens parciais na formação da vontade geral, pela *repartição constitucional de competências*, possibilidade de auto-organização por uma carta constitucional própria, rigidez constitucional, inexistência do direito de secessão, intervenção federal nas ordens parciais, existência de um tribunal constitucional, dentre outros característicos. Situada a federação, em que a distribuição de poderes, sob a forma de repartição positivada, é antes de tudo imprescindível à sua própria caracterização, mister é compreender a definição de federação adotando-se como ponto de partida a multiplicidade da aceção de Estado, como se verá a seguir.

3.1. As múltiplas facetas da definição de Estado e de sua maior expressão qualitativa: a federação revelada no Estado federal

A configuração do Estado não é recente, não obstante o seja a utilização do termo, corrente no uso atual. A história, a filosofia, a sociologia, e as demais ciências humanas e sociais, encarregaram-se de demonstrar a preocupação dos que se ocuparam, e se ocupam, em definir e discutir a forma de reunião de pessoas ligadas por um vínculo de poder. Poder este que era, nos seus primórdios, exercido dentro do próprio âmbito familiar. A família, como demonstra Aristóteles, em sua *Política*¹⁸⁸, é a forma mais antiga, ou embrionária, de sociedade. O Estado evoluiu da própria sociedade, constituindo-se na mais complexa de todas elas.

Considerando a complexidade do Estado é que não se torna fácil a tarefa de se tentar conceituá-lo ou mesmo defini-lo, o que foi sendo

188 ARISTÓTELES. *Política*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 13.

feito ao longo da história conforme a visão daquele que se incumbia de tal mister.

Embora a palavra “Estado” já houvesse sido utilizada anteriormente, coube a Nicolau Maquiavel a inclusão da expressão no âmbito da literatura política¹⁸⁹, em sua obra *o Príncipe*, que em seu capítulo primeiro, deixa consignado: “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados”¹⁹⁰. Na realidade, não foi Maquiavel que pela primeira vez utilizou a expressão “Estado”, mas a popularidade alcançada com sua obra foi decisiva na divulgação do termo, ao longo da história, como definidor da organização de indivíduos, reunidos num mesmo território, e submetidos a um poder diretivo.

Várias doutrinas, com seus diferentes pontos de vista, seja no tocante ao objeto, ao método, à concepção do sistema social, buscaram conceituar ou mesmo explicar a existência do Estado. Com efeito, as correntes filosóficas, jurídicas, sociológicas, enfrentaram o tema Estado. Com George Jellinek, em sua *Doutrina Geral do Estado*, 1910, teve-se discutida a distinção entre doutrina sociológica e doutrina jurídica do Estado. Ganhou relevo em vista da tecnicização do Direito Público e ao entendimento do Estado como pessoa jurídica que dela se originara. Tal tecnicização era consectário natural do entendimento do Estado como órgão de produção jurídica, como ordenamento jurídico, enfim. Seguiu-se que o Estado não somente era ordenamento jurídico mas, por via dele, uma forma de organização social, tema ao encargo dos sociólogos, não dos juristas, e de todos aqueles que se debruçam no estudo das várias formas de organização da sociedade. Max Weber, adotando o entendimento de Jellinek, busca em a *Doutrina Geral do Estado* distinguir o ponto de vista jurídico do Estado de seu ponto de vista sociológico, aproveitando para posicionar-se como sociólogo. Por sua vez, Kelsen em crítica a dupla visão de Jellinek defende que o Estado é o ordenamento jurídico, e só. O Estado e o Direito fundem-se. O Estado é o Direito e o Direito é o Estado. Ganham força novamente as teorias ligadas à sociologia, mais precisamente à sociologia política,

189 MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 8ª ed. rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41.

190 MAQUIAVEL. *O príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 29.

avançando com o advento do Estado social, que substituiu o puro Estado de Direito. O Estado passa a ser visto como uma forma complexa de organização social, em que o direito é apenas uma parte. Destacaram-se, dentre estas, as teorias marxistas, compreendendo as relações econômicas em cada época, caracterizadas por uma determinada forma de produção, e teoria funcionalista, sendo o Estado uma das quatro funções fundamentais do organismo social. Seus maiores representantes são, respectivamente, Marx e Parsons. Prevaleceu, mais recentemente, a representação sistêmica do Estado, inspirada em alguns aspectos na teoria dos sistemas, por meio da correlação entre as demandas sociais e as respostas por parte das instituições políticas¹⁹¹.

No sentido de uma definição de Estado, concebida na sua versão moderna, em que se leva em consideração seus elementos, muitas são as definições dadas pelos filósofos, jusfilósofos e juristas. Tem-se que seria a “nação politicamente organizada”, definição que sofre severa crítica, uma vez que no conceito de nação não se teria presente o elemento território, essencial a qualquer tentativa de conceituação do Estado.

Considerando as definições de Estado declinadas por tais correntes, a par de suas diversas acepções, retiram-se os elementos essenciais que a ciência política atual considera ao enfrentar a concepção moderna do que seja o Estado, formulações materiais e formais, dispostas na combinação de povo, território e poder soberano. E é na esteira da combinação desses elementos, com conteúdo semântico moderno do que seja Estado, que surge a federação revelada, formalmente, no Estado Federal.

Dessa feita, e tendente a encontrar apenas uma definição e não um conceito, a federação pode ser definida, inicialmente, no seu aspecto clássico, levando-se em consideração o pacto firmado e a autonomia dos Estados-membros. O poder encontra-se nas ordens parciais que o outorgam ao Estado Federal. Nesse sentido, Jellinek define o Estado Federal como sendo um Estado dotado de soberania, composto por uma variedade de ordens jurídicas parciais, fontes do poder do Estado, entrelaçados numa unidade estatal¹⁹².

191 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. pp. 56-62.

192 JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, p. 621.

A definição de Jellinek revela a existência de um entrelaçamento entre as ordens parciais que dão unidade ao Estado Federal.

Na mesma linha de raciocínio, mas incluindo a base constitucional e da vedação do direito de secessão, Cristiano Martins assenta que a federação é a união de organizações políticas autônomas, marcada pela indissolubilidade, fundada numa constituição onde são fincadas as bases de uma pluralidade de fontes e de poder, caracterizada pela participação das vontades parciais na vontade geral¹⁹³.

Na esteira das definições declinadas, e avançando um pouco mais, pode-se fixar o entendimento de que existe federação quando a tutela constitucional ampara a autonomia das vontades parciais, permitindo-lhes surgir de poder constitucional próprio¹⁹⁴, quando a vontade dos Estados-membros é determinante para a formação da vontade geral e quando tem como objetivo alcançar a eficácia na ordem interna *com vistas ao atendimento dos pluralismos dos diferentes grupos que compõem seu povo*, assegurando, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação¹⁹⁵.

Esta última é a definição que se tem numa concepção pós-moderna de federação, em que não somente se destacam a soberania, o pacto e a autonomia dos Estados-membros, mas o objetivo imprescindível a esta forma de organização social e política, o compromisso com o direito e sua aplicação, *refletido no atendimento das assimetrias dos grupos sociais pertencentes ao seu território*, características importantes na distribuição de poderes.

3.2. O ponto de partida e o cenário pós-federação norte-americana

Ainda no sentido de entender o que seja federação, tomou-se como ponto de partida a federação americana por representar o primeiro Estado que, formalmente, adotou essa forma de organização política estatal, com as características básicas que a identificam na atualidade.

193 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional*: limites e possibilidades na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 133.

194 MANGABEIRA, João. A organização do poder legislativo nas constituições republicanas. In: *Estudos sobre a constituição brasileira*. Rio de Janeiro: 1954. p. 113.

195 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171.

Os debates (os artigos federalistas) entre Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram decisivos para solidificar as bases do federalismo. As discussões levariam ao desejo de uma Constituição para a federação. Ao final, erigiram-se as bases do Estado Federal Norte-Americano¹⁹⁶.

Buscavam os Convencionais de Filadélfia novas diretrizes para os Estados, num sentido de unificação. Desejavam, entretanto, ver mantidas as peculiaridades de cada um, sua independência e individualidade. Objetivavam, pois, a edificação de um sistema que preservasse a autonomia regional das províncias, aliado a um governo central forte que bem conduzisse a política nacional.

A independência, nesse sentido, não mais guardava referência com soberania, esta conformada com o próprio Estado Federal, mas com uma forma de liberdade que assegurasse a todos os Estados parciais o direito de gerir e legislar sem, no entanto, quebrar a almejada unicidade da federação instituída. Abdicaram, por conseguinte, da soberania que lhes era inerente, e adquiriram autonomia enquanto membros do Estado Federal, este sim soberano.

Dáí advir o conteúdo autonomista que caracterizou a federação e o poder que foi assegurado às chamadas vontades parciais em detrimento da soberania da qual optaram por abrir mão. Essa autonomia, na sua origem, era de caráter territorial, própria do século XVIII, e foi mudando de concepção com a evolução do federalismo.

O Estado federal tem origem, por conseguinte, no elo formado pelas partes autônomas, que entrelaçadas, formam, independentemente da vontade de cada um, uma vontade comum, ou, como se tem denominado, uma vontade geral, corporificada por um poder central. É neste relacionamento de vontades parcial e geral que reside o âmago da federação. É neste acordo que, no evoluir da história, encontram-se as variações do Estado federal, no tocante à sua manutenção ou extinção.

A originalidade do modelo formal adotado, em que as vontades parciais participam da vontade geral foi se transformando com a evolução histórica do federalismo.

196 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russel, 2003. p. 33.

O federalismo advindo de luta histórica do povo americano na aspiração pela independência, não descurou de deixar fixadas suas raízes em bases sólidas. As colônias independentes possuíam suas constituições, a confederação tinha seus pontos básicos previstos em documento escrito, e a federação, como não poderia deixar de ser, adotou uma Carta, escrita e rígida, para estabelecer a organização política do novel Estado norte-americano.

Estabelecido o Estado federal norte-americano, sob o manto de uma Constituição escrita que prescrevia pontos fundamentais a serem obedecidos pelos Estados-membros, passou-se à fase de adequação do antigo ao novo sistema.

Os Estados em sua grande maioria, doze dos treze que compunham a federação, já possuíam suas próprias Constituições escritas, que em muitos pontos coincidiam com as prescrições da Constituição Federal, em que temas como separação de poderes, congresso bicameral, declaração de direitos, dentre outros, já se faziam presentes.

A Constituição Norte-Americana fixou alguns pontos importantes, que hoje são princípios fundamentais do constitucionalismo, tal como o das constituições escritas, que representam uma forma de limitação ao poder governativo, na medida em que em seus textos se deixam consignadas a separação dos poderes e a declaração de direitos dos cidadãos. É a limitação do poder estatal, inspiração das lutas liberais que se opunham ao Estado absolutista.

A Constituição no Estado federal, portanto, além de limitar os poderes possui a incumbência de distribuí-los entre os componentes da federação.

A ideia inicial dos convencionais era um federalismo baseado na autonomia dos Estados, autonomia essa concebida no aspecto territorial. Um federalismo que se convencionou chamar de dualista. Tal concepção de federalismo importava na abstenção do Estado, como organismo político, na decisão dos casos mais importantes para a vida social, o que de fato não ocorreu, uma vez que sempre se verificou a atuação conjunta da União e dos Estados-membros, nas situações necessárias e comuns.

O chamado federalismo cooperativo emergiu e com ele se fortaleceu, ainda mais, o poder central, representado pela prestação, por par-

te da União, de auxílio financeiro aos Estados, que passaram a realizar as tarefas administrativas relacionadas à política federal.

Não se pode negar a feição centralizadora que a federação americana foi adotando e que perdura até os dias atuais. O federalismo americano, de início dual, passou ao federalismo cooperativo. Hoje há uma certa tendência à unificação dos problemas regionais, existindo nos Estados poderes autônomos que facilitam a prestação de uma grande variedade dos serviços públicos. É certo que a federação americana em muito se distanciou dos ideais originais do federalismo para adequar-se às mudanças ocorridas nos últimos tempos.

Mas um elemento se destaca na federação americana atual: a estrutura própria de produção de recursos fiscais em cada esfera de governo. Esse mecanismo representa a autonomia fiscal das esferas subnacionais, que obtêm recursos próprios para gerir os serviços públicos. Por outro lado, tal sistema levou a uma maior concentração dos poderes da federação, porquanto ficou aumentado o controle sobre as atividades dos Estados, restando evidente a tendência centralizadora que vem adotando aquela federação americana desde 1930.

O Estado federal norte-americano foi formado à base de um federalismo de agregação. Colônias independentes que se uniram para formar um Estado, que passariam a compor como membros. Entretanto, outras federações surgiram, mas nem todas se formaram advindas de Estados independentes ou soberanos. Tal variação do federalismo motivou a doutrina a identificar o Estado federal quanto à sua formação por agregação e por segregação.

No Estado Federal por agregação é imprescindível a existência anterior de Estados independentes. A reunião se dá posteriormente à existência dos Estados. Os Estados Unidos, a Alemanha, e a Suíça são exemplos de Estados federais que se formaram por agregação.

O Estado Federal por segregação forma-se da descentralização de um Estado unitário que se subdivide em parcelas autônomas. Os Estados que se formaram sob esta hipótese reuniram-se por motivos políticos ou de eficiência, esta última devendo ser objetivo de todo Estado federal na modernidade. Muitas vezes, um grande território dificulta o controle e a administração do Estado, o que inviabiliza a centralização

do poder. Nesses casos, a saída é a descentralização, escolhida por alguns sob a forma federativa. O Brasil formou-se por segregação.

Posteriormente à federação americana outros Estados adotaram o modelo federativo, uns obedecendo às suas raízes históricas, outros mudando a direção de sua vertente de organização política, mas por vontade própria aderindo a um federalismo que se revelava promissor em termos de organização estatal. Assim como na federação americana, o federalismo foi adquirindo novas cores e os Estados que a adotaram imprimiram novas variantes ao sistema federativo. Dentre estes a Suíça - tendência descentralizadora - e o Brasil - tendência centralizadora. Nesse ponto, a tendência centralizadora brasileira pode ser exemplificada na configuração da divisão de competência tributária do Estado federal brasileiro.

M. Frankel, em 1986, citado por Cármen Lúcia, concluiu pela existência de 20 Estados federais¹⁹⁷.

A dicotomia entre centralização e descentralização tem marcado a evolução das federações, fortalecendo-se cada vez mais o poder federal, como será adiante abordado, como característica de seu funcionamento.

4. Como funciona a federação?

Compreender a repartição de competências de um Estado Federal passa pela análise de seu funcionamento a partir do modelo federativo adotado nas respectivas constituições, bem como pelos aspectos de centralização e descentralização operados. Nem sempre, no entanto, o perfil federativo adotado constitucionalmente é o que se estabelece na prática. Foi o que aconteceu em alguns momentos da recente história federativa brasileira.

Objetivando estabelecer uma clara relação entre o modelo federal assumido na Constituição, tratar-se-á nos próximos tópicos dos traços que caracterizam a federação, e de como se opera a distribuição do poder no Estado Federal sob o prisma da centralização e da descentralização, com vistas à *conformação das diferenças existentes em seu território*.

197 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 170.

4.1. Traços paradigmáticos do federalismo

O Estado Federal, como visto, teve sua origem formal na federação norte-americana. O federalismo, no entanto, foi tomando características próprias em cada Estado que o adotou. A questão é saber se existem traços capazes de definir como funciona, em geral, esta forma de Estado, uma vez que cada federação possui características peculiares. Os estudiosos do federalismo têm mostrado, por meio da evolução histórica das federações, dados empíricos e jurídicos da legislação de cada país, que há possibilidade de se fazer um quadro das características comuns do federalismo, que serviram de paradigmas para todos os Estados que foram adotando o modelo federativo.

O Estado federal fundamentado numa Constituição é o instrumento maior do Estado federal. Elazar ensina que a prova inicial da existência do federalismo é a expressão, por via de uma Carta constitucional, da vontade de tornar-se federação manifestada por parte dos sistemas políticos envolvidos¹⁹⁸. O acordo federativo, por conseguinte, deve estar vazado numa Constituição, escrita e rígida, onde a tentativa de mudança do sistema federal somente seja permitida pela vontade do povo, mediante atuação do poder constituinte originário.

Outro paradigma do Estado federal é a existência de mais de uma ordem, uma central e outra parcial, sobre o mesmo território.

As ordens parciais numa federação são dotadas de autonomia, revelada pela descentralização de poderes¹⁹⁹. Cada ordem é provida de auto-organização, autogoverno e auto-administração, que lhes permite, em certo grau, *acomodar suas diferenças e necessidades*. O grau de descentralização varia de um Estado federal para outro. A doutrina, em grande parte, relaciona o grau de descentralização de um Estado com a sua própria origem histórica.

Como consectário da descentralização de poderes, outro traço das federações é a *repartição de competência*²⁰⁰. Nela reside, em grande parte, o equilíbrio da federação. É necessária, nesse sentido, uma adequada repartição de competência política, legislativa, administrativa,

198 ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987, p. 42.

199 LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 Países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp. 214-215.

200 TEMER, Michel. Considerações sobre o Estado federal. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 16, jun., 1980. p. 296.

e tributária, por meio das quais haja compatibilidade entre as atribuições recebidas e recursos financeiros suficientes para provê-las. A grande dificuldade enfrentada por algumas federações, inclusive a brasileira, é a decorrente da total ou parcial inadequação na distribuição de suas competências, principalmente a tributária. Muitas vezes a União recebe uma grande quantidade de incumbências, mas não lhe são garantidos recursos suficientes para custeá-las. E vice-versa, em relação ao Estado-membro e ao Município, este último no caso brasileiro.

A caracterizar um Estado Federal, encontra-se, ainda, o bicameralismo²⁰¹, por meio do qual possam as vontades parciais estar representadas. O maior fundamento de um sistema bicameral, ao invés de unicameral, reside na possibilidade de atribuir-se certa representatividade para as minorias, incluindo-se as vontades parciais menores numa segunda câmara, que nos Estados Federais tem sido a Câmara Alta, e que no Brasil é o Senado. Nela, as esferas subnacionais são representadas em número igualitário, o que garante uma efetiva representação das minorias.

A presença de um órgão guardião da Constituição e da repartição de competências é outro traço paradigmático do Estado Federal. No Brasil, é o Supremo Tribunal Federal o órgão constitucional.

Na federação, às ordens parciais não é dado o direito de separação. O pacto federativo tem caráter de indissolubilidade, o que pressupõe que somente através da violência haveria hipótese de uma ordem parcial desligar-se da federação.

Como último paradigma da federação, tem-se a intervenção federal, representativa das demais vontades parciais, com o escopo de manutenção do pacto. Para Bilac Pinto Filho, a intervenção federal é o reflexo da vontade das demais ordens subnacionais que formam a União Federal de intervir no Estado atingido pela conturbação constitucional, a fim de se estancar o mal passageiro que o acomete, para que os outros entes confederados não sejam negativamente incitados e atingidos²⁰².

201 Há Estados que não contam com a participação de todos os integrantes da federação na chamada Câmara Alta, como ocorre no Brasil onde os Municípios não têm representatividade no Senado.

202 PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 217.

Utilizando-se destes e de outros traços paradigmáticos é que a federação vem funcionando no decorrer da sua história, desde a sua instituição como forma de organização de Estado adotada pela federação norte-americana.

4.2. Distribuição de poder: centralização e descentralização

O poder político tem na unicidade sua maior característica, mas suas manifestações plurais podem originar-se de um único ou de vários centros de poder. Quando o centro é único tem-se a centralização política, ao contrário, a descentralização ocorre quando as decisões emanam de uma pluralidade deles²⁰³.

No Estado contemporâneo, a questão “centralização e descentralização” é relativa. Não há Estados totalmente centralizados ou descentralizados. Mesmo aqueles que adotam a forma jurídica de centralização não são fiéis a uma fórmula centralizadora ao extremo. Estabelecem técnicas constitucionais de descentralização, de exercício do poder nos seus respectivos territórios que não se enquadram no conceito clássico de Estado unitário, como se dá em Espanha²⁰⁴. O mesmo se verifica em relação às federações. Cada uma estabelece seu grau de centralização ou de descentralização consoante suas peculiaridades e seu evoluir histórico.

A distribuição de poderes, no entanto, é o cerne da federação, o que justifica a grande discussão dos teóricos do federalismo sobre o tema. No mundo pós-moderno reside na distribuição de poderes todo o mecanismo de funcionamento da federação. Distribuir poderes envolve questões várias, inclusive descentralização que implica no ato de atribuir-se autonomia aos Estados, revelada pelas competências necessárias ao exercício de suas atividades políticas, administrativas, legislativas e tributárias.

203 TEMER, Michel. Considerações sobre o Estado federal. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 16, pp. 289-312, jun., 1980. p. 290.

204 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços onstitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 171. Ver tb. AJA, Eliseo. *El Estado autonômico: federalismo e hechos diferenciales*. Madrid: Alianza, 1999.

5. Como a federação se justifica?

Sem perder de vista que a análise do modelo federativo, ora empreendida, busca-se uma justificativa para a federação dirigida ao objetivo maior do presente esforço acadêmico.

A tendência centralizadora do mundo atual não deve ser analisada somente pela perspectiva de Alexis de Tocqueville, que atribui ao espírito do povo uma das razões do sucesso da aplicação das leis, e, portanto, do sucesso da federação²⁰⁵. É assente que os Estados em que a federação surgiu como decorrência de sua realidade histórica tendem a resistir melhor ao impulso centralizador, pois o povo é receptivo ao que decorre de sua compreensão natural, parafraseando Tocqueville. O que não se percebeu, contudo, foi que não é mais somente a questão centralização *versus* descentralização que deve ocupar os estudiosos do federalismo, *mas a eficiência e eficácia do modelo adotado na realização dos direitos pluralistas e da sociedade global*, na medida em que a descentralização é inerente ao sistema federal com as variações de grau adequadas à necessidade de cada Estado soberano.

A par de admitir-se um certo e inevitável grau de centralização, não se autoriza o total abandono das linhas autonomistas que caracterizam o federalismo. Há que se ter limites bem delineados sobre a centralização a ser operada. Nesse sentido, uma harmoniosa repartição de competências que garanta a autonomia dos componentes do Estado Federal proporciona o equilíbrio necessário à manutenção da federação. A intervenção da União, ou da vontade central, há que se restringir aos assuntos externos, aos de segurança, àqueles que possam causar conflitos entre as esferas subnacionais, desde que as medidas adotadas reflitam a vontade desses entes parciais e atendam as diversidades que a sociedade plural impõe. Assim, a federação encontra solo fértil para justificar-se como se verá a seguir.

5.1. A propagada crise do federalismo

Discute-se a tendência centralizadora como prenúncio da morte do federalismo, sem atentar-se que a centralização reside em alguns pontos impostos pelo mundo atual. A federação quer permanecer federa-

205 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*: livro I, leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 184-192.

ção, o seu paradigma de distribuição de poder é que se modificou, sem com isso impor às ordens parciais subordinação tal que melhor seria “rasgar” a Constituição e instituir o unitarismo.

A questão deve ser colocada nos seguintes termos: é admitido, inclusive pela doutrina, que o grau de centralização varia de federação para federação. A Suíça é uma das mais descentralizadas e a Venezuela uma das mais centralizadas²⁰⁶. Primeiro ponto, na federação não há descentralização ou centralização total. Segundo ponto, a centralização que vem sendo operada decorre do Estado globalizante do mundo pós-moderno que impõe práticas que, em alguns aspectos, inviabilizam a autonomia das ordens parciais por exigir a atuação do poder central. O desenvolvimento do comércio mundial entre os Estados, a evolução tecnológica, a intervenção econômica são, neste momento, irreversíveis. A proximidade do cidadão ao poder central, decorrente de sua identificação com o interesse nacional, relegou os Estados-membros a uma posição de desvantagem. E, é claro, nos países com tradição histórica de unitarismo, como é o caso do Brasil, a tendência centralizadora acentua-se. Terceiro ponto, os Estados Unidos, ator primeiro do federalismo, com raízes históricas de Estados-membros autônomos, antes soberanos, padecem com a pseudocrise da federação. Todavia, a aparente debilidade do federalismo mais condiz com uma necessidade premente de transformação em função da realidade pós-moderna que, como querem os tradicionais federalistas, com o seu perecimento. Quarto ponto, a volta ao unitarismo não interessa aos que aderiram à federação. O cerne da questão está em saber se a federação, com todo o intervencionismo do poder central, está a atender às necessidades de seu povo, elemento humano do Estado. O intervencionismo estatal quando em descompasso com o interesse público descaracteriza a federação, mas, ao contrário, a justifica, se voltado para as finalidades sociais e democráticas.

Ressalte-se, no entanto, que a variação admitida é de grau razoável de centralização ou de descentralização, impondo que os extremos não se compadecem com o espírito federativo, pois a centralização ao máximo retiraria, por completo, a autonomia dos Estados-membros aproximando-os do Estado unitário e a extrema descentralização cul-

206 LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 217.

minaria com Estados altamente autônomos, sem unidade, achegando-se a uma certa independência, própria de Estados soberanos, identificando-os com a confederação.

A partir desse prisma, admitir-se a crise é dar outro enfoque à questão. O mesmo que o Direito convive com as quebras de seus paradigmas jurídicos. O ponto é saber se a federação se justifica no mundo pós-moderno. Como no Direito, a federação busca saídas para adaptar-se aos novos tempos e não é somente na dicotomia centralização e descentralização que reside o problema. No entanto, é certo que a descentralização favorece o pluralismo em todas as suas formas. Como consectário, o pluralismo se compatibiliza com a tendência universalizadora de democratização. A federação, sob esse prisma, mitiga a tendência homogeneizadora estatal, encontrando o verdadeiro conteúdo da igualdade.

6. A federação brasileira: tendência centralizadora

Dentre as federações com tendências notadamente centralizadoras tem-se a República Federativa do Brasil.

As bases da federação brasileira estão assentadas numa Constituição federal, escrita e rígida, não obstante as inúmeras emendas que a atual Carta já sofreu. Adotou-se o bicameralismo, Câmara dos Deputados e Senado, este composto pela representação dos Estados-Membros. Possui uma Casa Constitucional que zela pela Constituição e, conseqüentemente, pela federação. Os membros federativos possuem poder de auto-organização, mediante a edição de uma Constituição própria, e de autogoverno, pois os governantes podem ser escolhidos pelo povo local. A Constituição veda a secessão, sendo a federação cláusula pétrea. Dispõe de mecanismo de segurança necessário à manutenção da federação, a intervenção federal.

O Estado federal brasileiro tem origem num Estado unitário descentralizado em função, dentre outras motivações de ordem política, da grande extensão territorial aliada às realidades regionais diversas. A federação brasileira adotou estrutura semelhante à americana, incluindo, entretanto, no rol dos entes autônomos, o Município.

Como decorrência do federalismo de segregação adotado, a federação brasileira alterna períodos de descentralização moderada com

outros tantos de intensa centralização, não raro demonstrando total discrepância entre as condutas concretas e as prescritivas, entre o poder formal e o poder efetivo, como restou evidenciado na vigência da Constituição de 1967, que, adotando o modelo federativo, regeu-se sob manto de uma ditadura militar²⁰⁷.

A evolução histórica da federação brasileira é rica em demonstrações do aspecto centralizador que a caracteriza. Os dois primeiros governos militares da federação eram caracterizados pelo unitarismo advindo do autoritarismo monárquico que os precedeu.

Os anos 30 reforçaram o caráter autoritário da federação brasileira, com ênfase no fortalecimento do poder central. O golpe do “Estado novo”, em 1937, reforçou o poder presidencial, não havendo limitações ao governo de Getúlio Vargas, período em que se pôde atestar o fenecimento total do federalismo. Era a ditadura de Getúlio.

A Constituição de 1946 foi proclamada com objetivo de restabelecer a federação. Os Municípios tiveram sua autonomia formal restabelecida, retirada com a Carta de 37, que não os citou como entes autônomos.

O autoritarismo retorna nos anos 60 com a Constituição de 1967, oriunda do golpe militar de 1964. Novo enfraquecimento da federação, embora textualmente restasse mantido o federalismo. O ápice do regime autoritário, que feriu de morte a federação, deu-se com a edição do Ato Institucional nº 05. Quebraram-se todos os elos federativos, fortalecendo-se a União em detrimento dos demais entes.

A federação revigora-se com a Constituição de 1988, sendo depositária dos anseios de um povo cansado da opressão de um Estado “pseudofederativo”. A Constituição cidadã, como ficou conhecida, restringiu os poderes federais, estabelecendo a divisão clássica na repartição de competências, embora ainda remanesça um executivo federal forte. Concedeu autonomia aos membros da federação, com a possibilidade

207 O mesmo se deu com a Constituição de 1937, como bem pondera Machado Horta: “É sabido que a Constituição de 1937 conservou o título *federal* apenas no nominalismo da apresentação exterior (art.3º). Constituição federal no nome, mas Constituição unitária na realidade. É a Constituição semântica, a que se refere Karl Loewenstein.” In: HORTA, Raul Machado. A posição do Município no direito constitucional federal brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 75, jul./set. 1982. p. 112.

de autogoverno, auto-administração e auto-organização, respeitados os princípios constitucionais.

No entanto, ainda se percebe na atual Carta a centralização da União. O poder dos Estados-membros e dos Municípios, revelado na sua igualdade, mostra-se como tarefa difícil de ser delineada satisfatoriamente ante a diversidade de realidades que lhes são afetas. Cenários tão díspares em relação ao território, desenvolvimento sócio-econômico, população, aliados à necessidade de igualdade premente entre as ordens parciais são fatores principais dos conflitos que dificultam ou potencializam os problemas do Estado federal brasileiro.

Atualmente a federação brasileira vive um federalismo cooperativo distorcido, em que a União tanto centraliza poderes quanto fornece ajuda financeira. Na realidade, a cooperação acaba servindo de instrumento de barganha política²⁰⁸.

A busca por um federalismo de equilíbrio, no entanto, deve ser uma constante. O equilíbrio reside na compensação das assimetrias, seja entre as incumbências recebidas e renda suficiente para custeá-las, seja dando condição para que cada ente regional resolva seus problemas.

7. Conclusão - A federação como palco do Direito: distribuição equilibrada de poderes e competências como garantia de liberdade, de igualdade, de eficiência, e de acomodação das assimetrias

A justificativa do Estado federal sempre foi o Direito. A federação tem origem concomitante com o constitucionalismo, sendo este, inclusive, um de seus pontos paradigmáticos. Ambos surgiram com as luzes do movimento liberal que se insurgia contra o Estado absolutista. A federação veio ao encontro dos *ideais de liberdade, de igualdade, de democracia, de respeito às pessoas e às suas diferenças*. Não concentrando

208 Segundo Ferreri, o federalismo cooperativo apresenta nuances próprias na Austrália. Em decorrência da ausência de poder político da União em relação aos Estados e da falta de recursos financeiros que garantam sua manutenção, foram criados dois órgãos dentro da administração indireta federal: o Conselho Australiano de Empréstimos (Australian Commission) e a Comissão Federal de Subvenções (Commonwealth Grant Commission). O financiamento se dá por critérios objetivos, baseados em dados prévios, afastando-se com isso as ingerências de natureza política. In: FERRERI, Janice Helena. A federação. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 20-21.

o poder em uma só mão, o Estado aproximou o cidadão da fonte de poder, conheceu-lhe as diferenças e as dificuldades.

A descentralização da federação clássica teve seu ponto de importância na medida em que permitiu uma melhor distribuição de poder. A pós-modernidade, no entanto, vem mudando-lhe as feições. A federação vem se adaptando ao tempo contemporâneo, em alguns casos adotando um perfil mais centralizador, em vista da necessidade de uma maior atuação do poder central.

O limite da centralização reside na exata necessidade de manifestação daquele poder com o fim de atender às necessidades da sociedade pluralista contemporânea. A federação somente se justifica sob este prisma, como propagadora do direito, como veículo dos pluralismos e da democracia. Diga-se que a própria federação enquanto estrutura política é pluralista, busca como a sociedade pós-moderna a unidade na diversidade.

A doutrina traz um rol de motivos racionais a justificar o federalismo: preserva a diversidade histórica e o individualismo, facilita a proteção das minorias, favorece a proteção das liberdades, facilita a participação democrática, aplica o princípio da subsidiariedade e promove a eficiência²⁰⁹.

A federação, como forma de Estado favorecedora dos poderes descentralizados, representa, então, o veículo ideal para o exercício dos pluralismos e da democracia em sua plenitude.

O pluralismo consiste, dessa maneira, numa visão axiológica, na aplicação de quatro valores: autodeterminação, tolerância, integração e participação²¹⁰. Todos aplicáveis às pessoas e à estrutura do Estado federal.

A *autodeterminação*, enquanto valor estruturante do pluralismo, consiste no reconhecimento de uma individualidade racional em cada membro do grupo, capacitando-o a conduzir seu próprio destino. O mesmo raciocínio aplica-se a cada componente da federação, fazen-

209 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: Conceito e evolução*. 1ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 43-44.

210 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional: limites e possibilidades na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: 2003. p. 33.

do-o apto a auto-organizar-se e autogovernar-se mediante uma distribuição equilibrada de poderes e competências.

Tolerância implica no respeito às diferenças dos membros da coletividade. A democracia no contexto pós-moderno não se compadece mais apenas com o governo da maioria, mas o respeito ao direito das minorias. Tolerar significa aceitar as diferenças daqueles que não julgados iguais. Sim, pois a intolerância é o resultado das comparações que cada indivíduo, cada sociedade faz de seu universo em relação ao comparado.

Portanto, não se tem tolerância com aquilo que se apresenta diferente do próprio paradigma. Não se tem tolerância com aquele que fala língua diferente da usual, com aquele que tem características étnicas diversas das de determinada sociedade, com aquelas sociedades que adotam religião e costumes diferentes dos ocidentais, por exemplo.

Algumas intolerâncias, no entanto, chegam a um ponto tal que deixam de ser simples intransigências para adentrarem no campo da deformação especificada. Foi o que aconteceu com a barbárie provocada pelo nazismo em decorrência do ódio racial levado ao extremo²¹¹.

Tanto a federação como o Direito buscam uma vida melhor para aqueles que deles necessitam. Uma vida melhor na federação, neste contexto, significa observância dos preceitos democráticos, respeito aos direitos humanos e aos direitos das minorias, vida digna e justa, enfim.

Tolerância na estrutura política do Estado federal consiste no reconhecimento e respeito às diferenças existentes entre os entes federativos, a serem conformadas com a adequada repartição de poderes e competências.

A *integração*, por seu turno, é justamente o ponto de equilíbrio entre as diversidades buscando a unidade. No sentido do presente artigo, é a compatibilização entre a vontade nacional e as vontades parciais. É o correto tratamento das diferenças existentes entre os entes federativos e, em decorrência, entre os integrantes da sociedade.

A *participação* consiste na presença marcante de cada membro da federação na vontade do todo. Cada um é governante e governado de

211 RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. pp. 89-109.

si mesmo. Tal valor, por não comportar a subordinação, identifica-se, como os demais, com o princípio democrático.

A justificar, também, a federação na pós-modernidade, tem-se a eficiência. O Estado federal tem na eficiência de suas ações sua mais potente arma para atingir seus objetivos. Federação ineficiente padece de justificativa.

A federação, favorecedora dos poderes descentralizados, por permitir, e enquanto permitir, a distribuição equilibrada de poderes e competências, promove a realização dos ideais de liberdade, de igualdade, de democracia, da limitação do poder e de eficiência, sendo palco da realização dos direitos, o que tem justificado a sua existência ao longo de sua recente história e na pós-modernidade.

8. Referências

AJA, Eliseo. *El Estado autonómico: federalismo e hechos diferenciales*. Madrid: Alianza, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Traduzido por Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: UNB, 2001.

_____. *Política*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1987.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Federalismo: uma aproximação teórica e empírica. In: *Anuários dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, UFPE/CCJ, ano 9, n. 9, pp. 229-250, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

- FERRERI, Janice Helena. A federação. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp.15-38, 1995.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russel, 2003.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Traduzido por Orlando Vitorino. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HORTA, Raul Machado. A posição do Município no direito constitucional federal brasileiro. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 75, pp. 107-122, jul./set. 1982.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros. s/d.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 Países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MANGABEIRA, João. A organização do poder legislativo nas constituições republicanas. In: *Estudos sobre a constituição brasileira*. Rio de Janeiro: 1954.
- MAQUIAVEL. *O príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional: limites e possibilidades na constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. rev. e at. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRANDA, Jorge (Org.). *Textos históricos de direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.
- OPPENHEIM, Felix E. Igualdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle et al. 12. ed. vol. I. Brasília: UNB/LGE, pp. 597-605, 2004.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac. *A Intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *El princípio federativo*. Traduzido para o espanhol por Francisco Pi Y Margall. Madrid: Aguillar, 1971.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. Considerações sobre o Estado federal. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 16, pp. 289-312, jun., 1980.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: livro I, leis e costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

25 ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, FORO PRIVILEGIADO, NOTIFICAÇÃO E TEMAS POLÊMICOS APÓS A PUBLICAÇÃO DA LIA - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Jaiza Maria Pinto Fraxe²¹²

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil em vigor começou a ser elaborada em 1º de fevereiro de 1987, tendo sido definitivamente promulgada em 5 de outubro de 1988. Suas características mais marcantes foram a ampliação e fortalecimento da garantia de direitos individuais e liberdades públicas; a fixação da independência entre os três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário); o estabelecimento das eleições diretas e a previsão de forma facultativa do voto aos analfabetos e aos jovens com mais de 16 e menos de 18 anos. Mais. Deixou claro que a administração pública brasileira está sujeita a controles internos e externos e deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao estabelecer princípios e normas pertinentes à moralidade e à improbidade administrativa. Afirmando aqui o seu maior mérito.

Foi graças ao legislador constituinte de então, cuja relatoria coube ao genial jurista amazonense Senador José Bernardo Cabral, que pas-

²¹² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Doutora em Biotecnologia pela Universidade Federal do Amazonas, tendo realizado em 2013 o I Curso de Improbidade Administrativa ministrado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, com aproveitamento máximo (100). Exerce a profissão de Juíza Federal no Estado do Amazonas.

samos a ter a autonomia da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, os quais podem resultar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei específica (lei nº 8.429/92), sem prejuízo da ação penal cabível.

E foi assim, movido pela autonomia constitucional acima descrita, que o legislador ordinário, há exatos vinte e um anos, produziu e promulgou a lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida que ficou como LIA - Lei de Improbidade Administrativa.

Referida lei, como mencionamos, teve sua gênese a partir do art. 37, §4º da Constituição Federal. Trata-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos de improbidade. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Partindo-se da premissa segundo a qual a Constituição Federal é a matriz de todas as responsabilidades jurídicas em vigor no país, a improbidade administrativa é estudada como um sistema próprio e autônomo de punição dos agentes públicos, situada dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, mas vigendo ao lado dos demais sistemas de responsabilidades, em especial o criminal e o civil.

Dai porque os fundamentos contidos na norma constitucional justificam a tese de reconhecimento da autonomia da improbidade administrativa, especialmente o seu consequente reflexo na compreensão dos tipos infracionais previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Por ser imprescindível ao profissional que atua nas ações de improbidade administrativa, é oportuno destacar a consequência prática-pragmática da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa na dosimetria das sanções administrativas, considerando a real e não rara possibilidade de o agente público igualmente responder em outras instâncias, tais como o processo crime e o processo administrativo disciplinar.

Ainda, tendo em vista a autonomia do procedimento previsto no art. 17, §§ 7º e 9º, da Lei 8.429/92, merece destaque uma circunstância *sui generis*, que é a natureza jurídica dos atos de *notificação* e de *citação* e qual o reflexo prático a respeito da ordem de citação, uma

vez constituída a relação jurídico-processual com a notificação para o oferecimento da defesa preliminar.

Por fim, um registro não pode estar ausente. As exigências de razoabilidade e proporcionalidade são inerentes ao devido processo legal substantivo e conseqüentemente ao reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa, com o estabelecimento das respectivas sanções. Todas as infrações, para serem responsabilizadas, necessitam ser constatadas à luz de provas lícitas e fundamentos válidos, sem apego a clamores ou pressões.

Palavras-chave: improbidade, administrativa, autonomia, responsabilidade.

1. Improbidade Administrativa: autonomia da responsabilidade e seus reflexos nos atos infracionais e respectivas sanções

Foi graças ao legislador constituinte de então, cujo relatoria coube ao genial jurista amazonense Senador José Bernardo Cabral, que passamos a ter a autonomia da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, os quais podem resultar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei específica (lei nº 8.429/92), sem prejuízo da ação penal cabível.

Improbidade é palavra derivada do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia). Como já asseverou Plácido e Silva²¹³, o vocábulo improbidade se liga ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter.

Como disse Pazzaglini Filho, (...) *revela-se improbidade administrativa no emprego da negociata na gestão pública, que vai desde auferimento do administrador ou de terceiro de ganhos patrimoniais ilícitos, concessão de favores e privilégios ilegais, exigência de propinas, mesmo para atendimento de pedidos legítimos de particulares, desvio ou aplicação ilegal de verbas públicas, sectanismo do comportamento da*

213 SILVA, D. P. e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 714.

*autoridade, privilegiando, no exercício funcional, o interesse pessoal em relação ao público, até tráfico de influência nas esferas públicas, bem como exercício deturpado ou ineficiente das funções públicas com afronta acintosa aos princípios constitucionais que as regem*²¹⁴.

Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, não é honesto, não age dignamente, não age com decência no trato com os bens e valores públicos. Improbidade, pois, é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o moralmente incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Todavia, a questão de grande polêmica no meio jurídico é a possível autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa.

No julgamento da Reclamação 2138-6/DF, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido por maioria apertada de votos pela procedência do pedido, não afastou a tese de autonomia da improbidade administrativa. Tanto assim é verdade que, posteriormente, reapreciando a matéria, a mesma Corte Constitucional avançou na discussão e afirmou não serem todos os agentes políticos que estão excluídos da aplicação da lei nº 8.429/92, mas somente aqueles que possam cometer crimes de responsabilidade previstos na CF e na lei nº 1.079/50 (define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento de diversos agentes políticos). Afirmou-se que os Parlamentares não se enquadram dentre aquelas autoridades, podendo responder por seus atos em sede de ação civil pública por atos de improbidade administrativa.

No ponto da ampla autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa, aderimos à posição do Min. Joaquim Barbosa, para quem há existência de uma dupla normatividade no Brasil quanto à responsabilização dos agentes políticos. Segundo ele, as responsabilidades seriam entidades distintas, mas que não se excluem, podendo ser processadas separadamente - em processos autônomos - com resultados absolutamente distintos, embora desencadeadas pelos mesmos fatos. Isso porque a possibilidade da duplicidade de sanções aplicável aos agentes políticos resulta da autonomia dos regimes de

214 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª ed. São Paulo.: Atlas, 2006,

responsabilização no sistema jurídico brasileiro, isto é, da autonomia das instâncias.

Ora, o art. 37, §4º da CF/88 não excepciona a dupla responsabilização do agente político (por atos de improbidade administrativa e por infração político-administrativa). Ao contrário, a norma constitucional afirma a independência existente entre as instâncias (inclusive nos casos em que a prática de um único ato produz efeitos em diversas esferas). Tal conclusão pode ser confirmada quando da análise do parágrafo único do art. 52, o qual é expresso em afirmar que a punição pelos crimes de responsabilidade - infração político-administrativa - não impede a aplicação de outras sanções cabíveis, inclusive as decorrentes do ato improbidade administrativa.

Mais que isso. O Princípio Republicano, previsto na Constituição Federal de 1988, de forma expressa em seu art. 1º, *caput*, traz na responsabilidade uma de suas bases estruturais. Tanto assim ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já concluiu que qualquer tentativa de relativizar a responsabilidade de governantes é afronta ao princípio republicano (ADI 1026).

No mesmo sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco entendem que há autonomia da responsabilidade administrativa, sem dependência da esfera penal.

Para eles, sob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das sanções sociais. Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar. Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que o violarem. Inexistindo um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do direito, torna-se possível dizer que o poder sancionador do Estado forma um alicerce comum, do qual se ir-

*radiam distintos efeitos, os quais apresentarão peculiaridades próprias conforme a seara em que venham a se manifestar.*²¹⁵

Por sua vez, Fábio Medina Osório também defende a existência de autonomia da improbidade administrativa em relação à responsabilidade penal, ao afirmar o seguinte: *importa ressaltar que o Estado legislador pode, soberana e discricionariamente, ainda que lhe seja vedada a arbitrariedade, escolher um ou outro caminho, ou ambos, para a eficaz proteção de bens jurídicos*²¹⁶.

Conforme acertadamente disse Di Pietro, da autonomia da improbidade decorre que *o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação penal cabível” e; se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.*²¹⁷

O principal reflexo dessa autonomia pode ser observado na amplitude das infrações penais previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, onde o enriquecimento ilícito constitui apenas uma das hipóteses de atos de improbidade administrativa (art. 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Ocorre que os conceitos previstos nas infrações acima referidas necessitam de uma avaliação da situação singular, ou seja, do caso concreto subjacente à norma, para a realização de uma ponderação valorativa de interesses, sempre com pano de fundo na razoabilidade e proporcionalidade, para que situações distintas não recebam o mesmo tratamento por parte do julgador.

Por sua vez, no Resp 924439 RJ, rel. Min. Eliana Calmon, registra-se importantíssimo precedente acerca da fixação das penas previstas no

215 Garcia, Emerson e Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 338.

216 Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 121/122.

217 DI PIETRO, Maria Sílvia Z. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 716.

art. 12 da Lei 8.429/1992, as quais devem considerar a extensão do dano e o proveito do agente.

Disse a Ministra sobre os parâmetros que o julgador deve seguir: a Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível. A simples configuração do ato de improbidade administrativa não implica condenação automática da perda da função pública, pois a fixação das penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 deve considerar a extensão do dano e o proveito obtido pelo agente, conforme os parâmetros disciplinados no parágrafo único desse dispositivo legal. É indispensável que se faça uma valoração da extensão dos danos causados, bem como do proveito obtido pelo agente, ao aplicar a sanção de perda da função pública.

Outra indagação que permeia o momento de fixação da sanção é quanto à obrigatoriedade de acumulação. Não existe, atualmente, a obrigatoriedade de sanções cumulativas. Explico.

No ponto, devemos observar que a doutrina de Wallace Paiva M. Júnior, que teve sua prevalência até 2009, foi modificada em 15 de dezembro de 2009, quando ocorreu a promulgação da Lei n.º 12.120/09, que alterou o artigo 12, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, de forma a permitir expressamente a aplicação não cumulativa das sanções, de acordo com a gravidade do fato. Essa nova redação, pós-lei 12.120/09, já está na doutrina de Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Marino Pazzaglini Filho e Hugo Nigro Mazzili, para quem *mesmo antes do advento dessa alteração legislativa, já NÃO nos parecia a melhor aplicação sempre cumulativa das sanções, porque desarrazoado seria punir da mesma maneira o agente político que cometesse um dano culposo de pequena monta que proveito algum tivesse trazido a ele ou a terceiros, e aquele que de maneira dolosa se enriqueceu ilicitamente à custa do patrimônio público.*

Por fim, há quem pretenda a aplicação de um paradoxo nas sentenças condenatórias baseadas na LIA. Deveria o julgador justificar quan-

do deixar de aplicar determinada sanção? Em outras palavras, seria cabível a fundamentação obrigatória quando não aplicada determinada sanção? Respondo não e justifico.

A afirmação se baseia na falsa premissa segundo a qual a improbidade administrativa é totalmente distinta da seara penal na parte da aplicação da pena. Trata-se de uma contradição com a doutrina majoritária que afirma a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em ambos os casos.

Adiro, no ponto, a Fabio Medina Osorio, para quem *a responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigível o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva*". Aliás, Emerson Garcia e Rogério Pacheco, assim também o afirmam em sua obra, ed de 2008, dizendo que *"No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a 'imputatio juris' de um resultado sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente*. Ademais, o STJ já pacificou entendimento no sentido de que não cabe responsabilidade objetiva nas condenações por improbidade; Os Tribunais Estaduais também vem expressamente mencionando a impossibilidade de 'condenação em bloco', a qual somente seria admissível se fosse aplicada à improbidade a teoria da responsabilidade objetiva, o que não é o caso; Não cabendo responsabilidade objetiva, não cabe a prova e a fundamentação da não aplicação de sanção, hipótese em que não seria simples 'operação inversa', mas a criação do 'paradoxo da inversão', onde o julgador entraria na espiral de procurar a não-penalização e acabaria encontrando a boa-fé do agente, incompatível com a própria condenação.

2. Natureza jurídica da notificação e citação previstas na LIA

Em todas as hipóteses infracionais, a ação de improbidade administrativa deve obedecer o rito legal previsto na LIA, aplicando-se no que couber o Código de Processo Civil. Note-se que a lei específica traz duas oportunidades de defesa ao Requerido: a primeira, iniciando com sua notificação; a segunda, com sua citação.

É necessário de início esclarecer que a notificação prevista na LIA em nada se assemelha ao instituto da *notificação judicial*. Isso porque o procedimento de *notificação judicial* está elencado dentre as medidas cautelares específicas (muito embora a doutrina venha definindo que este não possui qualquer natureza cautelar, sendo mera medida não-contenciosa de conservação de direitos). Por sua vez, a notificação prevista na LIA possui a natureza jurídica de uma verdadeira citação. Explico abaixo.

O artigo 17, § 7º da LIA, Lei n.º 8.429/92, trata da oportunidade de apresentação de defesa preliminar. Eis o teor: *Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para apresentar manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.*

Não há dúvida, portanto, de que a notificação prevista na LIA para a apresentação de defesa preliminar pelo requerido possui a mesma natureza jurídica de um ato de citação, pois seu efeito é de chamamento ao processo, vez que abre importante oportunidade de defesa e contraditório, com a dedução de tese e apresentação de elementos consistentes em justificações, documentos e demais provas que podem convencer o magistrado de que há ausência de pressupostos essenciais de admissibilidade da ação, de inadequação da ação, de inexistência de ato de improbidade ou de improcedência da demanda, evitando-se assim, a instauração de uma lide temerária e sem a mínima justa causa.

Tendo natureza jurídica de verdadeira citação, a ausência de notificação prévia nas ações fundadas na LIA enseja a nulidade da ação no estado em que se encontra, independente da manifestação do requerido, eis que se trata de nulidade absoluta por descumprimento de princípio constitucional, o que dá à questão natureza de ordem pública, não passível de preclusão.

No ponto, adiro ao posicionamento de Marino Pazzaglini Filho, para quem, *dentro desse procedimento, cabe ao Juiz, completado o contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido, ou não, da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§§ 8º e 9º). Violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF)*²¹⁸.

Por outro lado, após notificado o Requerido, oferecida sua defesa preliminar e por ventura recebida a inicial da ação de improbidade administrativa, deve ser determinada a sua citação, cuja natureza jurídica, na hipótese, é excepcionalmente de intimação, já que a relação processual já estava triangularizada, mediante o estabelecimento prévio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A ação por ato de improbidade possui um inegável caráter público e, sendo assim, ao mesmo tempo em que se discutem direitos indisponíveis da Administração Pública, também o são em relação ao Requerido, vez que o juízo de admissibilidade positivo de uma demanda dessa natureza pode trazer prejuízos imensuráveis para a imagem de um cidadão perante seu espelho e sua comunidade, que passarão a vê-lo (ele próprio assim o verá, da mesma forma que a sociedade) como um ímprobo durante todo o trâmite de uma ação que pode ser demorada, mesmo que ao fim o Magistrado conclua por sua improcedência. Desse modo, as fases de notificação e análise da defesa preliminar devem ser tratadas com muito respeito, razoabilidade e cautela, não podendo ser interpretadas como mera formalidade.

E se ultrapassadas tais fases, sendo recebida a inicial, a citação deve ser entendida como um ato de intimação, vez que a relação processual já estava triangularizada. Daí em diante, devem ser fornecidas as mesmas armas ao Requerente e Requerido, em face do Princípio da paridade, de modo que todos devem dispor da mesma possibilidade de ampla produção de prova testemunhal, documental e pericial, na forma da lei.

Proferida a Sentença, caso seja condenatória e haja estabelecimento da sanção de suspensão dos direitos políticos, as comunicações para

218 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**, 3ª ed.. São Paulo.: Atlas, 2006, p. 201.

fins eleitorais devem aguardar ao menos o pronunciamento de um Órgão Colegiado do Poder Judiciário, conforme determina a Lei Complementar 64/90, em seu art. 1º, I, alterada pela Lei de Ficha Limpa (LC 135/10).

3. O foro por prerrogativa de função na improbidade administrativa: posição ainda não pacificada das cortes superiores brasileiras

A jurisprudência dos dois tribunais Superiores do país (STF e STJ) não está ainda uniforme e pacificada quando o debate envolve a questão do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, muito embora já tenha transcorrido vinte e cinco anos da promulgação da Constituição em vigor e mais de duas décadas da lei ordinária que disciplinou a ação de Improbidade Administrativa.

Recordemos que o foro por prerrogativa de função na ação de improbidade administrativa foi declarado *inconstitucional* pelo STF quando do julgamento da ADI 2797/DF, ocasião em que aquela corte declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84, do CPP.

Eis a ementa do julgamento da ADI 2997/DF:

I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas “associações de associações” – do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP – agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, – o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário – e, em conseqüência, entre os do Ministério

Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. *Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.* 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos

tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos – a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797/DF, Rel.

Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006). *grifei*

Uma curiosidade jurídica merece ser destacada em relação ao julgado acima transcrito. É que o STF entendeu que deveria modular temporalmente a eficácia daquela decisão proferida na ADI 2797/DF. Vejamos a decisão da Corte Constitucional:

Ante a particularidade do caso, o Plenário resolveu questão de ordem suscitada em ação de improbidade administrativa, autuada como petição — ajuizada em face de diversos réus, dentre eles pessoa que, à época dos fatos (1994), ocupava o cargo de deputado federal —, para declinar da competência do STF e determinar a remessa dos autos à justiça de 1º grau. Frisou-se que a Corte declarara, no julgamento da ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002. (...) *Além disso, modulara os efeitos dessa decisão, que teria eficácia a partir de 15.9.2005 (acórdão pendente de publicação, v. Informativo 666)*. O Min. Marco Aurélio, relator, ao reportar-se ao voto vencido proferido quando da aludida modulação — no sentido de que os preceitos seriam írritos desde seu surgimento —, asseverou que, independentemente do cargo exercido pelo réu, não caberia à Corte julgar ação cível de improbidade, relativa a atos praticados a qualquer tempo. Destacou a dissociação — quanto à natureza jurídica — entre infração caracterizadora de improbidade administrativa e infração criminal e afirmou competir ao Supremo julgar detentores de prerrogativa de foro no campo da ação penal, apenas. Sublinhou que, a teor do art. 37, § 4º, da CF, a condenação por atos de improbidade não afastaria a responsabilidade criminal. O Min. Gilmar Mendes consignou que, em relação a Presidente da República e a Ministros de Estado, a Constituição referir-se-ia a “crime de responsabilidade” (art. 85) — *nomen iuris* adotado para as infrações magnas político-administrativas, submetidas a rito próprio. Assim, em tese, esses agentes políticos poderiam vir a ser indevidamente julgados no 1º grau de jurisdição, se a presente questão de ordem fosse resolvida de forma genérica. No ponto, o Min. Dias Toffoli rememorou que a condenação por ato de improbidade implicaria perda da função pública (CF, art. 37, § 4º) e que, se o caso tratasse de Ministro de Estado e não de parlamentar, a competên-

cia seria do Supremo, tendo em vista o art. 102, I, c, da CF. O Min. Luiz Fux ressaltou o que decidido pela Corte no julgamento da Pet 3211QO/DF (DJe de 27.6.2008), em que assentada a competência do STF para julgar, originariamente, ação civil de improbidade contra autoridade que gozasse de prerrogativa de foro no seu âmbito. A respeito, o Min. Ayres Britto, Presidente, reputou que este precedente não incidiria na espécie e lembrou que a modulação referida na ação direta objetivaria aproveitar atos processuais já praticados, o que não teria ocorrido na situação em comento. O Min. Joaquim Barbosa registrou a distinção entre a probidade da Administração decorrente do art. 37, § 4º, da CF — aplicável aos servidores em geral e a outros agentes políticos — e a probidade da Administração passível de impeachment. Assim, parlamentares não poderiam ser objeto de impeachment, instituto aplicável em desfavor dos agentes do Poder Executivo, somente, em observância ao sistema de *checks and balances*. (Pet 3030 QO/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 23/5/2012, DJe 1º/06/2012).

Diante da posição acima transcrita, inegável é que o Supremo Tribunal Federal, diversamente da recente posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou pela inexistência de foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa movidas contra agentes públicos. Recordo, ainda, os seguintes precedentes: AgReg em AI 556.727, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 20.03.2012; AgReg em AI 678927, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02.12.2010; AgReg em AI 506362, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02.06.2009.

Todavia, na definição em torno do foro por prerrogativa de função na improbidade administrativa, impossível deixar de mencionar uma polêmica decisão não unânime do Supremo Tribunal Federal que repercutiu mal junto ao senso comum da população por favorecer um ex-ministro de Estado²¹⁹.

Outra posição muito debatida no mundo jurídico-acadêmico ocorreu em 2008, trazendo novo acirramento ao debate. Foi quando o STF

219 No ano de 2007 foi decidida a Reclamação RCL 2.138-6/DF, ajuizada porque o Ministério Público Federal propôs ação de improbidade administrativa contra RONALDO MOTA SARDEMBERG, então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República no governo Fernando Henrique Cardoso. A acusação de improbidade administrativa era baseada no fato do Ministro ter viajado a turismo para Fernando de Noronha em um avião da Força Aérea Brasileira.

decidiu pela existência de foro privilegiado em ação de improbidade (movida pelo Ministério Público Federal contra o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por ato que teria sido supostamente cometido quando ele atuou como Advogado Geral da União²²⁰). Entendeu o Supremo Tribunal Federal conforme ementa abaixo transcrita:

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. *Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.* 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (Pet 3211 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe 27/06/2008).
- grifei

Registramos, ainda, decisão proferida pelo Min. Luiz Fux (na ocasião, atuando pelo STJ), em 22.03.2012, no Mandado de Segurança 31234, impetrado pelo Min. Guido Mantega, no qual foi deferida medida liminar determinando que *a representação sobre a suposta improbidade praticada pelo impetrante seja examinada pelo Procurador-Geral da República*, suspendendo o ato que determinara o seu exame pela Procuradoria da República no Distrito Federal, já que a competência seria da Justiça Federal de primeiro grau.

Destacou o Ministro *o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro*, afirmando nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (contrária à posição do STF), no sentido de que *não seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional [...] que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, à medida que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública.*

220Disponível em:

<http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/inaplicabilidade%20da%20lei%20de%20improbidade%20administrativa%20aos%20agentes%20politicos.pdf>, acesso em 1 de junho de 2013.

Em 2012 o tema volta à tona. Em mais um capítulo em torno da definição do “foro privilegiado nas ações de improbidade”, no julgamento do AI 556727 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, decidido em 20/03/2012, DJe 26/04/2012, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição explicitada na ADI 2797/DF ao manifestar que *inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa*.

Portanto, não se pode afirmar com convicção que o tema está pacificado ou decidido em definitivo pela Suprema Corte Constitucional Brasileira – o STF, especialmente diante da jurisprudência conflitante do STF em seus julgados, conforme acima exposto.

O certo é que os pesquisadores do Direito e das decisões do Supremo Tribunal Federal estão em fase de imensurável expectativa quanto ao tema, pois o STF, cuja composição já foi significativamente alterada após o julgamento da ADI 2797-2, deve retornar ao debate a qualquer momento, mais uma vez por seu Órgão pleno, quando a questão pode ter uma posição definitiva e vinculante. Seja qual for a posição adotada, que venha rápido e sirva para todos, evitando-se, assim, afronta ao Princípio da Isonomia, gerando a indesejável sensação de que alguns podem ser mais privilegiados que os outros, embora na mesma situação jurídico-constitucional.

4. A Indisponibilidade de bens dos Requeridos e o avanço da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Até pouco tempo, a medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos Requeridos em Improbidade Administrativa era medida que, na jurisprudência do STJ e do Tribunal Regional Federal da 1a. Região, recebia tratamento de decisão excepcional, por exigir comprovação dos requisitos comuns às cautelares: perigo da demora e fumaça do bom direito. Todavia, houve uma reviravolta jurisprudencial.

Para a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, desde 2012 não se exige mais a comprovação material do perigo da mora, na medida em que este passou a ser interpretado como excepcionalmente presumido .

De acordo com a recente interpretação jurisprudencial, pois, tornou-se desnecessária, para o deferimento da indisponibilidade, a com-

provação de que os Requeridos estejam dilapidando seu patrimônio, ou estejam na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal.

Eis o precedente que está sendo seguido por diversos Juízes de Primeiro Grau:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. FUMUS BONI IURIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPEHORÁVEIS. EXCLUSÃO. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado. 2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal. 3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação). 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). 5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em ra-

zão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. 6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro Nappoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido a preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob

pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial. 10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. 11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial. 12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência. 13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela). 14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a

necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, concluiu-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens. 15. Recurso especial não provido²²¹.

Conclusão

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, cujo art. 37, § 4º previu expressamente a responsabilidade por atos de improbidade²²²; após vinte e um anos da promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, posso concluir que o sistema constitucional e legal em vigor no país deu efetividade aos anseios da população e comprovou ter se tornado importante instrumento de repressão e moralização da atividade administrativa, pois definiu e concretizou as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da Administração Pública.

Não por acaso, à guisa de exemplificação em torno da assertiva, em mais de duas décadas de atuação, a Seção Judiciária do Amazonas produziu 85 ações de improbidade administrativa com trânsito em julgado e em respectivos cumprimentos de penas.

Esse quadro de forte atuação na temática de improbidade administrativa reflete a percepção de que a conduta dos agentes públicos será sempre julgada pela qualidade, moralidade, eficiência, honestidade, ética e lealdade dos serviços prestados pela administração pública.

Neste sentido, a tutela do patrimônio e da moralidade pública é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana, pois o combate às diversas práticas irregulares (cujo senso comum denomina genericamente de corrupção²²³) tem como finalidade não apenas reprimir

221 STJ, REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.

222 § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

223 Conforme Garcia e Alves, etimologicamente, o termo corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, vindo a gerar o termo *corrumpere*, significando deterioração, alteração. Atualmente, o vocábulo está relacionado às atitudes de desonestidade e deslealdade dos seus agentes públicos no desempenho das atividades funcionais. Corrupção é, na forma da lei penal, um ilícito previsto em lei, sob duas formas: ativa e passiva. Portanto, é difícil dissociar a corrupção do tema improbidade e, mesmo sendo as esferas autônomas e independentes, a prática comprovada de corrupção sempre implicará em algum ato de improbidade

e punir os ilícitos, mas sobretudo proporcionar ao cidadão uma vida digna, com a satisfação de suas necessidades vitais básicas, garantidas pelo Estado Social e Democrático de Direito. Daí porque a autonomia da responsabilização por ato de improbidade administrativa decorre antes de mais nada do próprio Princípio Republicano, previsto no art. 1º, caput da Constituição da República Federativa do Brasil.

Já disse José Roberto Pimenta Oliveira que *a consolidação normativa da esfera de improbidade administrativa é pressuposto para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da cidadania no Brasil*²²⁴.

De toda a pesquisa realizada para a realização desse breve artigo, uma conclusão é inegável: o país experimentou enorme avanço nas boas práticas administrativas após a Constituição de 1988 e após a LIA - Lei de Improbidade Administrativa. Há, por parte da população, a consciência da consolidação da cidadania para fiscalizar, denunciar e exigir a aplicação da Constituição e da lei.

Referências

DI PIETRO, Maria Sílvia Z. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p 716.

GARCIA, Emerson e Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 338.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. As exigências de razoabilidade/proportionalidade inerentes ao devido processo legal substantivo e a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 295-333.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 121/122.

(enriquecimento ilícito, art. 9º; prejuízo ao erário, art. 10; ou atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, art. 11).

224 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 3ª ed.. São Paulo.: Atlas, 2006, p. 201.

SILVA, D. P. e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 714.

DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A PEC 33/11

Vitor Hugo Mota de Menezes²²⁵

“A autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões.”

Rui Barbosa

Sumário: 1. Colocação do problema - 2. Judicialização da política - 3. O Accountability Jurídico - 4. Diálogo institucional ou “cláusula de não obstante” - 5. Conclusão - 6. Referências bibliográficas.

1. Colocação do problema

Conforme estabelecido no art. 1º da Constituição Federal de 1988, *o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e constitui-se em Estado Democrático de Direito*, porém, já presenciamos no interregno desse período democrático a hegemonia do poder executivo sobre os temas e já tivemos hegemonia do poder legislativo sobre os demais.

Atualmente estamos vivendo a hegemonia do poder judiciário sobre os demais²²⁶, onde prevalece o ativismo judicial sem controle, ou seja, não se tem um constrangimento epistemológico das decisões. Na tentativa de mitigação desse empoderamento descontrolado do judiciário, veio a lume a PEC nº 33/11, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), da Câmara dos Deputados, no ultimo dia 24/04/13, propondo várias alterações no processo de controle de constitucionalidade, entre eles:

225 Procurador do Estado do Amazonas, Advogado, Professor de Direito Internacional e Pesquisador/Bolsista da FAPEAM – RH DOUTORADO FLUXO CONTÍNUO.

226 Ver, por exemplo, o que afirma André Karan Trindade, in *Garantismo versus neocosntitucionalismo: o desafio do protagonismo judicial em terrae brasils*, (Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p.121): Na verdade a aposta feita por Capelletti, nos anos 80, se cumpriu: o Poder Judiciário se tornou um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”

“Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”.

Todavia, só foi discutido até agora, pelo menos na imprensa, o tópico envolvendo o controle de certas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF pelo Congresso Nacional, e isso virou um pandemônio, como se nenhum controle houvesse ou fosse novidade no mundo jurídico de outras democracias.

O objetivo do presente ensaio é analisar juridicamente a controvérsia envolvendo a PEC nº 33, não do ponto de vista do judiciário, porque passional, tampouco do legislativo, porque também encontra-se num momento de sensibilidade exacerbada, e muito menos da mídia, que é sobretudo, jejuna em direito.

2. Judicialização da política

O cenário jurídico e político vem apresentando uma clara transição de ações exercidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, decorrente das posturas derivadas da influencia do Estado Liberal tradicional e à busca da implementação do Estado Democrático de Direito.

Pode-se, a partir dessa premissa, afirmar que a Constituição Federal de 1988 saiu de uma postura indiferente ao anseio da maioria da população, para uma nova postura que reflita esta mesma sociedade no sentido de dar máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais positivos, nos termos defendido por Tomas Humphrey Marshall²²⁷.

Essa perspectiva implica que a teoria dos poderes²²⁸, proposta por Montesquieu, agora modernizada, revisada ampliada e atualizada (so-

227 Ver MARSHALL, Tomas Humphrey. *Cidadania Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 64.

228 O pensador francês Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu, consagrou a Teoria dos Três Poderes baseando-se na obra Política do filósofo Aristóteles, e na obra Segundo Tratado do Governo Civil, publicada por John Locke. Montesquieu escreveu a obra “O Espírito das Leis”, traçando parâmetros fundamentais da organização política liberal. O filósofo iluminista foi o responsável por explicar, sistematizar e ampliar a divisão dos poderes que fora anteriormente estabelecida por John Locke. Montesquieu acreditava

freu o crivo da tecla F5), importe hoje numa interação mais harmônica, complementar e respeitosa entre esses mesmos poderes. É dizer, deve haver um diálogo institucional²²⁹ para que o Estado moderno possa vir a funcionar.

O resultado da dinâmica aqui refletida deve ser dirigido para a realização da cidadania no sentido amplo, fugindo o máximo possível da possibilidade de que uma pessoa decida em nome de toda a sociedade, ou seja, o que se pretende é a inclusão cada vez mais na democracia com participação de todos e não uma exclusão, na perspectiva de que uma pessoa, (pode ser até Ministro do STF), não deve ser o único a compreender o que é melhor e desejável para a sociedade brasileira.

Não é simples, entretanto, o atingimento dessa meta, porque cada vez se observa uma luta de “classe”. O Poder Executivo defendendo suas prerrogativas, o Poder Legislativo invocando seus direitos de legislar e ser respeitado, o Ministério Público e o Judiciário fazendo a mesma coisa, e cada um deles tentando empodeirar-se em suas cidadelas, todos invocando princípios constitucionais.

É preciso destacar, porém, que o direito mantém formalmente sua atual conceituação estreita e harmoniosa entre os poderes, embora muitos juristas reconheçam uma maior amplitude dos direitos à cidadania²³⁰. Destaque-se que o campo político brasileiro requer e já tem recebido muita atenção devido a sua complexidade.

também que, para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Criou-se, assim, o sistema de freios e contrapesos, o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si.

229 O propósito básico do diálogo seria assegurar que a Corte, quando derrubasse uma lei, provesse uma explicação para isso, influenciando, assim, o traçado da legislação futura de implementação dos direitos fundamentais, na medida em que novas leis poderiam, então, ser promulgadas nos moldes aceitos pelo Tribunal. Isso não excluiria a hipótese de os representantes do povo, em seguida a um mais estendido debate público, insistirem no diploma repellido, por meio da “cláusula do não obstante”. Ganharia a vida democrática, uma vez que essa sobreposição da legislatura não é permanente, mas limitada no tempo, ensejando mais debate e reflexão mais meticulosa sobre o assunto, antes de ser reiterada ou abandonada. FARRELY, Colin. Civic Liberalism and the “Dialogical Model” of Judicial Review. *Law and Philosophy*, v. 25(5), 2006, p. 523.

230 Ver ex. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 628.

Impende salientar ainda duas principais abordagens na ciência política nacional: a primeira, mais pessimista, vê o sistema político como jogo de extrema busca de acordos, no qual atuam muitos atores de poderes sociais com poderes de veto, o que faz extremamente imprevisível e pouco capaz de permitir o ordenamento do processo decisório em nível aceitável²³¹.

A segunda, afirma que o sistema político brasileiro seria mais majoritário que o outro grupo, embora que o processo decisório trabalhoso e complexo é possível e ocorre. Em cada uma dessas duas posturas existem defensores exacerbados, o que indica que nenhum dos dois lados esteja 100% certo.

Uma coisa importante, que se deve destacar é que a atuação política do judiciário pós-constituente, que no início agia de forma contramajoritaria, ao notar o enfraquecimento do Poder Legislativo começou a usar um certo poder de veto contra as reformas políticas constitucionais, com isso causando incerteza ou risco a governabilidade.

O resultado das ações do judiciário sobre a política é significativa tendo a mesma sido acionada com muita frequência para atuar de forma ativista e em alguns casos até legislando mesmo. Veja-se o exemplo da fidelidade partidária²³², união homoafetiva, para ficar só nesses²³³.

231 Ver EPSTEIN, Lee, KNCHT, Jack e SHVETSOVA. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review*, vol. 35, nº 1, 2001, p. 117-164.

232 Por 9 votos a 2, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou improcedentes, em 12.11.2008, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Com a decisão, o STF declarou a plena constitucionalidade da resolução do TSE, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica. Votaram pela constitucionalidade da resolução, acompanhando o relator, ministro Joaquim Barbosa, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954> Acesso em: 28.04.2013.

233 Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo

A luta política dispõe de regras assim como a atuação judicial. Essa última, entretanto, cria a expectativa de que a mesma só deve atuar *posteriori*, a partir do momento em que a lei/medida provisória/ato normativo já estiver no mundo jurídico. É dizer, se já tiver findado o processo legislativo e a norma tiver entrado em vigor.

Uma observação atenta hodiernamente da política brasileira, entretanto, revela ao contrário, é comum aos agentes do judiciário influenciar na dinâmica das aprovações das leis brasileiras e até de emendas constitucionais, ou mesmo interrompê-las antes de sua aprovação.

Caso exemplar é o da PEC nº 33 e a Lei 4.470/2012²³⁴, o que evidencia, com clareza hialina, a ação política do judiciário sem que os mecanismos legais disponíveis sejam utilizados. Nesse sentido, é o efeito de eliminação de alternativa aos autores políticos, e, de liberdade de ação²³⁵.

Outro dado determinante e de impacto na política é a forma como o judiciário vem decidindo e as motivações dos juízes. Diversos autores se ocupam em desenvolver o que se tem chamado de cultura legal dos magistrados²³⁶.

Embora o discurso oficial do grupo que defende a neutralidade dos juízes seja muito criticado, o consenso entre os juristas ainda afirma que o reconhecimento do juiz depende do seu apego ao texto legal, o que é sustentado pelo dever legal de fundamentar as decisões na lei.

Destaque-se que não só nestes casos já referidos, as decisões dos juízes são pautadas politicamente, utilizando-se às vezes de estratégia de pressão, recurso às mídias, ou rebelando-se quanto à decisão sobre

do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> Acesso em 08.05.2013.

234 A Lei nº 4.470/2012 limita o acesso de novos partidos ao fundo partidário e ao tempo de rádio e TV.

235 Ver PEREIRA, Anthony W., "An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brazil, in P. Kingstone e T. Power (orgs), *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

236 Ver ROCHA, A. F. O. Judiciário, mídia e cidadania, in MORAIS, J. L. e STRECK, L. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do PPG - Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

as quais se sintam prejudicados como tem ocorrido frequentemente no que se refere às atuações do CNJ.

Nesse sentido, a doutrina vem criticando as práticas decisionistas e às vezes voluntaristas adotadas por juízes e tribunais, ancoradas muitas vezes em um ativismo judicial, que por si só já é prejudicial à democracia. Preocupado com a legitimidade social das decisões judiciais, e a fim de evitar a discricionariedade (vale dizer, a arbitrariedade), Lenio Streck²³⁷ faz importante construção teórica, tendo como parâmetros a Hermenêutica Filosófica de Hans Georg Gadamer e a Teoria Integrativa de Ronald Dworkin. Deste, toma para si a importância dos princípios no processo interpretativo, que trazem para o Direito a faticidade, e daquele relembra como o sentido no processo de interpretação/aplicação se constrói socialmente, e historicamente, através da tradição.

De Dworkin vem a lição de que por trás de cada regra há um princípio instituidor da norma. Há na verdade uma co-originariedade entre princípio e norma. “Não há primeiro uma formação subjetiva de princípios e, depois, sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa formação principiológica é *formada pelo mundo* e, ao mesmo tempo, *forma mundo*, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo”²³⁸

Destaca o autor, que isso quer significar, de plano, a necessidade de se apreciar os princípios na perspectiva concreta, eis que eles, os planos, não existem em abstrato. A realidade fática é que se verifica como princípio a história institucional do direito. Assim, a legitimidade de uma decisão advém do fato que um princípio institui aquele texto/regra/norma.

Noutro dizer, um princípio não tem legitimidade para a aplicação da regra. Por isso, milita em erro aqueles que pretendem estabelecer um método para se investigar *a priori* a incidência ou não dos direitos fundamentais, obrigatória na seara do direito constitucional”.

237 STRECK, Lênio Luiz. Decisionismo e Discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Separata: O Direito e o Futuro do Direito. Almedina: Coimbra, 2008.

238 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 4. ed. SARAIVA. 2012. p. 504-505.

Percebe-se nesse contexto, e com as *vênias* dos que pensam em sentido contrário, que não se trata de um princípio absoluto, conforme afirma Luiz Roberto Barroso²³⁹, como é o caso da igualdade, do devido processo legal, da presunção de inocência, (antes do mensalão e da engendrada incorporação na jurisprudência brasileira da teoria do domínio do fato) da publicidade dos atos do Estado, etc., Os princípios possuem força normativa e encontra sua realização em uma regra.

Aliás, nesse sentido muitas das decisões que se exemplifica nesse estudo, são baseadas em princípios, alguns deles criados *ad hoc*, em violação à constituição o que segundo Ronald Dworkin (DWORKIN, 2012, P. 79) é a virtude soberana e base de qualquer Estado Democrático de Direito. Ora, o que faz daquele que postula uma medida judicial desse jaez mais merecedor do que o restante da população que não tem acesso à justiça?

Há muitos fatores externos ou atores sociais que podem influenciar nas decisões judiciais para tentar atingir seus objetivos, e inclusive em choque com as áreas políticas. Por incrível que pareça, a origem desses atores pode estar até no campo político ou na sociedade civil, ou na mídia de forma geral.

O judiciário como é obvio e por definição não pode se furtar a processar pontos de vista de grupos minoritários, o que muitas vezes contestam as orientações de consensos formados no embate entre legislativo e executivo.

O conhecimento do aparato legal e a habilidade de alguns agentes podem permitir o uso do judiciário e seu poder de veto, como instrumento de retomada e muitas vezes de invasão dos resultados que o jogo político determinou.

Em outras palavras, é possível afirmar que, quanto maior a abrangência e a capacidade de vinculação do instrumento jurídico, maior a possibilidade de se obter o efeito de veto do judiciário, fazendo disso um instrumento de luta política.

239 Para Luís Roberto Barroso, é sim um princípio jurídico, assim como uma infinidade de outros ditos princípios. Isso porque o autor está ancorado na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que dá azo a infundáveis criações de princípios, já que eles existem em abstratos, e não no caso concreto, como na teoria de Dworkin. No Brasil, essa teoria deu grande força ao fenômeno do panprincipiologismo, observado por Lenio Streck. Ver STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 4. ed. SARAIVA, 2012 p. 474-517.

O que se tem visto ultimamente são grupos de oposição minoritária, utilizando-se de recursos liminares na justiça para barrar ações de governo, mesmo sabendo que a decisão não se sustentará. Daí surge o recurso à mídia - a “opinião pública”-, (ou opinião publicada) por cuja força se procura pressionar ou desgastar um outro poder ou um outro partido político, ou a ambos²⁴⁰.

Hoje há uma tendência, observada apenas pelos atentos na matéria, de que partidos políticos recorrem ao judiciário apenas para marcar posição de contraste com a maioria. Demonstrar aos seus aderentes e ao público em geral a sua disposição de esgotar, no terreno institucional, todas as possibilidades abertas a sua intervenção.²⁴¹

À míngua de dados objetivos de pesquisa, sobre as consequências de ação do judiciário na judicialização da política, podemos especular que está se mitigando a legitimidade do executivo e do legislativo com um detalhe muito importante, sem qualquer possibilidade de controle ou *accountability* jurídica das decisões aí prolatadas.

Uma das razões possíveis da obediência dos dois outros poderes ao judiciário é que tanto o Executivo quanto o Legislativo são atingidos pelo princípio da alternância do poder (são eleitos), portanto, sofrem o crivo popular; logo devem resposta à sociedade. Já o judiciário e o Ministério Público, que se dizem independentes, não devem respostas direta à sociedade, pois não prestam contas de suas decisões.

3. O Accountability Jurídico

Uma objeção comum ao controle jurisdicional dos atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo é a ideia de que, ao restringirem a atuação dos representantes eleitos segundo a autônoma vontade popular, estariam alguns magistrados impondo seus próprios entendimentos acerca do direito e das opções governativas ocorrentes em determinado contexto, olvidando, destarte, eventuais compreensões

240 Ver WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo B., *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva*, in Werneck Vianna (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

241 Ver THOMPSON, J. B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis, Vozes, 2002 e BOURDIEU, Pierre. *A opinião publica não existe*. In *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p.173.

distintas expressadas pelos representantes da maior parcela da população, ou seja, pelos agentes políticos.

Nessa perspectiva, Joshua Cohen²⁴² dá ênfase na chamada “liberdade dos antigos”, ancorada nos direitos de participação e intervenção dos cidadãos – é dizer, na autonomia pública -, em detrimento da “liberdade dos modernos”, centrada nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Isso significa dizer que, aplicar e interpretar o direito em sociedades complexas, dinâmicas e plurais, como as de nossos tempos, implica mais do que a subsunção mecânica de um fato a uma precisa e incontestável consequência normativa.

Hodiernamente tem-se observado, que da interpretação e aplicação da norma que encerra variáveis de natureza política, decorre a objeção de que os membros de um tribunal não poderiam, sob pena de mácula ao princípio democrático, impor o seu entendimento quanto ao conteúdo de conceitos como dignidade, moralidade e eficiência, em detrimento das concepções manifestadas por chefes de executivo ou parlamentares, para quem as maiorias delegaram a competência governativa.

À título exemplificativo pode-se dizer que os tribunais estariam usurpando a legitimidade de um governante - democraticamente eleito - ao tempo em que decidissem que determinado ato administrativo foi inválido, por malferir o *caput* do art. 37 da Constituição no que se refere à eficiência administrativa.

Pode-se mencionar, ainda, que não caberia ao Judiciário dispor, em desacordo com o legislativo, acerca do conteúdo do princípio da moralidade administrativa e de seu concreto sentido para estabelecimento de critérios quanto à nomeação de servidores públicos comissionados, por exemplo.

Tais casos estão presentes no dia a dia judiciário, razão porque emerge daí, a necessidade de se limitar/fiscalizar o que vem ocorrendo com o Poder Judiciário no Brasil, sob pena de politizar a justiça, a qual significaria uma violação da ideia de separação dos poderes.

242 COHEN, Joshua. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis & MELO, Rúrion Soares. Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 115- 144.

A limitação do controle judicial dos demais poderes também presuppõe uma neutralidade política do direito. Adota-se a ideia de que o Poder Legislativo, haja vista sua natureza colegiada e sua composição mediante eleições, é o que melhor expressa as distintas e plurais opiniões presentes em determinada comunidade política, de modo que é o titular, por excelência, da atribuição para controlar, intervir e fiscalizar os demais²⁴³.

Todavia, se o art. 1º da nossa Carta Magna expressamente dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, nada seria mais sensato do que conferir à Casa que reúne representantes dos demais em quase toda sua complexidade e extensão, o dever de exigir responsabilidade dos demais. Neste sentido expõe Hans Kelsen²⁴⁴:

O princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, correspondente à ideia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. (...) Portanto, a democracia exige que ao órgão legislativo seja dado controle sobre os órgãos administrativo e judiciário.

Ora, o debate parlamentar deveria, ao menos em princípio, prevalecer sobre a prestação jurisdicional, porquanto revestir-se-ia de uma legitimidade decorrente do princípio da soberania popular, com a qual o Poder Judiciário não pode contar.

Sob esse ponto de vista jurídico-teórico, o máximo que os tribunais podem fazer é interpretar a norma legislada, sem, contudo, adentrarem ao âmbito político-decisional do legislativo.

243 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.401.

244 Op. cit., p. 403.

Acerca do tema, Boaventura de Souza Santos²⁴⁵ faz objeção ao encaminhamento de questões políticas ao Judiciário, haja vista tratar-se de uma individualização de problemas públicos, coletivos. Sustenta, ainda, que os processos judiciais se caracterizam como espaços de soluções de questões individuais, de modo que levar para os tribunais as grandes controvérsias públicas implicaria uma privatização de matérias coletivas, senão vejamos:

O consenso liberal integra ainda o consenso do primado do direito e dos tribunais... Este modelo dá total prioridade à propriedade privada, às relações mercantis e ao setor privado, cuja operacionalidade assenta em transações seguras e previsíveis, garantidas contra os riscos de violações unilaterais. Tudo isso exige um novo quadro jurídico e atribui aos tribunais um novo papel, bastante mais central, enquanto garantes do comércio jurídico e instâncias de resolução de litígios. O marco político da contratualização social deve, pois, ceder o lugar ao marco jurídico e judicial da contratualização individual. Esta é uma das dimensões principais da judicialização da política.

O autor destaca haver um segundo significado para a categoria contra a qual se opõe, ao formular que *“há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”*²⁴⁶.

Assim, é de clareza hialina que ao Judiciário não é dado atuar contrariamente ou além dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas que os cidadãos, diretamente ou por intermédio de representantes eleitos, lhe estipulam. Se tais normas, nos países de tradição romano-germânica, ostentam, na contemporaneidade, princípios cujo grau de indeterminação é exacerbado, tal não implica a arbitrária possibilidade de de qualquer decisão seja adotada.

Dáí decorre a crucial limitação do *accountability* judicial, onde os juízes não deveriam proferir decisões sem uma prestação de contas aos demais poderes e à sociedade. É sempre temerária a sentença (o

245 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes et al. A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 48.

246 Op. cit., p. 49.

sentir do juiz) com conteúdos ou consequências políticas, bem como contra os interesses das maiorias ou de forma contramajoritária, sem que suas decisões sejam submetidas a algum órgão de fiscalização/revisão.

4. Diálogo institucional ou “cláusula de não obstante”

A PEC nº 33/2011 suscita discussões importantes, invocando ainda, a “cláusula de não obstante” usada em outras democracias, cujo propósito básico é assegurar que a Corte Maior, quando derrubasse uma lei, provesse uma explicação razoável para isso, influenciando, assim, o traçado da legislação futura de implementação de impugnações fundamentais, na medida em que novas leis poderiam, então, ser promulgadas nos moldes aceitos pelo Tribunal.

É bem verdade que a hipótese não excluiria a possibilidade dos representantes do povo, em seguida a uma discussão mais apurada ou mesmo até um debate público, insistissem no diploma repellido, por meio da “cláusula do não obstante”. Ganharia a vida democrática, uma vez que essa sobreposição da legislatura não é permanente, mas limitada no tempo, ensejando mais debate e reflexão mais meticulosa sobre o assunto, antes de ser reiterada ou abandonada.

Isso está sendo posto como uma novidade aqui no Brasil, mas já existe há muito tempo no Canadá, por exemplo, e significa “*notwithstanding clause*” (*non-obstante ou override clause*) ou, simplesmente, “cláusula não obstante” como fruto de uma tentativa de conciliar as restrições inerentes a uma ordem jurídica constitucional com os pilares democráticos do Estado de Direito.

A doutrina canadense narra que a prática democrática em torno da Seção 33 da Carta do Canadá não tem sido notavelmente problemática, talvez porque pouco se recorre ao poder ali previsto. A maioria dos casos de disputa de constitucionalidade não produz a edição de ato normativo com a cláusula do não obstante, mas deixa a possibilidade, o que a nosso ver inibe excessos.

Colin Farrelly²⁴⁷, por exemplo, relata em um dos casos em que a cláusula foi empregada, onde se instalou considerável mal-estar polí-

247 FARRELLY, Colin. Civic Liberalism and the ‘Dialogical Model’ of Judicial Review. *Law and Philosophy*. Vol. 25, 2006.

tico: foi em 1988, (ano da promulgação da nossa atual Carta), em que o parlamento da Província de Quebec respondeu com a cláusula da Seção 33 a uma decisão judicial que invalidava uma lei que proibia placas e letreiros comerciais escritos em língua inglesa.

Ministros, anglófonos, a propósito, segundo a autora, se exoneraram de seus cargos em protesto, e comerciantes de fala inglesa, logo adiante, apresentaram, com êxito, queixas de discriminação junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Afinal, a cláusula do não obstante expirou em 1993, sem que a Província se animasse a reeditá-la, sobrevivendo outras peças legislativas asseguradoras da utilização de outras línguas, além do francês, nas relações comerciais.

Ainda sobre o assunto, Kent Roach²⁴⁸ é categórico ao afirmar que embora não seja comumente utilizada no Canadá e o Parlamento Federal nunca tenha se valido dela, a *override clause* representa um caminho de diálogo entre cortes e legislativos, que podem usá-la para resolver diferenças intratáveis entre as duas instituições, sinalizando à sociedade o que está sendo feito.

De todo modo, a Carta do Canadá impulsionou o controle de constitucionalidade naquele país e, conforme assinala Stone Sweet and Mathew²⁴⁹ deu entrada à estrutura do juízo de proporcionalidade nos julgamentos – justamente o juízo que provoca mais aguda polêmica sobre os limites democráticos do exercício da jurisdição constitucional.

Apontam os autores, que no Canadá, como também na África do Sul e em Israel, *“tão logo os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade foram estabelecidos, as Cortes Superiores rapidamente adotaram o método da ponderação”*.

O juízo de ponderação é exercido dentro da fórmula dialógica que peculiariza o sistema do Canadá. Assim, como exemplo do que tende a acontecer, em 1997, a Suprema Corte canadense fulminou, por desa-

248 Cf. ROACH, Kent. Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the Canadian Experience Texas International Law Journal : Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 537-576. Sobre a judicial review como processo de diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, vide: HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (orperhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all) Osgoode Hall Law Journal : Vol. 35, n.1, 1997, p. 75-124.

249 SWEET AND MATTHEW, Stone. Proportionality Balancing, above nº 7, 2009.

tender à proporcionalidade, lei que proibia a publicidade de produtos à base de tabaco.

Por tudo isso, e como se percebe, os vários mecanismos concebidos pela criatividade do direito comparado em matéria de controle de constitucionalidade, bem como os argumentos inspirados em ideais democráticos, devem ser conhecidos e considerados, não podendo deixar de ser considerados à vista das peculiaridades históricas e das circunstâncias político-jurídicas de cada país.

No Brasil, a PEC nº 33/2011 cita indiretamente a “cláusula de não obstante” e ainda fez referência ao déficit de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal em desdizer o que dito pelo parlamento, nos seguintes termos:

“O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, **vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.**

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo.

Trataremos dessa questão específica mais adiante. Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil.

Começamos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução 2 - criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso.

Um dos casos mais emblemáticos foi a controversa verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE – aprovada a menos de sete meses das eleições de 2002. O Congresso Nacional reagiu a essa inovação jurídica e aprovou uma Emenda Constitucional (EC nº 52/2006) explicitando a vontade de legislador, dando

liberdade aos partidos na formação de coligações. Embora ambos os normativos (as Resoluções do TSE e a Emenda à Constituição) tenham sido aprovados a menos de um ano da eleição, o STF entendeu que apenas a Emenda à Constituição devia observância ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF/88; art. 16)⁴. Esse caso é um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica fundamentados no poder regulamentar de que dispõe a Justiça Eleitoral para tão somente administrar eleições.

Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. **Difícil é mencionar exemplos de auto-contenção de nossa Corte Suprema.**

....

O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.

As decisões proferidas nesses casos **carecerão de legitimidade** democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país.

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um *superlegislativo*²⁵⁰.

Uma das causas apontadas para o protagonismo judicial decorre da recente democratização dos pleitos eleitorais. Conforme afirma Alfredo Canellas Guilherme Silva²⁵¹: *“Em temos de democracia a elite-minoritária fragilizada pela perda de espaço político-legislativo para a maioria popular elegeu o Poder Judiciário como o instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia perdida ou ameaçada pela voz das urnas”*.

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a

250 Termo cunhado por Alfredo Canellas Guilherme da Silva, em seu artigo “Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte”.

251 Silva, Alfredo Canellas Guilherme. Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte.

Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.

(Os destaques não estão no original).

A exposição de motivos é longa, mas demonstra a preocupação do parlamento brasileiro com as decisões dos tribunais superiores que desdizem a Constituição. À guisa de exemplo, cita-se a seguir, apenas como caso emblemático onde a aplicação ativista do judiciário (STF) retirou a máxima efetividade do comando constitucional.

Como de sabença geral, conforme previsto na Constituição Federal (art. 102) os legitimados ativos para propor ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição de 1988, são: I -o Presidente da República; II -a Mesa do Senado Federal; III -a Mesa da Câmara dos Deputados; IV -a Mesa da Assembleia Legislativa; V- o Governador de Estado; VI -o Procurador-Geral da República; VII -o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII partido político com representação no Congresso Nacional; e IX -confederação ou entidade de classe de âmbito nacional.

Assim, como se vê, o Constituinte de 1988 conferiu o poder de propor a ação direta não só a autoridades e a órgãos do Estado, mas procurou dar representatividade aos diversos setores da sociedade civil. Os órgãos constantes dos itens I a VIII constituem entes especificamente determinados pela Carta Política de 1988, mas o item IX constitui um número indeterminado, porque representa inúmeras confederações sindicais e inúmeras entidades de classe de âmbito nacional.

Isso mostra que o Constituinte de 1988, modificou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade de 67/69, dando novo contorno ao instituto. O modelo de legitimidade exclusiva foi expressamente repudiado. Primeiro, previu-se a ampliação considerável da legitimidade (art.103 da CF/88); segundo, determinou-se a instituição pelos Estados da representação de inconstitucionalidade de leis

ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições Estaduais, proibindo a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º, da CF/88).

É de suma importância a decisão sobre os entes legitimados para propor o controle abstrato normativo perante a Suprema Corte, pois o seu número é determinante da garantia e da efetividade da jurisdição constitucional²⁵².

Essa ampliação de legitimados resultou no crescimento do número de ADIs ajuizadas perante o STF, porque:

- a) a Constituição de 1988 é uma Constituição analítica;
- b) a superveniência de Constituições estaduais a partir de 1988;
- c) a inflação legislativa nos Estados contemporâneos, especialmente recém-industrializados, segundo Clèmerson Merlin²⁵³.

Bem por isso, dois extremos se conflitam: a uma porque a limitação do direito de propositura pode retirar a eficácia do controle abstrato, restringindo, assim, a possibilidade de impugnação de atos normativos; a duas já que a ampliação desmensurada do leque de legitimados ativos provocou uma sobrecarga de processos para o Tribunal, conduzindo à baixa qualidade de suas decisões, abalando a ordem e a segurança jurídica.

Tudo isso culminou com o engendramento da teoria da **pertinência temática como filtro ao amplo leque de legitimados ativos criados pela Carta**, é dizer, o STF construiu a jurisprudência (legislação) no sentido de diferenciar o tratamento dado aos legitimados ativos como limitador, segundo Clèmerson Merlin²⁵⁴, que os classifica em legitimados universais e legitimados especiais.

Ora, mas isso é científico ou apenas funcional? É dizer, usar de artifício que não está na constituição apenas para diminuir a quantidade de ações e cumprir metas impostas administrativamente é jurídico?

252 Kelsen, apud Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 192.

253 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª Ed. ver. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

254 Op. cit., p.86.

Tecnicamente não, mas se mitigou competência constitucional atribuída aos Estados (governadores e mesa das assembleias legislativas) -, pela interpretação (legislação) do STF no momento em que só se admite a ação direta por parte desses entes, se a lei impugnada disser respeito, de algum modo, às respectivas unidades federadas.

Portanto, a jurisprudência do STF erigiu o vínculo da pertinência temática como requisito objetivo qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do requerente para a instauração do controle abstrato de normas. É dizer, somente naquelas hipóteses de ação ajuizada pelas Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal (ADI 1.096-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 158:442).

Tudo isso caminha na direção de classificar processualmente como a ausência das condições da ação, ou melhor, dizendo tecnicamente, incabível (ou não se conhece) um recurso que não atende aos pressupostos recursais genéricos, de modo que ele não ultrapassará o juízo de admissibilidade. A rigor, todavia, a não satisfação das condições da ação de controle de constitucionalidade por via direta e a decisão que não a admite significa “carência de ação”²⁵⁵.

Deste modo, demonstrado está que se operou, por via de interpretação constitucional, uma limitação (não prevista na Constituição) aos Estados que o constituinte talvez não tenha desejado, esse exemplo entre outros, legitimaria o uso da cláusula de não obstante ou a necessidade do diálogo institucional.

Tem razão Lenio Streck²⁵⁶ quando critica o decisionismo judicial discricionário afirmado que:

“Na verdade, o “drama” da discricionariedade aqui criticada é que **esta transforma os juízes em legisladores**. E mais do que transforma os juízes em legisladores, o “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica problemática que remete a questão ao solipcismo característico da filosofia

255 MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de constitucionalidade. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara, nº 13, 1964, p. 33.

256 STRECK, Lenio Luiz. Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

da consciência no seu mais exacerbado grau”. (o grifo não está no original).

Ora, como de sabença geral, a lei em regra se presume constitucional e insere-se naquilo que se pode chamar de tradição. É produzida democraticamente e acompanhada por uma série de instituições sociais, Portanto, possui uma história institucional que precisa ser levada em conta quando da sua interpretação/aplicação.

Se se considerasse a existência da “cláusula do não obstante” aqui no Brasil (PEC 33) o juiz constitucional privilegiaria considerações quanto à decisão de outros poderes e com elas seriam mais deferentes. É dizer, se daria mais consequência ao comando epistemológico da norma e *proporcionaria um enfoque analítico linguístico-pragmático em íntima conexão com o sintático e semântico, possibilitando, não só a captação do fenômeno eficaz pelas funções que desempenha no contexto normativo, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.*²⁵⁷.

Registre-se que, muito mais do que uma preocupação formal, quanto às regras da deliberação legislativa, essa teoria busca investigar se o judiciário teve a devida consideração ou respeito com temas tais como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame.

Mais ainda, o judiciário deveria avaliar a questão, e verificar se o legislativo tomou as cautelas procedimentais que deveria ter. O cerne do diálogo, na referida teoria, reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão.

257 Conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., “por uma análise semiológica, que, ao estudar o preceito constitucional como um processo comunicativo, além de proporcionar um enfoque analítico linguístico-pragmático em íntima conexão com o sintático e semântico, possibilita não só a captação do fenômeno eficaz pelas funções que desempenha no contexto normativo, mas também a leitura ideológica da significação normativa relacionada com outros comandos, com a realidade social, com o valor nela positivado, com seu emissor e com seus endereçados, analisando assim, o papel dos fatores extranormativos na justificação da eficácia. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 23 março de 2013

Sob outro aspecto, ainda o mestre Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁵⁸ esclarece que tanto a divisão de Poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos.

O autor atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas sim para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

5. Considerações finais

A representação simbólica compartilhada da noção de Estado Democrático de Direito precisa ser reavivado na doutrina e na jurisprudência brasileira, sem esquecer que há um giro linguístico com novas simbologias e novos representantes nesta seara.

É dizer, por mais que a Constituição exista como documento no campo referencial teórico dos direitos fundamentais absolutos, precisamos trabalhar sua capacidade operativa evitando o que Lênio Streck chama de predadores endógenos e exógenos do direito.

A questão posta nessa pequena reflexão foi a de problematizar que o ativismo judicial está afetando de forma fundamental a questão federativa brasileira.

William Marshall²⁵⁹, traz em sua obra *Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism*, uma das mais amplas classificações de ativismo judicial com a qual concordamos e está em pleno vigor no Brasil, confira:

“1) *ativismo contramajoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos;

258 Op. cit.

259 MARSHALL, William P. *Conservatism and the Seven Sings of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

- 2) *ativismo não originalista*: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;
- 3) *ativismo de precedentes*: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos;
- 4) *ativismo jurisdicional*: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
- 5) *ativismo criativo*: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional;
- 6) *ativismo remediador*: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas;
- 7) *ativismo partisan*: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Dessa forma, pode-se afirmar que o ativismo judicial consiste na substituição das decisões parlamentares democráticas por uma moral exógena solipsista.

Thamy Podrebinschi²⁶⁰, também define os critérios de assimilação e ao final, identifica ativista o juiz que: “*a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica com limites à sua atividade*”.

De outro modo, para o discurso dos “neoconstitucionalistas” que desconhecem os limites gramaticais da constituição e caminham para a teoria dos princípios, o que Lênio Streck em seu Verdade e Consenso chama de panpricipiologismo não há condições de fazer barreiras a essa aplicação alargada da constituição.

O breve esboço aqui realizado foi no sentido de demonstrar que embora o direito tenha sua autonomia reformada, não pode mais acre-

260 POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo*. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, 2000.

ditar na plena autonomia da modernidade, dado que quando se altera o contexto econômico político social modifica-se a própria função do direito.

À essa meditação, calha à fiveleta a leitura do velho dramaturgo inglês William Shakespeare do século XVI, mas sempre atual, que conta na peça “Medida por Medida”²⁶¹, que serve como metáfora a esse fechamento.

Nesse exemplo, o autor profetizava o que está acontecendo no nosso sistema jurídico atual, ou seja, ele já identificou na peça, um juiz que no primeiro momento era escravo do sistema, da lei, “o boca da lei”, portanto não podia fazer nada pelo condenado, já que o sistema era quem o tinha condenado e ele só fez a subsunção. No momento seguinte, era o dono da lei e usando de “princípios” poderia até mudá-la e salvar o réu, desde que fosse satisfeito seu desejo sexual.

Por outro dizer, no primeiro apelo do réu, ele - o juiz, não condena e nem absorve, simplesmente aplica a estrutura do Estado. E no segundo, o juiz é aquele que se apropria da lei e aplica dizendo efetivamente o que ela é, o que de acordo com Lênio Streck, nenhum dos dois serve aos propósitos modernos.

Assim, o STF não deve ser escravo da lei, muito menos o dono dela, precisa decidir fundamentalmente de forma colegiada e não escoteira, primar pelo Estado Democrático de Direito, e com isso, não há nada de

261 Resumo da obra de William Shakespeare, “Medida por Medida”: O duque de Viena era um homem bondoso e temia estar sendo brando demais no comando da cidade que estava em caos moral. Um de seus vassalos, Ângelo, era um homem de vida rígida e severa, com reputação de santo. Por isso, o duque o escolheu para substituí-lo no cargo por algum tempo. Deixando Ângelo em seu lugar, o duque partiu para uma pretensa viagem à Polônia. Na verdade, era uma ausência fingida. O duque voltou secretamente à Viena, vestido de frade, com o intuito de observar, incógnito, o procedimento de Ângelo. Enquanto Ângelo estava no poder, reeditou leis antigas entre elas a da fornicação. Cláudio, um jovem apaixonado da cidade raptou sua amada Julieta da casa dos pais. Os pais dela não queriam permitir que se casassem, pois desejavam para Julieta um casamento mais vantajoso. Os namorados foram apanhados e Ângelo resolveu aplicar imediatamente a lei contra fornicação com dureza excessiva. Ordenou que Cláudio fosse preso e executado dentro de poucos dias. Lúcio, amigo de Cláudio, foi visitá-lo na prisão. Cláudio pediu que Lúcio fosse buscar Isabella, uma irmã de Cláudio que tinha acabado de entrar para um convento. Cláudio acreditava no poder de persuasão de Isabella, confiava que ela poderia interceder junto a Ângelo e salvá-lo. Isabella, sabendo da cruel condenação, consolou a amiga Julieta e foi ao palácio para lutar pela vida do irmão. Lá, implorou a Ângelo pelo perdão, mas o substituto do duque tudo negava com a justificativa de que não tinha sido ele que condenara seu irmão, mas a letra da lei, a estrutura legal. Ângelo, porém, apaixonou-se pela beleza de Isabella e acabou por ter uma idéia imoral. Propôs a Isabella uma troca. Libertaria Cláudio se Isabella se entregasse a ele naquela noite.

mais ou absurdo que a representação política popular seja ouvida e se manifeste, sobre determinados assuntos, mormente se disser respeito à cláusula permanente de nossa Constituição, porque todo poder emana do povo (e não do Judiciário ou do Ministério Público) e em seu nome deve ser exercido.

Referências

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª Ed. ver. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COHEN, Joshua. Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis & MELO, Rúrion Soares. Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

EPSTEIN, Lee, KNCHT, Jack e SHVETSOVA. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. Law and Society Review, vol. 35, nº 1, 2001.

FARRELY, Colin. Civic Liberalism and the "Dialogical Model" of Judicial Review. Law and Philosophy, v. 25(5), 2006.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>. Acesso em: 23 março de 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARSHALL, Tomas Humphrey. Cidadania Classe Social e Status, Rio de Janeiro, Zahar, 1969.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Sings of Judicial Activism. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de constitucionalidade. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara, nº 13, 1964.

PEREIRA, Anthony W., "An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brasil, in P. Kingstone e T. Power (orgs), Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, 2000.

ROACH, Kent. Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the Canadian Experience *Texas International Law Journal* : Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 537-576. Sobre a judicial review como processo de diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, vide: HOGG, Peter W. and BUSHHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (orperhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all) *Osgoode Hall Law Journal* : Vol. 35, n.1, 1997.

ROCHA, A. F. O. Judiciário, mídia e cidadania, in MORAIS, J. L. e STRECK, L. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do PPG – Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Decisionismo e Discricionariiedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. Separata: *O Direito e o Futuro do Direito*. Almedina: Coimbra, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SWEET AND MATTHEW, Stone. *Proportionality Balancing*, above nº 7, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1998.

THOMPSON, J. B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis, Vozes, 2002 e BOURDIEU, Pierre. *A opinião publica não existe*. In *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo B., *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva*, in Werneck Vianna (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA

Márcio André Lopes Cavalcante²⁶²

1. Noções gerais sobre a competência da justiça federal

A competência da Justiça Federal vem prevista nos arts. 108 e 109 do Texto Constitucional. No art. 109, estão elencadas as competências dos juízes federais, ou seja, a competência da Justiça Federal de 1ª instância. O art. 108, por sua vez, define as competências da Justiça Federal de 2ª instância, isto é, dos Tribunais Regionais Federais.

No âmbito cível, a competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa (DIDIER, 2013, p. 193). Significa dizer que as competências cíveis da Justiça Federal são previstas unicamente na Constituição Federal e que a legislação infraconstitucional não poderá ampliá-las. “A lei ordinária não tem a força de ampliar a enumeração taxativa da competência da Justiça Federal estabelecida no art. 109, I, da CF/88” (EDcl no AgRg no CC 89.783/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010).

No que tange à matéria penal, a Constituição também elencou as competências da Justiça Federal, mas ressaltou, no art. 109, VI, que, nos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, a legislação ordinária irá determinar as hipóteses em que a competência para julgamento será federal.

Como explica Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

“A competência da Justiça Federal é taxativa e vem elencada *numerus clausus* na Constituição da República, arts. 108 e 109, não comportando a ampliação das hipóteses previstas por norma infraconstitucional. Permite-se, apenas, na esfera penal, com fulcro no inciso VI do art. 109, que a lei determine os crimes contra o sistema financeiro

262 Juiz Federal no Amazonas, professor de cursos preparatórios para concurso e palestrante. Foi Defensor Público, Promotor de Justiça e Procurador do Estado.

e a ordem econômico-financeira que devam ser da competência da Justiça Federal.” (MENDES, 2010, p. 54-55).

Desse modo, com exceção da hipótese do inciso VI, acima mencionado, se uma norma infraconstitucional criar, alterar ou reduzir competência prevista nos demais incisos do art. 109, da CF/88, haverá manifesta inconstitucionalidade, conforme já decidiu o STF: ADI 2.473-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 13/9/2001.

Outra característica da competência da Justiça Federal é que ela é absoluta, pelo fato de estar prevista expressamente na Constituição, de forma que não pode ser prorrogada por vontade das partes e seu desatendimento ensejará nulidade absoluta.

No presente trabalho iremos analisar as competências cíveis e criminais da Justiça Federal de 1ª instância, previstas nos diversos incisos do art. 109 da CF/88.

2. Inciso I do art. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Este inciso refere-se à competência cível da Justiça Federal. Trata-se de competência estabelecida em função da pessoa (*ratione personae*).

Conforme se depreende do mencionado inciso, todas as vezes em que algum órgão, autarquia, fundação ou empresa pública da União intervir em um processo, este será de competência da Justiça Federal, salvo nos casos de falência, acidentes de trabalho e as demandas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

2.1. Entidade autárquica federal

“Entidade autárquica” deve ser entendida como uma expressão genérica, que abrange tanto as causas envolvendo autarquias como tam-

bém fundações. Logo, as demandas que tiverem por parte uma fundação federal serão julgadas pela Justiça Federal.

As chamadas “agências reguladoras” possuem a natureza jurídica de “autarquias sob regime especial”. Logo, se a causa envolver agência reguladora federal (exs: ANATEL, ANEEL, ANTAQ), a competência será da Justiça Federal.

Vale a lembrança feita por DIDIER (2013, p. 194) no sentido de que, se a intervenção da agência reguladora no processo ocorrer apenas na qualidade de *amicus curiae* não haverá deslocamento da competência para a Justiça Federal, considerando que o *amicus* não é parte. Em suma, o feito somente será levado para a Justiça Federal no caso de intervenção da agência reguladora se esta atuar na causa como autora, ré, assistente ou oponente:

Súmula vinculante 27-STF: Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a Anatel não seja litisconsorte passiva necessária, assistente nem oponente.

Os Conselhos de Fiscalização Profissional (exs: CREA, CRM, COREN, CRO, CRC etc.) também são autarquias federais, de forma que as suas demandas são de competência da Justiça Federal. A súmula 66 do STJ reforça este entendimento: “Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional.”

2.2. OAB

Sempre se entendeu que as causas que envolviam a OAB eram de competência da Justiça Federal. Isso porque a OAB, por ser um Conselho Profissional, era classificada pela doutrina como sendo uma autarquia federal.

Ocorre que o STF, ao julgar a ADI 3026/DF (08/06/2006), afirmou que a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União (não é uma autarquia federal). Para o Supremo, a OAB é um “serviço público independente”, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

Com base nesta decisão, surgiram respeitáveis opiniões defendendo que a competência para julgar as causas envolvendo a OAB não deveria mais ser da Justiça Federal, já que a Ordem não seria órgão, autarquia ou fundação federal. Desse modo, não se enquadraria no art. 109, I, da CF/88.

A questão chegou até o STJ em um caso no qual foi impetrado mandado de segurança contra o Presidente da subseção da OAB/AP. De quem é a competência para julgar esse *writ*? A 2ª Turma do STJ entendeu que continua sendo competência da Justiça Federal (AgRg no REsp 1.255.052-AP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/11/2012). O Min. Rel. Humberto Martins considerou que, de fato, a OAB não pode ser classificada como autarquia federal por conta da decisão do STF. No entanto, as funções desempenhadas pela OAB possuem natureza federal, uma vez que foram delegadas pela União, por meio da Lei, para serem exercidas pela Ordem. As finalidades da OAB estão previstas no art. 44 da Lei n.º 8.906/94.

Segundo o Min. Humberto Martins,

“(...) as funções desempenhadas pela OAB possuem natureza federal. Não há como conceber que a defesa do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Fundamentais etc. e a regulação profissional dos advogados constituam atribuições delegadas pelos Estados Membros. Portanto, o presidente da seccional da OAB exerce função delegada federal, motivo pelo qual, a competência para o julgamento do mandado de segurança contra ele impetrado é da Justiça Federal.” (STJ. AgRg no REsp 1.255.052-AP).

Desse modo, pelo menos no que tange ao mandado de segurança impetrado contra Presidente de seccional da OAB, a 2ª Turma do STJ firmou posição no sentido de que se trata de competência da Justiça Federal.

Após o julgamento da ADI 3026/DF, o STF ainda não se debruçou sobre a definição da competência para julgar causas envolvendo a OAB. O tema, no entanto, será em breve submetido ao Plenário da Corte, tendo em vista que já foi considerado como de repercussão geral (RE 595332 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/03/2010).

2.3. Sociedades de economia mista não estão incluídas no inciso I

As sociedades de economia mista, ainda que mantidas pela União, não são julgadas pela Justiça Federal. Houve uma opção do constituinte de não incluir tais empresas estatais no rol do art. 109 da CF/88. Justamente por isso, as causas envolvendo o Banco do Brasil (sociedade de economia mista que conta com a participação majoritária da União) são julgadas pela Justiça estadual.

Sobre esse tema existem três enunciados de súmula do STF:

Súmula 508-STF: Compete à justiça estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil, S.A.

Súmula 517-STF: As sociedades de economia mista só tem foro na justiça federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.

Súmula 556-STF: É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

2.4. Ministério Público Federal

A simples presença do MPF na lide faz com que a causa seja da Justiça Federal? Em outras palavras, todas as ações propostas pelo Parquet federal serão, obrigatoriamente, julgadas pela Justiça Federal? Há divergência sobre o tema entre o STF e o STJ:

“O Supremo Tribunal Federal assentou que a circunstância de figurar o Ministério Público Federal como parte na lide não é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal para o julgamento da lide.” (RE 596836 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011). Logo, se o MPF e o MPE ajuízam uma ação civil pública, em litisconsórcio ativo, esta será de competência da Justiça estadual caso não se verifique nenhum dos casos previstos no art. 109 da CF/88.

No STJ, no entanto, prevalece o entendimento de que o MPF é um órgão da União. Dessa feita, a sua simples presença na relação jurídica processual faz com que a causa seja de competência da Justiça Federal (competência ‘ratione personae’) consoante o art. 109, inciso I, da

CF/88 (CC 112.137/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010). “Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimidade para a causa” (REsp 440.002/SE, DJ 06/12/2004). No mesmo sentido: AgRg no CC 107.638/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28/03/2012).

2.5. Demandas contra o CNJ e CNMP

A CF/88 prevê, em seu art. 102, I, *r*, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente: “*as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público*”.

A jurisprudência do STF, no entanto, confere interpretação estrita a esse dispositivo, de forma que somente compete ao STF as demandas em que o próprio CNJ ou CNMP – que não possuem personalidade jurídica própria – figurarem no polo passivo. É o caso de mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra os Conselhos.

No caso de serem propostas ações ordinárias para impugnar atos do CNJ e CNMP, quem irá figurar como ré no processo é a União, já que os Conselhos são órgãos federais. Logo, tais demandas serão julgadas pela Justiça Federal de 1ª instância, com base no art. 109, I, da CF/88. Nesse sentido: AO 1.718, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 30/3/2012, DJE de 23/5/2012.

Resumindo: mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra o CNJ e CNMP serão julgados pelo STF (art. 102, I, *r*). Na hipótese de ações ordinárias, estas serão julgadas pelo juízo federal de 1ª instância (art. 109, I).

2.6. Causas que são excluídas da Justiça Federal mesmo envolvendo entes federais

Existem quatro hipóteses em que, mesmo havendo a presença de órgãos, autarquias, fundações ou empresas públicas federais na lide, esta não será de competência da Justiça Federal. Trata-se das demandas envolvendo:

- a. *Falência, recuperação judicial ou insolvência civil*: serão julgadas pela Justiça Estadual. Mesmo que ocorra, por algum motivo, a intervenção da União ou de suas entidades na lide, isso não deslocará a competência para a Justiça Federal.
- b. *Acidentes de trabalho*: se a ação por acidente de trabalho for proposta contra o INSS, a competência será da Justiça Estadual. Se for intentada contra o empregador, será julgada pela Justiça do Trabalho;
- c. *Lides eleitorais*: a competência será da Justiça Eleitoral;
- d. *Lides trabalhistas*: a competência será da Justiça do Trabalho.

3. INCISO II DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

Este inciso também é pertinente à competência cível da Justiça Federal. Trata-se de competência estabelecida em função da pessoa.

Podem ser imaginadas quatro situações possíveis em que as causas serão de competência da Justiça Federal com base na previsão acima descrita:

- a. Estado estrangeiro contra Município brasileiro;
- b. Estado estrangeiro contra pessoa (física ou jurídica) domiciliada ou residente no Brasil;
- c. Organismo internacional contra Município brasileiro;
- d. Organismo internacional contra pessoa (física ou jurídica) domiciliada ou residente no Brasil.

Não interessa os polos em que estejam esses sujeitos, desde que se trate de causa de um contra o outro.

Os organismos (ou organizações) internacionais são entidades criadas e compostas por Estados, por meio de tratado, para a realização de

propósitos comuns (PORTELA, 2010, p. 143). Como exemplos, podemos citar o FMI, a ONU, a OMS, o BIRD, a Cruz Vermelha, entre outros.

Caso haja recurso contra as decisões proferidas nestas causas, o recurso é julgado pelo STJ (art. 105, II, c, da CF/88) e não pelo TRF.

Duas observações finais:

1) Apesar do inciso II não fazer esta ressalva, se a lide versar sobre relação de trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho (e não da Justiça Federal comum), por força do art. 114, I, da CF/88. É o caso, por exemplo, de uma reclamação trabalhista proposta por uma pessoa residente em Brasília e que trabalhava na Embaixada da Colômbia.

2) Quem julga as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território? Trata-se de competência do STF, nos termos do art. 102, I, e, da CF/88.

4. INCISO III DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Este inciso serve de fundamento tanto para causas cíveis como criminais. Trata-se de competência estabelecida em função da matéria.

Fredie Didier Júnior alerta, com acerto, que a interpretação deste inciso deve ser restritiva. Se fossemos considerá-lo literalmente, praticamente todas as causas seriam de competência da Justiça Federal, uma vez que quase tudo pode encontrar fundamento em um tratado internacional. Assim, para ser competência da Justiça Federal com base neste inciso é preciso que a causa se funde *exclusivamente* em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (DIDIER, 2013, p. 202).

As causas de que trata este inciso são raras. A doutrina, contudo, encontra três exemplos:

- As demandas nas quais se discute a proteção do nome comercial(são fundamentadas na Convenção de Paris de 1967);

- As ações de ressarcimento de danos causados por vazamento ocorrido em navio de petróleo (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por poluição de óleo);
- As ações de alimentos internacionais, ou seja, quando o alimentando (credor) residir no exterior e o alimentante (devedor) morar no Brasil. Esta demanda será processada pela Justiça Federal, na Seção ou Subseção Judiciária onde tiver domicílio o devedor. As regras para esta ação estão fundadas na Convenção de Nova Iorque de 1956, promulgada pelo Decreto 56.826/65 (DIDIER, 2013, p. 185).

5. INCISO IV DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Este inciso fixa competência criminal da Justiça Federal. Consiste em competência estabelecida em função da pessoa.

5.1. Crimes políticos

Os crimes políticos a que se refere este inciso são aqueles previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/83).

5.2. União, autarquias, fundações e empresas públicas federais

Conforme já vimos nos comentários ao inciso I supra, incluem-se na competência da Justiça Federal os crimes praticados contra órgãos da União, das autarquias federais (aí incluídas as agências reguladoras e os conselhos profissionais), das fundações federais e das empresas públicas federais.

A OAB não tem natureza jurídica de autarquia. No entanto, os crimes praticados contra seus bens, serviços e interesses são de compe-

tência da Justiça Federal, considerando que as funções desempenhadas pela OAB possuem natureza federal, uma vez que foram delegadas pela União. Nesse sentido: CC 44.304/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/02/2007.

As sociedades de economia mista federais não estão elencadas no rol do inciso IV, de forma que os crimes praticados contra seus bens, interesses ou serviços são, em regra, de competência da Justiça Estadual. Como exemplos mais comuns, temos as infrações praticadas contra o Banco do Brasil e a Petrobrás.

De igual forma, os delitos perpetrados contra as concessionárias e permissionárias de serviços públicos federais são, em regra, de competência da Justiça Estadual, salvo se houver algum interesse direto e específico da União no caso. Nesse talante: CC 118.641/GO, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Terceira Seção, julgado em 26/09/2012.

Os crimes cometidos contra serviços sociais autônomos (exs: SEBRAE, SENAI, SESC) são, em regra, de competência da Justiça Comum Estadual (STF RE 414375/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 31/10/2006).

5.3. Em detrimento de bens, serviços e interesses federais

Nem sempre é fácil diferenciar, na prática, o que sejam bens, serviços ou interesses, considerando que, muitas vezes, eles se confundem e se interligam, conforme observado por CARVALHO (1998, p. 316).

Bens, para os fins deste inciso, são as coisas, móveis ou imóveis, que integram o patrimônio da União, de suas autarquias, fundações ou empresas públicas. Exs: o furto de um microscópio da Universidade Federal do Amazonas, o peculato-desvio das verbas de um Ministério, a invasão, com intenção de ocupar, de terras da União. O conceito de bens aqui referido não se esgota no rol do art. 20 da CF/88.

Serviços podem ser definidos como sendo as atribuições relacionadas com a União e suas entidades (arts. 21 e 22 da CF/88). Ex: o crime de moeda falsa é de competência da Justiça Federal porque a sua emissão é uma atribuição da União (art. 21, VII, da CF/88).

Por fim, quando o inciso IV fala em *interesse*, a jurisprudência restringe seu alcance, de forma que somente haverá competência da Justiça Federal se o interesse federal violado for direto e específico. Se o

interesse da União ou de suas entidades for indireto ou genérico, a competência será da Justiça Estadual. Esta distinção pode ser mais facilmente percebida no caso de crimes ambientais. A proteção do meio ambiente constitui-se em um interesse da União, tanto que a sua proteção é também competência do ente federal, nos termos do art. 23, VI, da CF/88. Ocorre que, em regra, este interesse é genérico, de forma que a competência, na maioria dos crimes ambientais é da Justiça Estadual. Somente haverá competência da Justiça Federal se, no caso concreto, for comprovado o interesse direto e específico da União ou de suas entidades (exs: crime ambiental cometido em terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, crime praticado contra animais em lista de extinção do IBAMA, delito perpetrado no interior de Área de Proteção Ambiental instituída pelo IBAMA).

Detrimento. Para que seja competência da Justiça Federal é indispensável que ocorra o detrimento (prejuízo). Assim, não é suficiente que o crime tenha ocorrido nas dependências da entidade federal. Ex: o furto do veículo de um aluno dentro da Universidade Federal do Amazonas não será de competência da Justiça Federal, considerando que não foi em detrimento da fundação federal.

5.4. Crimes cometidos contra as agências dos Correios

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) possui natureza jurídica de empresa pública federal. Logo, os crimes praticados em detrimento dos Correios são julgados pela Justiça Federal.

De quem é a competência em caso de crimes praticados contra as agências da ECT? Depende. Existem, comumente, dois regimes de exploração econômica das agências da ECT:

a) *Agência própria dos Correios:* quando o serviço é explorado diretamente pela empresa pública, na forma de agência própria;

b) *Agência franqueada:* quando a exploração do serviço é feita por meio de particulares que assinam um contrato de franquia com os Correios.

A competência irá variar de acordo com a natureza econômica do serviço prestado:

- Crime cometido contra uma agência dos Correios não franqueada: Justiça Federal.

- Crime cometido contra uma agência franqueada: Justiça Estadual.

Os crimes praticados contra uma agência franqueada dos Correios não são de competência da Justiça Federal porque, neste caso, não há prejuízo à empresa pública federal, já que, segundo o contrato de franquia, a franqueada se responsabiliza por eventuais perdas, danos, roubos, furtos ou destruição de bens cedidos pela franqueadora (ECT).

E de quem será a competência para julgar um roubo praticado contra uma agência comunitária da ECT?

“Agência de Correios Comunitária” (AGC) é uma unidade de atendimento dos Correios, terceirizada, operada por uma pessoa jurídica de direito público ou privado, que celebra um convênio com a ECT para realizar esse serviço. A AGC é destinada a viabilizar a prestação de serviços postais básicos em localidades rurais ou urbanas onde a exploração de serviços postais não se mostra economicamente viável para a ECT e a sua prestação atende predominantemente o interesse social (Portaria 384/2001 – Ministério das Comunicações).

Em outras palavras, a AGC é instalada quando é necessário levar os serviços dos Correios para determinadas localidades distantes, mas não há viabilidade econômica dos Correios ou de particulares para abrir agências em tais regiões. Para contornar esse problema, os Correios celebram convênios (e não contratos) com pessoas jurídicas de direito público ou privado, que passam a prestar os serviços a fim de atender o interesse social.

Desse modo, a “Agência de Correios Comunitária” nem pode ser considerada uma agência própria (porque não é explorada diretamente pela ECT) e também não pode ser tida como uma agência franqueada (porque o regime jurídico é diferente, tendo como objetivo principal o interesse social).

Se o crime for cometido contra AGC, a competência será da Justiça Federal. Segundo entendeu o STJ, a AGC guarda similitude maior com o regime da “agência própria” do que com o da “agência franqueada” (regida por um contrato). Na agência comunitária é nítido que há um interesse público ou social no funcionamento do serviço postal. O objetivo da agência vai muito além do que o mero ganho econômico. Como

a agência comunitária é criada sob a forma de convênio, há interesse recíproco dos agentes na atividade desempenhada, ou seja, há tanto o interesse da pessoa que presta os serviços como também interesse da empresa pública federal (ECT). Desse modo, o crime cometido contra a “Agência de Correios Comunitária” provoca prejuízos a bens, serviços ou interesses dos Correios (empresa pública federal), atraindo a competência da Justiça Federal (STJ). 3ª Seção. CC 122.596-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 8/8/2012).

5.5. Ações penais e ações de improbidade administrativa envolvendo recursos do FUNDEF

FUNDEF significa Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério e vigorou de 1997 a 2006. O FUNDEF foi substituído pelo FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), que está em vigor desde janeiro de 2007 e se estenderá até 2020.

Em alguns Estados, o FUNDEF era complementado com verbas repassadas pela União; em outros, não era necessária essa complementação. Isso porque o art. 6º da Lei do FUNDEF (Lei 9.424/96 – já revogada) dispunha: *Art. 6º A União complementarará os recursos do Fundo, a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.*

Competência para julgar as ações penais relativas a desvio de verbas do Fundef: o STF decidiu que, em todos os casos, ou seja, independentemente de ter havido ou não complementação por parte da União, a competência para julgar os crimes decorrentes de desvio de verba do FUNDEF é da Justiça Federal.

O argumento utilizado pelo STF é o de que há interesse federal (art. 109, IV, da CF), considerando que o texto constitucional atribuiu à União função supletiva e redistributiva em matéria educacional, bem como o interesse na universalização de um padrão mínimo de qualidade do ensino, nos termos do § 1º do art. 211 da CF/88.

Assim, o STF tem adotado o entendimento de que a referida atribuição da União no que tange à educação é condição suficiente para

caracterizar seu interesse nas ações de natureza penal concernentes a desvios do FUNDEF, independentemente de repasse, ou não, de verba federal.

Em suma, a propositura da ação penal, no caso de desvio de recursos do FUNDEF, é atribuição do MPF, ainda que não haja repasse de verbas da União, sendo julgada pela Justiça Federal. Nesse sentido: HC 100772/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/11/2011.

Competência para julgar as ações de improbidade administrativa: será da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, a depender se houve ou não complementação do FUNDEF pela União.

O tema é peculiar porque:

- nas ações penais, a competência é sempre da Justiça Federal;
- no caso da ação de improbidade administrativa, a competência poderá ser da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, conforme tenha ou não havido complementação do FUNDEF pela União.

Assim, em alguns Estados, como São Paulo, não havia complementação do FUNDEF pela União. Logo, se houvesse algum desvio de verbas do FUNDEF em SP, as ações seriam assim propostas e julgadas:

- ação penal: proposta pelo MPF e julgada pela Justiça Federal;
- ação de improbidade administrativa: proposta pelo MP-SP e julgada pela Justiça Estadual.

Em outros Estados, como o Piauí, a União complementava o FUNDEF. Logo, a competência seria disposta da seguinte forma:

- ação penal: proposta pelo MPF e julgada pela Justiça Federal;
- ação de improbidade: também proposta pelo MPF e julgada pela Justiça Federal.

Qual a razão para esta diferença de competência no caso da ação penal e da ação de improbidade?

Competência penal da JF	Competência cível da JF
<p data-bbox="227 291 618 356"><i>Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:</i></p> <p data-bbox="227 375 618 624"><i>IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;</i></p> <p data-bbox="227 643 618 855">Segundo o STF, em relação às matérias penais, o art. 109 estabelece critérios mais amplos na fixação da competência da Justiça Federal do que quanto às ações cíveis, bastando que exista interesse da União.</p>	<p data-bbox="658 291 1048 356"><i>Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:</i></p> <p data-bbox="658 375 1048 624"><i>I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;</i></p> <p data-bbox="658 643 1048 818">De acordo com o STF, a Justiça Federal apenas será competente se a União possuir interesse que lhe permita atuar como autora, ré, assistente ou oponente.</p> <p data-bbox="658 837 1048 1197">O STF entende que, inexistindo complementação de verbas federais ao FUNDEF, a ação de improbidade administrativa é de competência da Justiça Estadual, considerando que, não estando envolvidas verbas federais, não se justifica a intervenção da União como parte. Logo, sem figurar como parte, não há a competência cível de que trata este inciso.</p>

5.6. Crimes praticados contra servidor público federal

Os crimes praticados contra servidor público federal, quando relacionados com o exercício da função, são de competência da Justiça Federal (Súmula 147 do STJ). Isso se justifica porque o delito perpetrado contra o agente público, por conta de sua função, afeta, de forma direta e específica, o próprio serviço público federal.

Vale ressaltar que não basta o delito ter sido cometido contra servidor público federal. Para que haja competência da Justiça Federal é necessário que a infração penal esteja relacionada com o exercício

da função pública federal desempenhada pelo funcionário.Ex: se um carteiro, no serviço de entrega das cartas, é roubado, tal delito é de competência da Justiça Federal (STJ. CC 114.196/SP); se, este mesmo carteiro, é assaltado ao voltar para casa, após o seu expediente, a competência para apurar o crime é da Justiça Estadual.

Pela mesma razão acima exposta, quando o crime é praticado contra servidor público federal aposentado, a competência para julgamento será, em regra, da Justiça Estadual (STJ. CC 88.262/SE, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 08/10/2008).

O crime será de competência da Justiça Federal mesmo quando a pessoa estiver apenas temporariamente investida em função pública federal. Assim, compete à Justiça Federal comum julgar o crime de desacato contra juiz estadual que estava no exercício de jurisdição eleitoral/federal (STJ. HC 18.078/RJ, julgado em 18/04/2002). De igual forma, é de competência da Justiça Federal o julgamento de crime de falso testemunho praticado perante juízo estadual investido, por delegação, na jurisdição federal (STJ. CC 47.782/SP, julgado em 28/02/2007).

Cumprе destacar, por fim, que, se o delito praticado contra o servidor público federal, no exercício de suas funções, for crime doloso contra a vida, esta infração será julgada pelo Tribunal do Júri Federal.

5.7. Crimes praticados por servidor público federal

Se o crime é praticado pelo funcionário público federal, valendo-se de suas funções, a competência será da Justiça Federal, tendo em vista que foi cometido em detrimento do serviço público federal. Persiste válida, portanto, a Súmula n.º 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR): *“Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados”*.

Para que haja competência da Justiça Federal, é indispensável que o sujeito ativo tenha atuado no exercício de sua função pública ou beneficiando-se, de alguma forma, desta condição.

5.8. Excluídas as contravenções penais

Como se vê pela redação literal do inciso IV, a Justiça Federal não julga contravenções penais. Nesse sentido é a Súmula 38 do STJ: *“Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades”*.

E o que acontece se a contravenção penal for praticada em conexão com um crime federal? Neste caso, haverá a cisão dos processos, de forma que o crime será julgado pela Justiça Federal e a contravenção pela Justiça Estadual (STJ. CC 20454/RO).

A doutrina afirma que existe uma exceção na qual a Justiça Federal julgaria contravenção penal. Trata-se da hipótese de contravenção penal praticada por pessoa com foro privativo no Tribunal Regional Federal. Seria o caso, por exemplo, de contravenção penal cometida por Juiz Federal ou Procurador da República. Em tais situações, o julgamento ocorreria no TRF (e não na Justiça Estadual). É a posição, dentre outros, de Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 414).

5.9. Excluídos os atos infracionais

Quando uma criança ou adolescente pratica um fato previsto em lei como crime ou contravenção penal, esta conduta é chamada de “ato infracional”. Assim, juridicamente, não se deve dizer que a criança ou adolescente cometeu um crime ou contravenção penal, mas sim um ato infracional.

Se o ato infracional for praticado em detrimento de bens, serviço ou interesse federal, de quem será a competência para julgá-lo? Da Justiça Estadual (Vara da Infância e Juventude). É o entendimento pacífico do STJ: CC 86.408/MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007. Em suma, a Justiça Federal nunca julgará um ato infracional.

5.10. Excluídos os atos de competência das Justiças Militar e Eleitoral

As Justiças Militar, Eleitoral e do Trabalho compõem a Justiça Federal especializada. A Justiça do Trabalho não detém competência criminal, mas as Justiças Militar e Eleitoral julgam crimes.

Caso o crime seja praticado em detrimento de bens, serviço ou interesse federal, mas se enquadre como crime militar ou eleitoral, ele será julgado, respectivamente, pela Justiça Militar ou Justiça Eleitoral. Percebe-se, portanto, que a Justiça Federal comum é residual em relação aos demais ramos especializados da Justiça Federal.

6. INCISO V DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Este inciso fixa competência criminal da Justiça Federal. Consiste em competência estabelecida em função da matéria.

6.1. Requisitos

Para que o delito seja de competência da Justiça Federal com base neste inciso são necessários três requisitos:

- a. Previsão do fato como crime no Brasil;
- b. Compromisso de combater este crime assumido pelo Brasil em tratado ou convenção internacional; e
- c. Relação de internacionalidade.

A relação de internacionalidade ocorre quando:

- iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro;
- iniciada a execução do crime no estrangeiro, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no Brasil.

Desse modo, não é suficiente que o crime esteja previsto em tratado ou convenção internacional para ser julgado pela Justiça Federal.

6.2. Exemplos

Podemos citar os seguintes exemplos de crimes que poderão ser submetidos a julgamento pela Justiça Federal com fundamento no art. 109, V, da CF/88, desde que haja relação de internacionalidade, por serem previstos em tratados internacionais: a) tráfico transnacional de drogas (art. 70, da Lei n.º 11.343/2006); b) tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da Lei n.º 10.826/2003); c) tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (art. 231 do CP); d) envio ilegal de criança ou adolescente para o exterior (art. 239 do ECA).

6.3. Crimes cometidos pela internet

Todo crime praticado pela internet é de competência da Justiça Federal? Obviamente que não. Segundo entendimento pacífico da jurisprudência, o fato do delito ter sido cometido pela rede mundial de computadores não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal. Para que o delito cometido por meio da internet seja julgado pela Justiça Federal, é necessário que se amolde em umas das hipóteses elencadas no art. 109, IV e V, da CF/88.

Vejamos três situações que podem gerar dúvidas no momento da fixação da competência:

1) Crimes contra a honra praticados pelas redes sociais da internet: competência da Justiça Estadual, como regra geral.

A competência para julgar os crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria) praticados por meio da internet, em páginas eletrônicas internacionais, tais como as redes sociais Orkut®, Twitter®, Facebook®, em regra, é da Justiça Estadual. Somente será da Justiça Federal se for verificada uma das hipóteses previstas nos incisos IV e V do art. 109 da CF/88. Nesse sentido, o STJ decidiu, recentemente, que, no caso de uma mulher que publicou mensagens de caráter ofensivo contra seu ex-namorado nas redes sociais, o delito de injúria por ela praticado deveria ser julgado pela Justiça Estadual (CC 121.431-SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/4/2012).

Entendeu-se, no caso, que as mensagens veiculadas na internet não ofenderam bens, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Dessa forma, não se enquadrava no inciso IV do art. 109.

Ademais, o delito de injúria não está previsto em tratado ou convenção internacional em que o Brasil se comprometeu a combater, como por exemplo, os crimes de racismo, xenofobia, publicação de pornografia infantil, entre outros. Logo, não se enquadrava também no inciso V do art. 109.

2) *Divulgação, por pessoa residente no Brasil, de imagens pornográficas de crianças e adolescentes em página da internet*: competência da Justiça Federal.

A conduta de divulgar vídeos ou imagens pornográficas de crianças e adolescentes configura o crime previsto no art. 241-A do ECA. Se este delito for praticado por meio da internet, a competência para julgá-lo será da Justiça Federal, com base no art. 109, V, da CF/88.

Com efeito, trata-se de crime que o Brasil, por meio de tratado internacional, comprometeu-se a reprimir (Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovada pelo Decreto legislativo 28/90 e pelo Decreto 99.710/90).

A publicação do vídeo ou das imagens ocorre no Brasil. No entanto, poderão ser visualizados em qualquer computador do mundo. Verifica-se, portanto, a transnacionalidade do delito. Trata-se de entendimento consolidado no STJ: CC 111.338/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 23/06/2010.

A competência territorial é da Seção Judiciária do local onde o réu publicou as fotos, não importando o Estado onde se localize o servidor do *site*: STJ. CC 29.886/SP, julgado em 12/12/2007.

E se o réu publicou as fotos no exterior? Esse crime poderá ser julgado pelo Brasil, por se enquadrar na hipótese prevista no art. 7º, II, do CP, cumpridas as condições previstas no § 2º do mesmo art. 7º. Em sendo preenchidos tais requisitos, o delito seria julgado no Brasil pela Justiça Federal, sendo competente a Seção Judiciária da capital do Estado onde o acusado por último morou ou, se nunca residiu aqui, será competente a Seção Judiciária do Distrito Federal (art. 88 do CPP).

3) *Troca, por e-mail, de imagens pornográficas de crianças entre duas pessoas residentes no Brasil*: competência da Justiça Estadual.

Comprovado que o crime de divulgação de cenas pornográficas envolvendo criança não ultrapassou as fronteiras nacionais, restringindo-se a uma comunicação eletrônica entre duas pessoas residentes no Brasil, a competência para julgar o processo é da Justiça Estadual, considerando que não houve, no caso, relação de internacionalidade, exigida pelo art. 109, V da CF/88. Precedente do STJ: CC 121.215/PR, julgado em 12/12/2012.

7. INCISO V-A DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A – As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04)

(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

7.1. O inciso V-A refere-se tanto a causas criminais como cíveis

Prevalece o entendimento de que o inciso V-A, ao mencionar a expressão “causas”, foi abrangente, de forma que este deslocamento de competência pode ocorrer tanto em processos criminais como também em causas cíveis. Obviamente que é muito mais provável que isto se verifique em infrações penais.

Cumprir destacar também que o deslocamento de competência pode ocorrer na fase pré-processual (durante inquérito policial ou inquérito civil, por exemplo) ou, então, após já ter sido ajuizada a ação. Ex: durante as investigações para apurar determinado homicídio, o STJ entende que deve haver o deslocamento da competência, de sorte que este inquérito policial passará à atribuição da Polícia Federal, sendo acompanhado pelo MPF e pela Justiça Federal.

7.2. Noção geral, procedimento e requisitos

Tendo ocorrido um fato que, em tese, representa grave violação de direitos humanos, o inciso V-A autoriza que o inquérito ou processo que apura as responsabilidades por este ilícito seja deslocado para o âmbito da Justiça Federal caso esteja tramitando na Justiça Estadual. Trata-se de um incidente de deslocamento de competência. A Justiça Federal que, originalmente, não era competente para aquela causa, irá julgar a demanda a fim de assegurar que as obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil, no sentido de defender os direitos humanos, não sejam descumpridas.

O incidente de deslocamento de competência é suscitado pelo Procurador-Geral da República e julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (Resolução n.º 06/2006-STJ). Mesmo sem previsão legal, admite-se a manifestação de *amicus curiae* neste procedimento (IDC 2/DF, julgado em 27/10/2010). Contra a decisão que autoriza ou nega o deslocamento, cabe a interposição de Recurso Extraordinário no STF.

Com base na jurisprudência, podem ser apontados dois requisitos para que o deslocamento da competência seja autorizado (IDC 1/PA, julgado em 08/06/2005):

- a. A existência de fato praticado com grave violação de direitos humanos, cuja competência para a apuração seja da Justiça Estadual;
- b. A demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução.

7.3. Inexistência de ofensa ao princípio do juiz natural

A previsão do inciso V-A foi objeto de inúmeras críticas e de duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas por associações de magistrados estaduais (ADI 3.486 e ADI 2.493).

As três principais objeções apontadas são as seguintes: a) a inserção do dispositivo em tela parte do pressuposto equivocado de que a Justiça Federal teria maior capacidade e isenção para o julgamento da

causa, o que não é uma verdade e ofende o princípio federativo; b) a expressão “grave violação de direitos humanos” é muito genérica, o que faz com que a definição da competência fique ao juízo discricionário do Procurador-Geral da República; c) haveria violação ao princípio do juiz natural.

As ações ainda não foram julgadas, mas penso que as críticas são improcedentes.

Em primeiro lugar, o que motivou a inserção deste inciso não foi a ideia de que o ramo judiciário federal estaria mais preparado e isento que o estadual, até mesmo porque não é possível (nem produtor) tal espécie de comparação. O Poder Judiciário, em última análise, é feito por pessoas, que podem ser boas ou ruins, isentas ou parciais, independentemente da esfera em que atuam. O objetivo da previsão do incidente foi o de fazer com que a União, por conta de compromissos assumidos perante a comunidade internacional, tivesse um meio de intervir, excepcionalmente, em caso de graves violações a direitos humanos, evitando sanções previstas em tratados internacionais. O espírito é o mesmo que inspirou o legislador constituinte a afirmar que os crimes previstos em tratados internacionais seriam de competência da Justiça Federal (art. 109, V, já analisado). Como explica Renato Brasileiro:

A partir do momento em que o Brasil subscreveu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/1992), assim como reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto Legislativo n.º 89/1998) para julgamento de violações de direitos humanos ocorridas em nosso país que tenham ficado impunes, a União passou a ficar sujeita à responsabilização internacional pelas violações de direitos humanos, sem que se dispusesse de instrumento jurídico idôneo ao cumprimento dos compromissos pactuados no âmbito internacional. É daí que surge a importância do incidente de deslocamento da competência previsto no art. 109, inc. V-A, e § 5º, cuja finalidade precípua seria exatamente a de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria. (2013, p. 622)

Por segundo, vale esclarecer que a expressão “grave violação a direitos humanos” é, de fato, ampla, podendo ser classificada como uma cláusula geral. No entanto, a definição de seu sentido e alcance não fica ao juízo discricionário do PGR. Com efeito, o incidente será decidido pela Terceira Seção do STJ, composta por dez Ministros, sendo de ressaltar que as autoridades estaduais serão ouvidas antes da decisão, assim como eventuais *amici curiae* que manifestem desejo de opinar. Trata-se, portanto, de decisão refletida e construída com a participação plural e democrática de inúmeros sujeitos processuais.

Por fim, não há violação ao princípio do juízo natural, tendo em vista que o incidente de deslocamento consiste em regra prévia e abstrata de competência, sendo aplicável não a *pessoas* específicas, mas sim a todas as *situações* que se enquadrem no dispositivo constitucional. Não há, portanto, juízo ou tribunal de exceção. Fredie Didier também não vislumbra inconstitucionalidade na previsão:

(...) não há qualquer violação à garantia do juiz natural, na medida em que é regra geral de competência. Como se sabe, o direito fundamental ao juiz natural impede o chamado poder de comissão: a designação de juízos extraordinários para o julgamento de determinadas causas. Não é o caso: não se trata de regra que autoriza a designação de juízo de exceção. Cria-se um incidente de deslocamento de competência, identificando-se, previamente, de acordo com critérios gerais e abstratos: a) quais os critérios para a definição da competência da Justiça Federal; b) quem tem legitimidade para suscitar o incidente; c) quem tem competência para apreciá-lo. (2013, p. 188)

7.4. Incidentes de deslocamento analisados pelo STJ

O tempo revelou que, de fato, o incidente de deslocamento de competência é instituto excepcional. Desde dezembro de 2004, quando foi inserido na CF/88, somente houve dois pedidos de deslocamento de competência formulados pelo PGR.

O primeiro foi o processo relacionado com o homicídio da missionária Dorothy Stang, no Município de Anapu (PA). O STJ negou o pedido de deslocamento da competência por entender que as autoridades estaduais encontravam-se empenhadas na apuração dos fatos e que não havia inércia, negligência, falta de vontade política ou de condi-

ções reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal (IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 08/06/2005).

O segundo, mais recente, ocorreu na apuração do assassinato do advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto, ocorrido em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio. O STJ deferiu o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba considerando que havia risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (dentre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como “Pacto de San Jose da Costa Rica”). Ressaltou-se que ficou demonstrada a notória incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas ao crime (IDC 2/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27/10/2010).

8. INCISO VI DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

Este inciso refere-se à competência criminal da Justiça Federal. Trata-se de competência estabelecida em função da matéria.

8.1. Crimes contra a organização do trabalho

O Título IV do Código Penal, que engloba os arts. 197 a 207, possui a seguinte rubrica: “Dos crimes contra a organização do trabalho”. Diante disso, indaga-se: os crimes contra a organização do trabalho previstos neste Título IV do CP serão sempre julgados pela Justiça Federal? Não. Segundo entende o STJ, os crimes previstos nos arts. 197 a

207 do CP somente serão de competência da Justiça Federal quando ficar demonstrado, no caso concreto, que o delito provocou lesão a:

- direito dos trabalhadores coletivamente considerados; ou
- organização geral do trabalho.

Como exemplo, o art. 203 do CP prevê como crime “*frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho*”. O STJ já decidiu que, se o art. 203 foi perpetrado em detrimento de apenas um trabalhador, compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito (CC 108.867/SP, DJe de 19/4/2010).

De igual modo, o delito de sabotagem industrial (art. 202 do CP), apesar de estar no Título IV, que trata dos crimes contra a organização do trabalho, deve ser julgado pela Justiça estadual se atingir apenas bens particulares sem repercussão no interesse da coletividade (STJ. CC 123.714-MS, julgado em 24/10/2012).

O STF possui entendimento semelhante. Para a Corte, somente são da competência da Justiça Federal os crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207 do CP) quando causarem prejuízo à ordem pública, econômica ou social e ao trabalho coletivo (RE 599943 AgR, Relator Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010).

Em outro julgado, o Pretório Excelso afirmou que a interpretação do que seja crime contra a organização do trabalho, para o fim constitucional de determinar a competência, não se junte à capitulação do Código Penal. Assim, se no caso concreto, houve retenção momentânea, mediante violência, de um único empregado, impedido de adentrar à empresa onde laborava, verifica-se ofensa à liberdade individual e não à organização do trabalho como um todo. Logo, a competência, nessa hipótese, é da Justiça estadual (ARE 706368 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012).

Em resumo, os delitos previstos nos arts. 197 a 207 do CP poderão ser de competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual, a depender do caso concreto.

Vamos tratar agora do crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto no art. 149 do CP. Este delito encontra-se encartado no Título I, que trata sobre os “crimes contra a pessoa” e não no Título IV (“Dos crimes contra a organização do trabalho”). Apesar disso, o STF entende que se trata de delito de competência da Justiça Federal,

tendo em vista que a topografia do crime (ou seja, sua posição no Código Penal) não é o fator preponderante no momento da fixação da competência. Como explica o Min. Joaquim Barbosa:

A Constituição, no art. 109, VI, determina que são da competência da Justiça Federal ‘os crimes contra a organização do trabalho’, sem explicitar que delitos se incluem nessa categoria. Embora no Código Penal brasileiro haja um capítulo destinado a tais crimes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de que não há correspondência taxativa entre os delitos capitulados no referido Código e aqueles indicados na Constituição, cabendo ao intérprete verificar em quais casos se está diante de um ‘crime contra a organização do trabalho’. (RE 398.041-6).

No mesmo sentido, veja as palavras do Min. Gilmar Mendes:

Com efeito, o art. 109, VI, da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça Federal para julgar os crimes contra a organização do trabalho. Contudo, a Lei Maior não se interpreta a partir do Código Penal e o nomen iuris de um capítulo do Diploma Penal não tem o condão de definir a natureza jurídica de um delito, tampouco sua objetividade jurídica. (ARE 706368 AgR / SP)

Em suma, é possível encontrar crimes definidos no Título IV do Código Penal que não correspondem à norma constitucional do art. 109, VI, também sendo certo que outros crimes definidos na legislação podem configurar, dependendo do caso, crime contra a organização do trabalho (STF. ARE 706368 AgR / SP)

O Plenário do STF, no julgamento do RE 398.041 (rel. Min. Joaquim Barbosa, sessão de 30.11.2006), fixou a competência da Justiça Federal para julgar os crimes de redução à condição análoga à de escravo, por entender “*que quaisquer condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também o homem trabalhador, atingindo-o nas esferas em que a Constituição lhe confere proteção máxima, enquadram-se na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho*” (RE 541627, Relatora

Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/10/2008).No mesmo sentido entende o STJ:

(...) A Terceira Seção desta Corte já pacificou o entendimento de que compete à Justiça Federal processar e julgar os autores do delito previsto no art. 149 do Código Penal, haja vista a violação aos direitos humanos e à organização do trabalho. (...)

(RHC 25.583/MT, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2012, DJe 20/08/2012)

8.2. Crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira

O inciso VI afirma que os crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira somente serão de competência da Justiça Federal nos casos determinados por lei. Em outras palavras, nem todos os crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira serão de competência da Justiça Federal, mas apenas nas hipóteses em que lei assim determinar.

Os crimes contra o sistema financeiro estão previstos na Lei n.º 7.492/86 são julgados pela Justiça Federal por expressa previsão legal: *“Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.”*

O crime de concessão de empréstimos vedados, previsto no art. 34 da Lei n.º 4.595/64 também atenta contra o Sistema Financeiro Nacional, no entanto, no caso deste delito, a competência será, em regra, da Justiça Estadual, considerando que a lei não atribuiu sua apuração à Justiça Federal.

O art. 1º da Lei n.º 8.176/91 define crime contra a ordem econômica, sendo de competência da Justiça Estadual em virtude da ausência de lei atribuindo a apuração dos fatos à Justiça Federal. Por isso, o delito de venda de combustível adulterado (art. 1º, I) é de competência da Justiça Estadual. Vale ressaltar, ainda, que não serve como argumento para deslocar o delito para a competência da Justiça Federal o fato da comercialização do combustível ter ocorrido sem autorização da Agência Nacional de Petróleo (autarquia especial federal), considerando que, neste caso, não há lesão direta e imediata a serviço público

federal, de forma que a situação não se enquadra nem no inciso VI nem no IV do art. 109 da CF/88. Nesse sentido: STF. RE 459513, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009.

A Lei n.º 8.137/90 define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Neste diploma legislativo não há qualquer previsão de competência da Justiça Federal. Logo, em regra, tais delitos serão julgados pela Justiça Estadual, salvo se afetarem bens, serviço ou interesse federal, hipótese na qual haverá competência da Justiça Federal com fundamento no inciso IV do art. 109 (e não no inciso VI). É o caso, por exemplo, da sonegação tributária (art. 1º, I, da Lei n.º 8.137/90) de um imposto federal (ex: imposto de renda). Haverá, aí, competência da Justiça Federal para julgar a infração, com fulcro no art. 109, IV, da CF/88.

Com base no que foi explicado, o crime de formação de cartel (art. 4º da Lei n.º 8.137/90), delito contra a ordem econômica, é processado e julgado, em regra, pela Justiça Estadual:

(...) A Lei 8.137/90, relativa aos crimes contra a ordem econômica, não contém dispositivo expresso fixando a competência da Justiça Federal, competindo, em regra, à Justiça Estadual o julgamento dessa espécie de delito; todavia, isso não afasta, de plano, a competência da Justiça Federal, desde que se verifique hipótese de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos exatos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Constitucional, ou que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais. (...)

(HC 117169/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009)

9. INCISO VII DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

VII - os “habeas-corpus”, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

Trata-se de competência criminal, sendo exemplo típico o caso de habeas corpus impetrado contra Delegado de Polícia Federal para conseguir o “trancamento” de inquérito policial instaurado contra o investigado/paciente.

Se a autoridade apontada como coatora tiver foro privativo, a competência, obviamente, não será da Justiça Federal de 1ª instância. É a hipótese de habeas corpus impetrado contra Procurador da República, remédio que deverá ser julgado pelo Tribunal Regional Federal (STJ). RHC 15.132/SP, julgado em 09/03/2004).

10. INCISO VIII DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

VIII - os mandados de segurança e os “habeas-data” contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

Cuida-se de competência cível, estabelecida em razão da autoridade (*ratione autoritatis*).

A expressão “autoridade federal” deve ser tomada em sentido amplo. Assim, pode haver duas espécies de autoridade federal, para fins deste inciso:

a) a autoridade pública que integre os quadros da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Exs: Delegado da Receita Federal; Superintendente do INSS ou do IBAMA.

b) os agentes de pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas ou empresas privadas), quando estiverem no exercício de atribuições do poder público (exercício de função delegada do poder público). É o caso dos dirigentes de instituição particular de ensino superior.

O dirigente de instituição particular de ensino superior pode praticar atos de administração empresarial (exs: contratar e demitir professores, efetuar pagamentos, assinar contratos) ou atos de gestão tipicamente educacional (exs: expedir diplomas, deferir ou indeferir matrículas, estabelecer grades curriculares). Quando administra o negócio, ele age como particular. De outro lado, quando pratica atos típicos de gestão educacional superior, o dirigente age por delegação da União, considerando que foi este ente, por meio do MEC, quem autorizou e fiscaliza a prestação do serviço público de ensino superior.

Quando o dirigente de instituição de ensino superior atua na gestão educacional, ele se equipara a uma autoridade federal, de forma que os mandados de segurança e *habeas data* impetrados contra tais atos são de competência da Justiça Federal com base no inciso VII do art. 109 da CF/88. Deve-se ter atenção para isso porque se, ao invés de impetrar um mandado de segurança, a parte ajuizar uma ação ordinária questionando o ato do gestor, esta demanda será julgada pela Justiça Estadual, tendo em vista que o inciso VII somente fala em MS e HD e também não poderíamos enquadrá-lo no inciso I do art. 109 da CF/88. Nesse sentido: STJ. REsp 1.295.790-PE, Rel. Mauro Campbell Marques, julgado em 6/11/2012.

Resumo das competências no caso de ações questionando atos tipicamente relacionados com ensino superior:

Mandado de segurança	Impetrado contra dirigente de Instituição de ensino federal ou particular	Justiça Federal
	Impetrado contra dirigentes de Instituições de ensino estaduais e municipais	Justiça Estadual
Outras ações	Propostas contra a União ou suas autarquias	Justiça Federal
	Propostas apenas contra Instituição estadual, municipal ou particular	Justiça Estadual

Outro ponto interessante sobre o tema: cabe mandado de segurança contra atos de administradores de sociedade de economia mista federal? Depende:

- Se o ato impugnado for de gestão comercial: não será possível a impetração do *writ* (art. 1º, § 2º, da Lei n.º 12.026/2009). É o caso, por exemplo, do ato do administrador que impõe multa decorrente de descumprimento do contrato (STJ. REsp 1078342/PR);
- Se a autoridade tiver praticado ato administrativo: caberá mandado de segurança. Exs: ato praticado pela autoridade em licitação promovida por sociedade de economia mista (Súmula 333 do STJ); ato praticado no âmbito de concurso público ou processo seletivo de contratação de pessoal.

A competência no caso de mandado de segurança contra ato administrativo praticado pelo dirigente de sociedade de economia mista federal é da Justiça Federal com fundamento no inciso VIII do art. 109 (e não no inciso I). Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:CC 71843/PE; AgRg no REsp 1344382/SE.

Vale ressaltar que a CF/88 prevê que os mandados de segurança e *habeas data* ajuizados contra determinadas autoridades são julgados originalmente pelo TRF (art. 108, I, *c*), pelo STJ (art. 105, I, *b*) ou pelo STF (art. 102, I, *d*). Nestas hipóteses, obviamente, a competência não será da Justiça Federal de primeira instância.

11. INCISO IX DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

Cuida-se de competência criminal, estabelecida em razão da matéria.

Segundo o STJ, quando o referido inciso fala em “navio” quer se referir a “embarcações de grande porte”. Assim, se o crime for cometido a bordo de um pequeno barco, lancha, veleiro etc., ainda que em navegação, a competência não será da Justiça Federal:CC 43.404/SP, julgado em 14/02/2005.

De forma diversa, quanto às aeronaves, a jurisprudência inclui na competência federal as infrações penais cometidas a bordo de qualquer espécie de aeronave, de pequeno ou grande porte.

Para que sejam crimes de competência da Justiça Federal, exige-se que o navio ou a aeronave esteja navegando ou voando, respectivamente? Em outras palavras, o crime cometido a bordo de navio ancorado no porto ou de avião pousado continua sendo de competência da Justiça Federal?

Mesmo sem qualquer razão lógica para tanto, a jurisprudência confere tratamento diferenciado se a hipótese for de navio ou de avião. Vejamos:

- Navio ancorado: competência da Justiça Estadual (STJ). CC 116.011-SP, julgado em 23/11/2011);
- Avião pousado: competência da Justiça Federal (STJ). HC 108.478-SP, julgado em 22/2/2011).

12. INCISO X DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

12.1 Crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro

Existem seis crimes relacionados com o ingresso ou permanência irregular de estrangeiro e que, portanto, são de competência da Justiça Federal: arts. 125, XI, XII e XIII, da Lei n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e arts. 309, 310 e 338 do CP.

Vale ressaltar que o estrangeiro que ingressa ou permanece no país de forma irregular, em princípio, apenas comete uma infração administrativa. Somente existirá crime se houver algum elemento de fraude em sua conduta de ingresso ou permanência, conforme preveem os tipos penais acima listados.

12.2. Execução de carta rogatória e de sentença estrangeira

Carta rogatória é um instrumento de cooperação jurídica internacional por meio do qual uma autoridade judiciária de um Estado estrangeiro solicita que o Poder Judiciário de outro país pratique determinado ato processual em seu território. Ex: um juiz de Berlim (Alemanha) expede uma carta rogatória para que seja ouvida uma testemunha residente em Manaus (Brasil). Neste caso, ela é chamada de carta rogatória passiva (a ser cumprida no Brasil). Se o juiz brasileiro é quem tivesse expedido a carta rogatória, seria denominada de ativa.

A carta rogatória passiva, em regra, antes de ser cumprida no Brasil precisa receber um *exequatur*, que é exarado pelo STJ (art. 105, I, i, da CF/88). Por meio do *exequatur*, o STJ verifica se o ato processual solicitado pela autoridade judiciária estrangeira é compatível com o ordenamento brasileiro. Caso seja, o Tribunal concede o *exequatur*, que significa “cumpra-se”.

Desse modo, após o *exequatur* concedido pelo STJ à carta rogatória, esta irá ser cumprida por um juiz federal.

De igual forma, a sentença estrangeira, para que tenha eficácia no Brasil, precisa antes ser homologada também pelo STJ. “*O processo de homologação de sentença estrangeira visa aferir a possibilidade de decisões estrangeiras produzirem efeitos dentro da ordem jurídica nacional*” (MARINONI, 2008, p. 489). Após esta homologação, caso seja necessária a execução da sentença estrangeira, isso será de competência da Justiça Federal.

12.3. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização

Podemos citar como exemplos de causas relacionados com a nacionalidade ou com a naturalização:

- Ação de opção pela nacionalidade brasileira (art. 12, I, c, parte final, da CF/88);
- Ação de perda da naturalização em caso de prática de ato nocivo ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, da CF/88).

13. INCISO XI DO ART. 109

Aos juízes federais compete processar e julgar:

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Trata-se de competência que abrange tanto ações cíveis como criminais. Consiste em competência definida em razão da matéria (direitos indígenas), não sendo fixada em função da pessoa.

13.1. Competência cível

Para que seja competência da Justiça Federal é preciso que envolva os indígenas coletivamente considerados (DIDIER, 2013, p. 207). Conforme afirma o Min. Luis Felipe Salomão:

(...) a Constituição Federal em seu art. 109, XI, institui a competência da Justiça Federal para processar e julgar os feitos relativos a disputa sobre direitos indígenas. Porém, tal dispositivo não deve ser interpretado no sentido de alcançar qualquer relação em que haja interesse de índio envolvido na relação processual. Ao contrário, é preciso que a causa verse sobre algum dos interesses da coletividade indígena elencados no art. 231 da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos reconhecidos aos índios que devem ser protegidos pela União, a saber: organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (CC 100695/MG, julgado em 26/08/2009)

13.2. Competência criminal

Em regra, a competência para julgar crime no qual o indígena figure como autor ou vítima é da Justiça Estadual. A Súmula 140-STJ é expressa nesse sentido: *“Compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”*.

Excepcionalmente, a competência será da Justiça Federal:

- a. quando o crime praticado estiver relacionado com questões ligadas à cultura e aos direitos dos indígenas sobre suas terras (STF. HC 91.121/MS); ou
- b. no caso de genocídio contra os indígenas, considerando que, neste caso, o delito é praticado com o objetivo de acabar com a própria existência de uma determinada etnia (STF. RE 263.010/MS).

Resumindo, o crime será de competência da Justiça Federal sempre que envolver “disputa sobre direitos indígenas”, nos termos do art. 109, XI, da CF/88.

Este precedente do STF resume bem a questão ao afirmar que a competência da Justiça Federal, fixada no art. 109, XI, da CF, “só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.” (STF, RE 419.528, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, DJU de 09/03/2007).

Referências

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2010.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da justiça federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ – EVOLUÇÃO E FORTALECIMENTO DA INSTITUIÇÃO

Mauro Campbell Marques²⁶³

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 é o marco inicial da restauração do regime democrático no Brasil, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte cujos membros foram democraticamente eleitos, de forma direta, em 15 de novembro de 1986. Os trabalhos foram iniciados em 1º de fevereiro de 1987 e a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988.

Nesse intervalo, *“era necessário que todo o processo englobasse as mais diversas matizes ideológicas e a participação popular. Por isso, essa foi a primeira Constituinte na história a aceitar emendas populares — que deviam ser apresentadas por pelo menos três entidades associativas e assinadas por, no mínimo, 3 mil pessoas. As entidades se fizeram representar e os cidadãos enviaram mais de 30 mil cartas aos Parlamentares Constituintes inspirando-os para desenhar o País que era sonhado, não por 599 Parlamentares, mas por toda uma Nação”* (Anais da Assembléia Nacional Constituinte, disponível em <http://www.camara.leg.br>).

A relatoria da Comissão de Sistematização foi atribuída ao Constituinte José Bernardo Cabral, Deputado Federal eleito pelo Estado do Amazonas.

Na condição de Promotor de Justiça (e amigo pessoal do Deputado Federal José Bernardo Cabral), acompanhei os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, participando de longas jornadas institucionais que também contribuíram para subsidiar os Constituintes e, assim, Bernardo Cabral pudesse dividir com mais clareza as expecta-

²⁶³ Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

tivas sociais por um Ministério Público protagônico, autônomo e independente.

Hoje, na condição de magistrado, permanece a admiração pela coragem do Constituinte Bernardo Cabral em se empenhar na luta pela redemocratização do Estado brasileiro, especialmente no que se refere à luta pela implantação de novo Ministério Público, sem parâmetros no mundo diante da abrangência e do poder dado à Instituição.

2. Evolução do Ministério Público nas Constituições brasileiras

Não há, na Constituição de 1824, disciplina do Ministério Público. Porém, em 1832, foi editado o *“Código do Processo Criminal de Primeira Instância”*, que, em seu art. 36, passou a dispor que *“podem ser Promotores os que podem ser jurados; entre estes serão preferidos os que forem instruídos nas Leis, e serão nomeados pelo Governo na Corte, e pelo Presidente nas Províncias, por tempo de três anos, sobre proposta triplíce das Câmaras Municipais”*. Para ser jurado, bastava ser eleitor, ressalvados os impedimentos previstos no art. 23 do código mencionado.

Ainda durante o regime da Constituição do Império, entrou em vigor a Lei 261/1841, que em seu art. 22 dispunha que *“os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier”*, podendo, na falta ou impedimento, haver nomeação interina pelos *“Juizes de Direito”*. O art. 23 exigia pelo menos um promotor em cada Comarca, que devia acompanhar o juiz de direito.

No período republicano anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, a evolução do Ministério Público pode ser relatada na síntese precisa de Sérgio de Andréa Ferreira:

“No passado, no início da República, esperou-se que o Ministério Público pudesse funcionar como um Quarto Poder e fosse capaz de conter as oligarquias rurais no seu domínio da administração pública, através do controle das leis, e fosse capaz de fazer os militares não transgredir sua função constitucional de guardiães das instituições republicanas. Em nosso tempo, o Ministério Público surge

como a instituição apropriada para a defesa dos indivíduos diante do Estado, para evitar prepotência, autoritarismo, corrupção e tortura, e para a proteção do indivíduo, isoladamente ou em grupo, na sua posição de consumidor, numa sociedade moderna.

Como tal, o Ministério Público é uma instituição que se coloca na ligação entre o Estado e a Sociedade promovendo a União Estado-Sociedade, de importância transcendental na renovação política do país e na construção da democracia. É instituição originada dos aparelhos do Estado, mas que deve voltar sua lealdade à Sociedade”.²⁶⁴

No período de elaboração da atual Constituição Federal, não se pode olvidar da *Carta de Curitiba*, merecendo destaque seu art. 1º, *in verbis*: “o Ministério Público, instituição permanente do Estado, é responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica”.

A Carta foi elaborada em 21 de junho de 1986 e dela constaram diversas reivindicações dos membros do Ministério Público necessárias ao fortalecimento da instituição, servindo de base para a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, integrante da Comissão da Organização e Sistema de Governo da Assembleia Nacional Constituinte, cujo relator foi o Constituinte Bernardo Cabral.

Os debates ocorridos na Subcomissão mencionada bem refletem a necessidade que havia de se fortalecer o Ministério Público para que fosse concretizado o ideal democrático.

O Constituinte atendeu ao anseio da sociedade, colocando o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao Ministério Público foi assegurada autonomia funcional e administrativa, havendo a consagração de princípios institucionais – unidade, indivisibilidade e independência funcional –, além de garantias próprias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio) e o estabelecimento de vedações e atribuições.

264 FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1985, p. 24.

Ressalte-se que “o Ministério Público é aparelho genuinamente estatal ou de existência necessária, unidade de serviço que se inscreve no rol daquelas que desempenham função essencial à jurisdição”, razão pela qual “bem aparelhar o Ministério Público é servir ao desígnio constitucional de aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário” (ADI 3.028/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 1º.7.2010).

A autonomia e independência do *Parquet* constituem meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais e não podem ser violados pelo Poder Público. O Supremo Tribunal Federal entendeu legítima a impetração de mandado de segurança, em face de ato do Presidente da República, tendo em vista que tal remédio constitucional “deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais” (MS 21.239/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.93).

Com as características traçadas na Constituição de 1988, pode-se afirmar que não há, no Direito Comparado, paradigma para se comparar com o Ministério Público brasileiro, sobretudo com a independência e a autonomia atribuída aos seus membros, associadas à ampla diversidade de atuação do *Parquet* no Brasil.

Como bem observa Gregório Assagra de Almeida:

“No Direito Comparado, diferentemente do que acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Público um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices a falta de independência e de especialização dessa instituição e, como consequência, as ingerências políticas espúrias.”²⁶⁵

Assim, no Brasil, a atuação do Ministério Público abrange diversas áreas. Entre as funções institucionais do Ministério Público, cumpre destacar que cabe a ele propor, privativamente, a ação penal pública;

265 *Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento funcional*. Belo Horizonte: CEAf, 2008, p. 64.

zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública; zelar pelo patrimônio público e social, meio ambiente, infância e juventude e outros interesses difusos e coletivos; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle da atividade policial; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; exercer outras funções que lhe forem conferidas, compatíveis com a sua finalidade.

Como já decidiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em razão de *“relevante interesse público e social, ampliou-se o âmbito de atividades do Ministério Público para realizar atividades investigatórias, alicerçando informações para promover o inquérito e ação civil pública”* (RMS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 25.5.98).

3. A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal

Na sua tarefa de exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal, é autorizado ao Ministério Público promover audiências públicas (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/93), instrumento que, sem dúvida, aproxima o *Parquet* da sociedade, cumprindo dupla função: 1) dá legitimação social às suas ações; 2) permite que a sociedade transmita ao *Parquet* suas necessidades mais relevantes.

A ampliação de suas atribuições legitima a atuação do Ministério Público em questões de relevante interesse social, as quais, antes, eram defendidas pelo cidadão isoladamente, a despeito do interesse da coletividade. Assim, pode o *Parquet*, por exemplo, impugnar por via da ação civil pública mensalidades escolares abusivas ou ilegais — por se tratar de tema atrelado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos —, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da

ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.”

(RE 163.231/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 29.6.2001)

Para fins de defesa da manutenção e desenvolvimento do ensino, pode o Ministério Público reclamar a aplicação do percentual mínimo pelos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), na forma prevista no art. 212 da Constituição Federal. Desse modo, detém legitimidade para promover, em face de Município, ação civil pública para “*compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino*”, tendo em vista que tal demanda “*tem por objeto interesse social indisponível, (...) de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar*” (RE 190.938/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe de 22.5.2009).

Por outro lado, a Constituição Federal estabelece que a saúde é direito social. Assim, é direito de todos e dever do Estado, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde.

Como bem observa Antônio Joaquim Fernandes Neto:

“Infância e juventude, meio ambiente, patrimônio público e defesa do consumidor foram as locomotivas que conduziram o Ministério Público na implementação das novas funções que lhe foram outorgadas pela Constituição. A saúde veio depois, crescendo a demanda à medida que o próprio SUS começou a tornar-se realidade. Os expoentes do Movimento Sanitário, responsáveis pela concepção e pelo processo de mobilização e luta que resultou em nosso modelo constitucional para a saúde, foram grandes incentivadores da criação das Promotorias de Saúde. As dificuldades enfrentadas pelos membros dos Conselhos Municipais de Saúde, e mesmo pelos gestores, na implementação de uma nova ordem sanitária, levaram-nos a bater nas portas da promotoria rogando auxílio para enfrentar as enormes barreiras que ainda se opõem à ideia de um sistema universal e gratuito, com cuidado integral na promoção, na prevenção e na recuperação da saúde.”²⁶⁶

O Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, tem se pronunciado no sentido de que “*o direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público é parte legítima*

²⁶⁶ Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento funcional. Belo Horizonte: CEAF, 2008, p. 1954.

para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos” (AgRg no REsp 1.356.286/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 19.2.2013).

Entre as relevantes funções institucionais do Ministério Público, ou mais especificamente do Chefe da Instituição, destaca-se a possibilidade de promover a ação de inconstitucionalidade. Revela-se impensável que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal pudessem ser suprimidos pelo legislador ordinário ou por atos do Poder Público.

Nesse contexto, cabe ao Ministério Público zelar pela vontade do Poder Constituinte, impedindo, inclusive, a alteração ou supressão dos direitos e garantias constitucionais.

Sobre o tema, destaca-se o escólio de José Renato Rodrigues Bueno:

“O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos constitui relevante elemento ético-jurídico que integra o Estado Democrático de Direito, de molde a resguardar a tutela dos valores constitucionalmente estabelecidos, que sob a ótica social, quer sob o prisma individual.

(...) No plano do controle concentrado de constitucionalidade, portanto, tem o Ministério Público legitimidade para manejar os seguintes instrumentos jurídicos, segundo o sistema vigente:

a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, e seu § 2º, e art. 103 da CF/88);

b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF/88);

c) ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, e seu § 2º, e art. 103 da CF/88);

d) ação por descumprimento de prefeito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88).”²⁶⁷

No âmbito do controle concentrado, o art. 103, VI, da CF/88 atribui legitimidade ao Procurador Geral da República (entre outros) para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁷ Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento funcional. Belo Horizonte: CEAf, 2008, p. 141-142.

No que se refere ao meio ambiente, a legitimação do Ministério Público encontra-se prevista no art. 129, III e § 1º, da CF/88.

A responsabilização por danos causados ao meio ambiente pode ser buscada por meio da ação civil pública (art. 1º, I, da Lei 7.347/85 – com redação dada pela Lei 12.529/2011).

A legitimidade para o ajuizamento da ação é concorrente. Em relação ao Ministério Público, caso não tenha ajuizado a ação, deve atuar obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, 1º).

O art. 225 da Constituição Federal dispõe que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

Trata-se de interesse difuso, ou seja, interesse transindividual, de natureza indivisível, cujo titular é a coletividade – pessoas indeterminadas – art. 81, I, da Lei 8.078/90.

Assim, a atuação do Ministério Público deve ser entendida de forma ampla, pois *“limitar o espaço de atuação do Ministério Público na defesa de interesses difusos e coletivos (...) desatende às normas constitucionais e legais que expressam claramente essa tendência e significa – na maioria dos casos – praticamente deixar no abandono a proteção judicial desses interesses”* (REsp 97.684/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 3.2.97).

Em sua missão de zelar pelos direitos assegurados na Constituição Federal, destaca-se a atuação do Ministério Público em favor das pessoas idosas e com deficiência. Ressalte-se que a própria Constituição autoriza que outras funções sejam conferidas ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

No que se refere à proteção da pessoa idosa, destaca-se o escólio de Hugo Nigro Mazzilli:

“Por força de sua destinação institucional, o Ministério Público deve voltar sua atenção para a tutela jurídica das pessoas idosas, o que envolve questão de interesse social e coletivo, até porque essa é uma condição natural que pode chegar para todos.

A atuação do Ministério Público na proteção das pessoas idosas visa especialmente a:

- a) assegurar e preservar seus direitos sociais;*
- b) criar melhores condições para o desenvolvimento de sua autonomia, integração e efetiva participação na sociedade;*
- c) defender-lhes o direito à vida, à saúde, ao amparo, à cidadania, à liberdade, à dignidade, à segurança, ao lazer e ao bem-estar;*
- d) buscar erradicar qualquer forma de desigualdade, discriminação, marginalização e preconceito decorrentes de sua condição.*²⁶⁸

Nesse campo de atuação, o art. 74 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), enumera uma série de atribuições do Ministério Público, destacando-se as seguintes: a) instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; b) promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; c) atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei; d) instaurar procedimento administrativo, podendo expedir notificações, colher depoimentos, requisitar informações, perícias e documentos de autoridades públicas (federais, estaduais e municipais) e de instituições privadas, com a finalidade de instruir o procedimento; e) instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso; f) zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis; g) inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento; h) requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições.

No que concerne à defesa das pessoas com deficiência, pode o Ministério Público (entre outros legitimados) propor ação civil pública

268 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: 2012, p. 740.

destinada à proteção de seus interesses coletivos ou difusos (art. 3º da Lei 7.853/89). Nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados “à deficiência das pessoas”, é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

Como bem observa Hugo Nigro Mazzilli:

“Na verdade, o Ministério Público não atua apenas em ações em que versem interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos relacionados com a proteção das pessoas portadoras de deficiência. Seu papel interventivo ocorrerá em qualquer ação em que seja parte uma pessoa nessas condições, que se trate de limitação física ou mental, posto não se verifique incapacidade para os fins do Código Civil, desde que o objeto dessa ação esteja relacionado com dita deficiência.

(...) Deve ainda o Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e princípios constitucionais de proteção às pessoas portadoras de deficiência, como o acesso a edifícios públicos e a edifícios privados destinados a uso público, ou o preenchimento de empregos públicos. Por meio da ação civil pública, podem ainda ser ajuizadas medidas judiciais relacionadas com educação, saúde, transportes, edificações, bem como com a área ocupacional ou de recursos humanos. Para tanto, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos, como inquérito civil, compromissos de ajustamento, audiências públicas, expedição de recomendações, ação civil pública, ação penal pública.”

(Mazzilli, ob. cit., págs. 691/693)

Sobre o tema, oportuno citar o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Violação a disposição literal de lei. Ação que visa a tutela de interesse de portador de deficiência e de idoso. Interesse público coletivo. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade.

- Há interesse público coletivo na ação proposta com o objetivo de assegurar o direito de acesso físico a edifício de uso coletivo por idosos, portadores de deficiência e pessoas com mobilidade reduzida.

- A Lei 7.853/89 deve ser interpretada à luz da igualdade de tratamento e oportunidade entre as pessoas que fazem uso de edifício destinados a uso coletivo, facilitando o acesso daqueles que tem a mobilidade reduzida em razão de necessidade especial;

- Nas causas em que se discute interesse de pessoa portadora de deficiência ou pessoa com dificuldade de locomoção, e também interesse de idoso, é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

Recurso especial provido para julgar procedente o pedido formulado na ação rescisória.”

(REsp 583.464/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 24.10.2005)

4. Conclusão

Sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, demonstrou-se a relevância da Constituição Federal de 1988 no estabelecimento do regime democrático da nação brasileira, sobretudo no que se refere à evolução e fortalecimento do Ministério Público.

Contudo, evidencia-se que, no período pós-Constituição, a Instituição permanece em constante evolução e aprimoramento.

Permitir ao Ministério Público o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, compatíveis com a sua finalidade, implica a atuação em questões de relevante interesse social que surgem e vão surgindo com a própria evolução da sociedade. O que se deve ter em conta é a necessidade de se ter um órgão em defesa da coletividade, evitando-se assim que fique ao encargo do cidadão, isoladamente considerado, a defesa das questões que interessam à coletividade, especialmente quando houver ameaça aos direitos que são assegurados pela Constituição Federal.

Por fim, levando em consideração o nosso ilustre homenageado, permito-me finalizar transcrevendo as palavras do Constituinte José Fogaça:

“O Relator Bernardo Cabral teve, na história de sua vida, a triste passagem de um irmão que foi assassinado. Nem por isso se muniu do sentimento da vingança, nem por isso se muniu do sentimento do “dente

por dente, olho por olho”, do Código de Hamurabi. Dispôs-se a trilhar o caminho do direito e da justiça no nível da civilização que atingimos.”
(Anais da Assembleia Nacional Constituinte, disponível em <http://www.camara.leg.br>)

BERNARDO CABRAL, A CONSTITUINTE E A VALORIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

*Oldeney Sá Valente*²⁶⁹

Fundada em 1985, sob os auspícios e incentivo da Associação Nacional de Procuradores de Estados – ANAPE, a Associação dos Procuradores do Estado do Amazonas – APEAM logo se irmanou às demais congêneres e com elas se integrou na luta pela obtenção do assento constitucional da Advocacia Pública, notadamente o dispositivo que viria a contemplar a institucionalização da carreira de Procurador do Estado, enfim consubstanciado no artigo 132 da nossa Lei Fundamental vigente.

Nessa árdua tarefa, para cujo êxito foi indispensável a dedicação dos então dirigentes da ANAPE e das Associações estaduais, destacaram-se, por seu empenho inolvidável, os Procuradores Odaci Rodrigues França, Heraldo Bulhões e Marcos Bernardes de Mello, dentre vários outros líderes da categoria, ao lado dos quais tivemos o privilégio de pelejar.

Aproximava-se o final dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, que daria ao País a nova Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. Correram notícias de que seriam apresentadas propostas com o objetivo de suprimir o alicerce constitucional da carreira dos Procuradores dos Estados.

Não poucos parlamentares, com grande influência na ANC, instigados por outras carreiras jurídicas, eram contrários à inserção da Advocacia Pública no Texto Constitucional.

Naquelas circunstâncias adversas aos legítimos anseios da categoria dos Procuradores de Estados, fez-se necessário falar diretamente com o Relator-Geral da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado José Bernardo Cabral, que, então, vivia momentos muito difíceis com

269 Ex-Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Amazonas – APEAM. Ex-Procurador-Geral do Estado do Amazonas. Ex-Presidente da OAB/AM. Professor da Faculdade de Direito da UFAM.

as esmagadoras pressões e assédios dos diferentes grupos sociais e categorias profissionais, especialmente de servidores públicos, que buscavam defender seus interesses.

Os corredores do Congresso Nacional viviam congestionados e constantemente superlotados de representantes de sindicatos, associações de classes e movimentos sociais os mais diversos. Havia intensa atuação de todo tipo de lobby. Nesse quadro, era muito difícil, quase impossível, falar pessoalmente com o Deputado Bernardo Cabral.

Um dia, estavam vários dirigentes da ANAPE e eu no Congresso Nacional, onde fazíamos nosso trabalho junto aos constituintes e de cujos gabinetes, muitas vezes, saíamos desesperançados, visto que alguns eram opositores ferrenhos de nossas pretensões. Premido pela necessidade, falei com um servidor da Câmara dos Deputados e, por intermédio dele, enviei um bilhete ao Deputado Bernardo Cabral. Dizia-lhe que ali estavam os dirigentes da ANAPE e da APEAM e pedia-lhe oportunidade para expormos nossas preocupações com os riscos que corriam as justas reivindicações da Advocacia Pública no sentido da constitucionalização da carreira dos Procuradores de Estados.

Estavam os parlamentares reunidos no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte e era pouca, quase nenhuma, a possibilidade de falarmos diretamente com o Deputado Bernardo Cabral, naquele momento, em plena atividade na Mesa Diretora dos trabalhos.

No entanto, passados alguns minutos, o mensageiro voltou e disse que o Deputado me receberia. O mensageiro conduziu-me pelos meandros da Casa. Pensei que nos encaminhávamos a algum gabinete, mas, para minha surpresa, fui levado diretamente ao Plenário da Assembléia Nacional Constituinte. Ao ver-me, o Deputado Bernardo Cabral mandou-me sentar ao lado dele, à Mesa Diretora na qual se destacava, dentre outros notáveis da ANC, a figura respeitável de seu Presidente, Deputado Ulysses Guimarães.

Olhei para o Plenário repleto de parlamentares e, dentre tantos rostos conhecidos da política brasileira, avistei a Deputada Beth Azize e o Deputado José Cardoso Dutra, ambos da Bancada do Amazonas.

Afastando-se por um momento das discussões em andamento, o Deputado Bernardo Cabral voltou-se para mim e indagou sobre qual assunto eu desejava falar. Rapidamente, conforme orientação dos di-

rigentes da Associação Nacional de Procuradores de Estado (ANAPE), expus nossas preocupações, que ele ouviu com atenção e anotou em seus apontamentos. Quando concluí, ele disse: “A Advocacia Pública é uma instituição relevante, por exercer funções essenciais à Justiça. Em face das atribuições que lhes são cometidas, os Procuradores dos Estados não podem ficar de fora. Examinarei o assunto com o devido cuidado”.

Agradei ao Deputado Bernardo Cabral e narrei aos meus companheiros a ligeira conversa havida com o Relator-Geral da Assembléia Nacional Constituinte.

Finalmente, promulgada a “Constituição Cidadã”, nela, no Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, vieram insculpidos os artigos 131 e 132, que tratam da Advocacia Pública e da organização da carreira dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Nos artigos 133, 134 e 135, a Magna Carta de 1988 cuida da Advocacia e da Defensoria Pública.

Só quem dela participou sabe quanto foi árdua a luta da categoria para a conquista dos assentos constitucionais, que, ao reconhecer a importância das suas atribuições, deram à Advocacia em geral, à Advocacia Pública em particular e à Defensoria Pública o status de funções essenciais à Justiça.

Isso só foi possível graças ao empenho e ao trabalho competente realizado pelos então dirigentes da Associação Nacional dos Procuradores de Estados (ANAPE) e das Associações Estaduais de Procuradores de Estado.

Mas, impõe-se reconhecer, a vitória não teria sido alcançada sem o valioso apoio de vários parlamentares, dentre eles, o empenho decisivo e fundamental do então Deputado José Bernardo Cabral, que, no exercício da Relatoria-Geral da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, foi o grande artífice da engenharia constitucional, que recolocou o Brasil no rol dos Estados Democráticos de Direito.

É esse o singelo testemunho de quem, como eu – mercê da cortesia e da generosidade do eminente homem público, José Bernardo Cabral –, teve a indevida honra de estar, acidentalmente, por breves minutos, sentado à Mesa Diretora da Assembléia Nacional Constituinte, postulando em defesa da classe dos Procuradores de Estado.

A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Mario Jumbo Miranda Aufiero*²⁷⁰

1. Introdução

A Polícia Judiciária no Brasil, constituída por representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, segundo OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel (2009), visa atuar de modo a colaborar para instituir o Estado Democrático, regime este destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, individuais e coletivos, tendo como fim a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, e comprometida, na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, sob a proteção divina.

Renasce neste momento a Polícia Judiciária brasileira, através da Constituição da República Federativa do Brasil, em Brasília em 5 de outubro de 1988. No Capítulo II da Segurança Pública, artigo 144, destacando que a Segurança Pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seus órgãos. No parágrafo IV, da Polícia Civil, § 4º destacando que as polícia civil devem ser dirigidas ou geridas por Delegados de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União.

A função de Polícia Judiciária é apurar as infrações penais, exceto as militares. Parágrafo IV, § 7º, a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência e a eficácia de suas atividades.

²⁷⁰ Mestre em Administração Pública pela FGV, delegado de polícia civil do Estado do Amazonas, presidente da ADEPOL/AM e vice-presidente regional da ADEPOL/Brasil

A partir do raciocínio exposto acima, estabelecido na própria lei, decorre a competência, exclusivamente aos órgãos de Polícia Judiciária, para realizar investigação de crimes e a reunião na produção de elementos probatórios, que servirão de alicerce ao processo penal.

O processo penal é um instrumentalizador do *jus puniendi* do Estado, na doutrina de OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel (2009). Deve, por isso, a fase inicial do processo ser realizada por órgão imparcial e independente, que não esteja integrado ao processo em litígio. Isso assegura um tratamento transparente na relação entre *acusado* e *acusador*, ou *jugador* do Estado, com vista a resguardar os direitos fundamentais e os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito e os Cidadãos.

As investigações de infrações penais cometidas dão-se por meio da chamada investigação preliminar ou persecução criminal policial, sendo a mesma formalizada no chamado Inquérito Policial, procedimento de competência da Polícia Judiciária, cabendo somente a ela realizá-lo.

Para OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel (2009) onde destaca que não temos como negar que dentro da Constituição Cidadã, há brechas, para a não interpretação ou a interpretação diferente ao que foi determinado, dando rumos diversos e diferentes, aos atos investigatórios por órgãos que não sejam o da Polícia Judiciária. Tais como, os Processos Administrativos Disciplinares, os Inquéritos Civis Públicos, os Inquéritos Policiais Militares, estes procedimentos tem diferenças entre si, bem como suas finalidades, sendo de responsabilidade o Inquérito Policial á Polícia Judiciária.

2. Evolução histórica da polícia judiciária no Brasil

Este escrito possui o escopo de tornar, uma maior clareza os aspectos da Constituição de 1988, sobre o poder da Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) que foi consagrada como a Constituição Cidadã, sendo esta que fundamenta nas competências da Polícia Judiciária, denomina-se *judiciária*, porque constitui o procedimento preparatório ao processo penal, esta auxilia ativamente o poder judiciário, com a coleta de provas, também o conhecimento da autoria da materialidade do crime.

No entanto, a amplitude do conceito permite discussões variadas e diversos conflitos contemporâneos, principalmente ao que tange as competências de carreiras, dentre as quais as ligadas ao poder da Polícia Judiciária. Alguns doutrinadores do direito moderno citam que o inquérito é mera peça informativa, talvez seja uma forma de coibir o trabalho de quem constitucionalmente é a única instituição capaz de coletar provas, realizar perícia e encaminha-las ao judiciário.

Quando se pensa em Polícia Judiciária deve-se ater, segundo MENDES JUNIOR, João Almeida (2003) que está remonta ao século XIV até o crepúsculo do século XVIII, quando *alcaldes* exerciam suas funções nas vilas da Colônia, realizava suas diligências a fim de prender malfeitores, estas incursões eram ladeada por *escrivães* quando de fatos ocorridos lavravam termo ou auto, para posterior apresentação ao magistrado. Anos mais tarde, surge à figura do *ministro criminal* ou *meirinho*, era uma mescla de juiz e policial procedia à devassa, fazia prisões de criminosos procurando manter a paz.

Na verdade a Policia Judiciária é a mais antiga policia brasileira, sua história remonta ao ano de 1619, este modelo arcaico de Policia Civil durou até o ano de 1808, quando da criação da Intendência Geral de Polícia da Corte no Estado do Rio de Janeiro, instituindo a Secretaria de Policia, embrião da Policia Civil do Rio de Janeiro atual, neste mesmo período foi criado à estrutura policial e o exercício da Polícia Judiciária brasileira, criado também o cargo de Comissário de Policia em 1810.

A Polícia Judiciária, expressivamente tida como a polícia civil, a partir de 1967 por força da legislação da ditadura militar, perderam suas atribuições relativas ao policiamento ostensivo, uniformizado que exerciam desde 1619, esta atribuição passou então a ser competência exclusiva das policias militares estaduais.

A Polícia Judiciária segundo MENDES JUNIOR, João Almeida (2003) não logrou êxito nas décadas seguintes, nem condições mínimas ao exercício eficiente e imparcial, como função especializada, que no serviço de sua jurisdição possuía sua exclusiva e verdadeira razão de ser. Observa-se que esta teve a total desconsideração Estatal, com desprezo a sua natureza investigativa.

Cabe aqui uma visão de NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm (2008) quando da observância de um preceito moral. E se deste atinge um

resultado diferente daquele que se havia prometido e esperado. Não traz ao indivíduo moral a felicidade prometida, mas, contra toda a expectativa, a infelicidade e a miséria restam sempre aos conscienciosos, e os inquietos a desculpa de dizer, cometemos um erro na execução.

Assim foram os tempos difíceis e sombrios da ditadura militar do Brasil, que desestruturou as polícias, e desequilibrou a ordem pública, quase extingue a Polícia Judiciária.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm (2008) cita que no pior dos casos uma humanidade oprimida que sofre profundamente acabará por decretar que *“é impossível executar o prescrito corretamente, somos fracos de moralidade, por conseguinte não podemos ter nenhuma pretensão à felicidade e ao sucesso. As promessas e os preceitos morais são para seres melhores do que nós”*.

3. Ordenamento jurídico da polícia judiciária

Neste sentido PIMENTA BUENO, José Antonio (1922) assim leciona, que a Polícia Judiciária, é aquela que tem seu cargo rastrear e descobrir os crimes, que não puderam ser prevenidos, colher e transmitir as autoridades competentes os indícios e provas, indagar quais sejam os seus autores e cúmplices, e concorrer eficazmente para que sejam levados aos tribunais.

Tendo seu poder exercido através da Administração Pública, dispostos na Constituição Federal de 1988, e legislação infraconstitucional. Na busca em cumprir seu *mister* constitucional, sendo este o marco que distingue a atuação das Instituições Policiais no Brasil.

Cita ainda o autor que o princípio da legalidade e o conceito do poder de polícia, estava também no Código Tributário Nacional de 1966, artigo 78, *“considera-se poder de polícia como atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção do mercado, ao exercício de atividade econômica, dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”* (Código Tributário Nacional, Ato Complementar nº. 31 de 28.12.1966).

SILVA, Jose Afonso (2001) afirma que o § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, estabelece que a lei discipline a organização e o funcionamento das polícias para garantir a eficiência de suas atribuições. Isto significa basicamente que a lei federal, e lei estadual, ressalvando-se a competência da União, para estabelecer normas gerais.

Mas foi a partir da Constituição Federal de 1988, importante salientar que, pode-se contar com parlamentares, que tiveram a preocupação, e elaboraram um capítulo todo que dispõe sobre a Segurança Pública no Brasil.

MENDES JUNIOR, João Almeida, (2003) destaca que a Polícia Judiciária, é o olho da justiça, há necessidade que seu olhar se estenda por toda parte, e que os seus meios de atividades, como uma vasta rede, cubram o território brasileiro, a fim de que, como sentinela possa dar o alarme e advertir o juiz. É preciso que seus agentes sempre prontos aos primeiros ruídos, recolham os primeiros indícios dos fatos puníveis. Possam transportar-se, visitar os lugares, descobrir os vestígios, designar as testemunhas, e transmitir a autoridade competente todos os esclarecimentos que possam servir para instrução ou formação da culpa.

Para o autor a Polícia Judiciária edifica um processo preparatório do processo judiciário, e, por isso muitas vezes, ela possa tomar as medidas provisórias que exigirem as circunstâncias. Ao mesmo tempo ela deve apresentar em seus atos algumas das garantias judiciárias, que a legitimidade a competências, as habilitações e as atribuições de seus agentes sejam definidas, que os casos de sua intervenção sejam previstos, que seus atos sejam autorizados e praticados com as formalidades prescritas em lei, que enfim, os efeitos destes atos sejam medidos segundo a natureza dos fatos e a autoridade de que são investidos os agentes.

Portanto SILVA, José Afonso (2009) em observação aos preceitos legais do Estado Democrático de Direito, em face da atuação da Polícia Judiciária hoje, sendo esta uma forma de garantir o devido respeito ao processo penal. Uma forma de não cairmos no descrédito de direito, e ter ajuizamento contrário ao que determina a Constituição Cidadã de 1988.

Vale sublinhar aqui o caráter estratégico destacado por SILVA, José Afonso (2009) que deve os inquéritos policiais ser conduzidos de forma independente por cada Polícia Civil, ou Polícia Federal, estas remetem ao juízo criminal competente após a conclusão do inquérito. Se houver necessidade de complementação o Ministério Público pode requisitar diligências, que venham a melhorar este inquérito, para o oferecimento de ação penal.

Portanto, as Polícias Judiciárias (Civil e Federal) auxiliam o poder judiciário, realizando a coleta de provas e produzindo os esclarecimentos quanto à autoria e à materialidade dos crimes. Segundo SILVA, José Afonso (2009) descreve que na maioria das ações penais, são baseadas nos respectivos Inquéritos Policiais.

Segundo PITOMBO, Sergio Marcos Moraes, (1983) que a Polícia Judiciária, e o inquérito que ela faz exsurtem administrativos, por sua atuação e forma, mas, judiciários nos seus fins.

MEIRELLES, Hely Lopes (2004) descreve a Polícia de Segurança e a Polícia Geral ou (Polícia Judiciária) estando encarregada especificamente aos cuidados da ordem pública. Incide seus poderes sobre as pessoas, individual ou indiscriminadamente.

4. Segurança pública

SILVA, Jose Afonso (2009) destaca que este termo que demanda esclarecimentos prévios, que a *segurança*, vem do grego *polis* que significa a ordem política do Estado, esta assume no sentido geral da teoria jurídico; a garantia e proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que o qualifica.

A Constituição Federal de 1988 reserva um capítulo onde institui princípios sobre o tema, e passa a polícia significar atividade administrativa, tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão que zela pela segurança dos cidadãos.

Entretanto a Segurança Jurídica, para SILVA, Jose Afonso (2009) tem como parâmetro a estabilidade, e certeza dos negócios jurídicos, de sorte que indivíduos saibam de antemão que, uma vez envolvidos em determinadas relações jurídicas, mantém-se estável, mesmo a base legal sendo modificada na que foi estabelecida.

No entanto, a Segurança Pública, para SILVA, Jose Afonso (2009) têm como parâmetro a manutenção da ordem pública interna, pacífica isenta de ameaças ou violência ou sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir em curto prazo, a prática de crimes.

Ou seja, é a preservação ou o restabelecimento da convivência social que permitirá que todos os indivíduos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, sendo somente nos limites de suas reivindicações, de seus próprios direitos, e defesa de seus legítimos interesses.

A segurança pública é na verdade uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de conduta delituosa. Sendo que, na Constituição Cidadã de 1988, o artigo 144 cita que:

a segurança pública é exercida para prevenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas, do patrimônio através da policia federal, da policia rodoviária federal, da policia ferroviária federal, das polícias civis, das policias militares e do corpo de bombeiros.

Segundo DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, (2004) descreve que a atividade de polícia realiza-se de varias formas e maneiras, e destinge a polícia em *administrativa* e de *segurança*. Esta compreende a polícia ostensiva e a Polícia Judiciária. As atribuições de Polícia Judiciária são de competências das polícias civil subordinadas ao Poder Executivo dos Estados, e da Federal, comandadas pelo Executivo Federal.

Na verdade a Policia Civil pode ser vista como a guardiã da função de apurar as transgressões criminais, e autoria, pelos métodos de averiguação. Este por meio do Delegado de carreira preside o inquérito policial, serve de base, á vontade de punição, que sempre é legislada pela promotoria de justiça, que registrar a ação penal em nome do Estado que a remete a justiça.

No entanto a Polícia Administrativa tem por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais, sendo uma atividade exercida preventivamente pelo Estado, com finalidade exclusiva em impedir atos antissociais, ou impor a livre ação dos particulares a disciplina exigida para se viver em sociedade.

No § 5º ao artigo 144, as Polícias Militares, cabe á policia ostensiva a preservação da ordem pública, as corpo de bombeiro militar, as atribuições desta policia, definidas em lei, são atividades de defesa civil.

Ou seja, a polícia ostensiva não pode se ocultar, e uma policia que esta a mostra, a Constituição Federal de 1988, afirma que cabe a esta polícia a cautela, ou prevenção da ordem pública, a guardiã única do carimbo preventivo, não cabendo a ela qualquer incursão no campo investigativo intelectual da criminologia, sobretudo, a moderna, pois seus membros não são doutrinados ou exigidos a desempenhá-lo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2004) refere-se que a polícia de segurança, ou militar, é, na verdade, a polícia ostensiva, tendo por objetivo a preservação da ordem pública, cabendo à mesma aplicar medidas preventivas que em sua prudência julgar necessárias, evitando, desta forma, danos ou perigos aos indivíduos, bem como punir infratores da lei penal.

Afirma LAZZARINI, Álvaro (1989) que a linha de diferenciação está na ocorrência do ilícito penal. Quando atua na área do ilícito puramente administrativo, preventiva ou repressivamente, a polícia é neste caso administrativa, regida pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades. Mas quando o ilícito penal é praticado, é a Policia Judiciária que age regido pelo Direito Processual Penal, incidindo sobre as pessoas.

5. A polícia judiciária no Brasil

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 dispõe de forma clara e direta acerca dos diversos princípios que irão garantir o pleno direito de defesa do acusado (princípio do contraditório, da ampla defesa da presunção de inocência, da vedação das provas ilícitas etc.).

É competência da Policia Judiciária (Policia Civil ou Policia Federal), sobre a investigação criminal preliminar, de acordo com os parágrafos 1º e 4º do artigo 144, da Constituição brasileira, destaca que *“a segurança pública, é dever do estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”*. Os órgãos policiais estão previstos nos incisos I a V do artigo 144 da Constituição Federal, a saber:

- I – Policia Federal,
- II – Policia Rodoviária Federal,
- III – Policia Ferroviária FEDERAL,
- IV – Policia Civil,
- V – Policia Militar e Corpo de Bombeiro.

Sendo incumbência da Policia Civil, conforme o § 4º deste artigo, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, sendo a mesma dirigida por Delegados de carreira.

A Policia Judiciaria (Policia Civil) não esta subordinada a nenhum órgão ou instituição do poder, nem mesmo com o Ministério Público, a este sua imcumbencia somente e tão somente cabe o controle externo da atividade policial, e a supervisão do andamento do inquerito, sem poderes.

Porém, para ingerir na presidência do inquerito policial, esta é função somente de Delegado de Policia.

Segundo GRECCO, Rogério (2009) havendo requisições do Ministério Público, esta entendida como impertinentes e inadequadas ou prejudiciais ao andamento do inquérito policial, pode ser rejeitada pelo Delegado de Policia, por despacho fundamentado, desta forma não há riscos de constituir crime de desobediência, pois não há hierarquia entre Delegado e Promotor de Justiça.

Sendo o Estado, ente soberano pode ditar regras de convivência e para isto aprova normas, que estas venham a manter a paz, garantir a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes à vida, incolumidade física, honra saúde pública, patrimônio, fé pública, patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor, etc.

Pode ser verificado um conflito de interesses, de um lado o Estado pretendendo punir o agente, do outro lado à pessoa apontada como infratora exercendo seu direito de defesa constitucionalmente garantido, com fim a sua liberdade. Sendo a solução lide o poder judiciário.

Estando na Constituição Federal de 1988, parte dos dispositivos que regulamentam o Processo Penal, contendo princípios que garantem a pleno direito a defesa do acusado (principio do contraditório, da

ampla defesa da presunção de inocência, da vedação das provas ilícitas etc.).

A que se lembrar que antes da Constituição Cidadã de 1988, a Polícia Judiciária através de seus Delegados de Polícia, exerciam outras competências livremente, exemplo, a expedição de mandados de busca e apreensão, nos quais passaram ser de exclusividade e competência judicial.

Sendo que, até mesmo o Ministério Público passou a avocar a prerrogativa de exercer frente investigações criminal, ao passo que REIS, Alexandre Cebrian Araujo (2012) descreve que também disciplinam os órgãos encarregados da persecução penal sendo o ambiente de sua atuação a Polícia Judiciária, e que, o Ministério Público pode acompanhar as investigações do inquérito, artigo 26, IV, da Lei n. 8.625/1993, e pode até instaurar procedimentos investigatórios criminais na promotoria.

Contudo, se instaurado inquérito no âmbito da Polícia Civil, a presidência caberá sempre ao Delegado de Polícia, em hipótese alguma, a órgão do Ministério Público, entendimento de REIS, Alexandre Cebrian Araujo (2012).

Destaca que o fato de Promotor de Justiça acompanhar as investigações do inquérito, não o impede de propor a ação penal, não sendo considerado, por tal razão, suspeito ou impedido. Neste caso a Sumula nº. 234 do Superior Tribunal de Justiça cita que, a participação de membro do Ministério Público na fase investigativa criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para oferecimento da denúncia.

Para não abrigar o contraditório é que o inquérito não pode constituir fonte única para a condenação, sendo sempre necessária alguma prova produzida em juízo para, em conjunto com o inquérito, embasar a procedência da ação penal.

Fica clara a intenção do constituinte em estabelecer o ordenamento jurídico a Polícia Judiciária, da mesma forma a Polícia Administrativa.

Sendo competência exclusiva da Polícia Judiciária a investigação e apuração das infrações penais, estas são feitas por meio da chamada investigação criminal ou preliminar e formalizada por meio de inquérito policial.

A Polícia Judiciária pertence ao órgão da Segurança Pública Estatal, e constitui seu trabalho primeiramente, na descoberta e autoria de crimes. Esta competência ocupa destaque no texto constitucional, em especial ao que se refere às apurações de infrações penais, observa-se que nestes 24 anos de redemocratização, não houve avanços significativos ao que tange o exercício do seu poder e dever de investigar.

Na *Carta Magna* foi disposto a pratica de atos investigativos por outros órgãos que não o da Policia Judiciária, pode ser citado como exemplos; os Inquéritos Civis Públicos, os Processos Disciplinas e Administrativos, as Comissões Parlamentares de Inquéritos e também os Inquéritos Policiais Militares. Havendo claras diferenças entre as finalidades e os sujeitos existentes no Inquérito Policial exercido pela Polícia Judiciária.

Reverendo doutrinas e jurisprudências, bem como artigos de juristas renomados, pode-se citar que a Polícia Judiciária brasileira encontra-se em crise.

Crise pelo aumento da violência nas capitais brasileiras, inverso de valores e descréditos de alguns órgãos públicos, vários são os aspectos e questionamento pela sociedade, qual o papel da Policia Judiciária, qual sua competência? Cabe a ela a repressão dos crimes praticados a cada segundo em cidades brasileiras diariamente, quem realmente tem o poder de disciplinar sobre este tema.

Com base neste raciocínio e argumento principal nesta questão, que compete aos órgãos da Policia Judiciária a investigação de crimes e a reunião e produção de elementos probatórios que servirão de alicerce ao futuro processo penal. Sendo este, o instrumentalizador ou *jus puniendi* do estado, com realização imparcial de pré-processo, ser este de forma independente, resguardando os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios que norteiam e formam o estado democrático de direito.

Quando o instrumentalizador, ou *jus puniendi* do Estado, encontra-se em inadimplemento constitucional podem ser citadas diversas causas segundo CAÇAPIETRA, Ricardo (2011), mas vamos analisar objetivamente e nos fixar em apenas três destas causas. Estando estas no ver jurídico, ligadas mais interdependentes.

Sendo as seguintes as causas; a ingerência política, esta é complexa, em nosso país, há uma aversão à ética, sendo esta a causa da fraca atuação investigativa, favorecendo a existência de relação política no seu âmago. Com investigação atrelada politicamente.

Desta feita o interesse público, por vezes contraria o interesse político, este acaba sendo vilipendiado, com investigações rumando ao burocrático e controlado. Extinguindo assim a atribuição e competência natural dos Delegados de Polícia, que deveriam assegurar o bem estar geral, e o direito individual acaba sendo engessado pela própria lei e desmandos.

Outra causa que tem ocorrido é a usurpação de função de investigar segundo CAÇAPIETRA, Ricardo (2011) outros órgãos está fazendo usucapião da investigação policial. Com a desmotivação dos integrantes da Polícia Judiciária e instituições, focando seus poucos recursos investigativos a periferias das cidades, sem equipamentos por vezes estes fazendo às vezes de controlador oficial e social do estado, o que fere os princípios democráticos de direito.

Mesmo a Constituição Cidadã de 1988, ter discutido exaustivamente sobre esta questão da Polícia Judiciária, até mesmo, inseriu inúmeras garantias fundamentais. Determinou que as investigações de infrações penais fossem balizadas pelos dispositivos constitucionais e pelos ritos, limites e garantias, previstos no código de processo penal e leis extravagantes, conforme ordenamento jurídico brasileiro, ainda à que se fazer entendê-las, e aplicá-las.

Baseado no artigo 144 § 2º, *in verbis*, discorre que as Polícias Civis, são dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem ressalvadas a competência da União, as funções de Polícia Judiciárias e a apuração de informações penais, exceto as militares.

Desta feita, não cabe reforma de qualquer disposição que busquem suprir a Polícia Judiciária. Sendo que, o poder e dever de investigar, conforme disposto no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Cidadã, tem exclusividade a Polícia Judiciária.

Sendo a ultima causa do inadimplemento constitucional na visão de CAÇAPIETRA, Ricardo (2011) o sucateamento da Polícia Judiciária, frente ao estafante trabalho, a não valorização profissional, são as causas da desmotivação dos integrantes destas instituições de Polícia

Judiciária, que anseiam por mudanças, com vistas ao aperfeiçoamento, sendo estes instrumentos de consecução de justiça.

O legislador tratou a Segurança Pública na Constituição Cidadã de 1988, de forma clara e precisa, onde cita que a persecução criminal inicia-se quando a ordem pública é quebrada pelo crime, devendo ser executada nos limites constitucionais. E mais, deve respeitar os princípios traçados por ela, ou seja, deve ser conduzida por profissionais qualificados, preparados e oficializados pelo Estado para esta finalidade e incumbência, neste caso.

Pela disposição constitucional cabe aos Delegados de Polícia de carreira, e somente a eles, a apuração das infrações penais, e a nobre missão em presidir este inquérito com autoridade, efetividade e independência.

Cabendo aos Delegados de Polícia as prerrogativas funcionais dando-lhe poderes de decisão, tendo o dever de atuar como Estado Administrativo, este irá permitir que sua independência funcional, busque e colete informações, adquira provas dos indícios que servirão de estrutura e propositura da efetivação penal perante o juiz Estado.

6. Considerações finais

Ao encerrarmos este artigo, procuramos demonstrar a seriedade e a importância do tema, esperamos ter esclarecido de forma branda e entendível a discussão sobre a atribuição da Polícia Judiciária, e o poder de investigar.

Partimos da premissa de quanto é vital a necessidade do poder de polícia na manutenção da ordem, e da segurança à sociedade, preservando também os interesses públicos, se de alguma forma, estes sentirem-se ameaçados por interesses particulares.

Sabemos que cada caso é um caso específico, e que a polícia deve atuar relativamente autônoma, se utilizando dos limites a sua competência, de seus fins e objeto, cujo propósito é o de manter a ordem, acima de quaisquer outros objetivos, sempre na busca do interesse e o bem estar da população.

Pode-se ressaltar que a lei maior foi clara e direta, ao conferir de uma forma exclusiva o poder de investigação criminal a Polícia Judiciária, no artigo 144, e ao Ministério Público refere-se à propositura da

ação penal pública, e requisição de instauração de inquérito policial artigo 129, incisos I e VIII.

Outros argumentos apresentados em favor de investigação a outras instituições que não os da Polícia Judiciária, não condizem com que estabelece, e está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também na legislação processual criminal e nas teorias jurídicas, sendo atribuição exclusiva da Polícia Judiciária a investigação criminal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 2003.

CAÇAPIETRA, Ricardo. O sucateamento da Polícia Judiciária Brasileira. Disponível em: <www.soleis.adv.br>. Acessado em 12.03.2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

GRECCO, Rogério. Direito penal: parte geral. 11. ed. vol. I. São Paulo: Impetus, 2009.

LAZZARINI, Álvaro. Da segurança pública na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26 n. 104. Out/dez, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*. (1881) 2. ed. Editora Escala. 2008.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel de. A polícia judiciária como instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <www.jus.com.br/revista> Acessado em 12.03.2013.

PIMENTA BUENO, Jose Antonio. *Apontamentos sobre o processo penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor. 1922.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato da Polícia Judiciária. In *Revista dos Tribunais* n. 577. p.314, Novembro de 1983.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo. Direito Processual Penal Esquemático. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro (Coordenador). ed. Saraiva. São Paulo. 2012.

SILVA, Jose Afonso da, LENZA, Pedro, MORAES, Alexandre de, DI PIETRO, Maria S. Z. *Segurança pública*. São Paulo: Atlas. 2012.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. Revisado e atualizado. São Paulo: Malheiros editores. 2009.

O PRINCÍPIO DA INCAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

*Lucas Carvalho*²⁷¹

1. Introdução

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Desde a época em que eu estudava na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, me intrigava essa previsão do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Quem é o regulador da aludida possibilidade? Todos os impostos podem se revestir de caráter pessoal (em homenagem ao conveniente emprego do verbo “ter”)? E como aferir a “capacidade econômica” do contribuinte? Enquanto a maior parte dos meus colegas se encantava pelas desventuras do Direito do Trabalho, eu indagava tudo isso aos meus botões – os quais, não versados em Direito Constitucional ou Direito Tributário, reagem com temor, silêncio e perplexidade.

Pouco tempo depois, eu descobri que a instituição e a majoração de tributos são privilégios da lei em sentido formal e material (ou da medida provisória²⁷² – que curiosamente, apesar da urgência que reclama, ainda deve, salvo exceções, observar os princípios da anterioridade anual e nonagesimal). Descobri também que os tributos podem ter caráter “real” ou “pessoal”, o que depende do emprego de elementos objetivos ou subjetivos na composição do fato gerador de cada tributo.²⁷³ Finalmente, para aferir a capacidade econômica do contribuinte, descobri que o imposto de renda (para citar o mais corriqueiro exem-

271 LL.M. em International Taxation pela NYU School of Law, MBA em Direito Tributário pela FGV.

272 Nos termos do artigo 62, § 2º, da Constituição Federal, para que suas previsões surtam efeitos em qualquer exercício financeiro, a medida provisória deverá ter sido convertida em lei até o último dia do exercício anterior.

273 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

plo) deve ser informado pelos critérios de generalidade, universalidade e proporcionalidade.²⁷⁴

Foram esses achados que me fizeram entender o apelido dado à Carta Maior de 1988: Constituição Cidadã. Depois de 25 anos, sua consagração do princípio reinante da capacidade contributiva ainda impressiona. Esse princípio, parcialmente destacado na primeira sentença do presente artigo, instrui os entes federativos para que não se esqueçam de que, do outro lado da relação tributante, existe uma pessoa ou uma agremiação de pessoas. É por esse motivo que a Constituição prevê a progressividade das alíquotas do IPTU em razão do valor do imóvel,²⁷⁵ tentando tributar de forma menos onerosa o proprietário do imóvel de menor valor sob expectativa de que este proprietário tenha reduzido a capacidade contributiva. Por esse motivo teria também entendido o STF no bojo do RE 562.045/RS que é constitucional a fixação de alíquotas progressivas para o ITCMD por parte de lei estadual (embora em relação a este julgamento eu compartilhe do raciocínio do Ministro Marco Aurélio, o qual, penso eu, teria dissentido acertadamente de seus colegas).²⁷⁶ Todos esses desdobramentos se revelam benéficos para os contribuintes e para os contribuídos: por um lado, têm o condão de estimular a produção de riquezas e, doutra parte, encorajam o satisfeito cumprimento da legislação fiscal.

Esta cuidadosa seleção de informações sobre o princípio da capacidade contributiva poderia conduzir o intérprete à conclusão de que 2013 marca os 25 anos de sucesso do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988. A sinceridade me obriga a ressaltar, entretanto, a atuação sorrateira do *doppelgänger*, do gêmeo perverso da capacidade contributiva: é um princípio prático, uma máxima que governa as relações entre sujeitos ativos e passivos na relação tributária. Trato aqui de identificar a gênese, o desenvolvimento e as incômodas manifesta-

274 Nos termos do artigo 153, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

275 Nos termos do artigo 156, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

276 STF, Pleno, RE 562.045/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia. Embora concluído o julgamento em 06/02/2013, o acórdão ainda será publicado no sítio eletrônico do STF. Quanto à minha discordância em relação ao entendimento da maioria, penso que o verdadeiro contribuinte do ITCMD – cuja capacidade contributiva requeira análise – não seja o *de cuius*, ocupado que está tocando sua lira ou rangendo os dentes noutra dimensão. Contribuintes são seus herdeiros, os quais, não raro, compram o berço de ouro do falecido em incontáveis e suadas prestações.

ções do princípio da incapacidade contributiva no Sistema Tributário Nacional.

2. Duas dimensões conceituais do princípio da incapacidade contributiva

Como a altruísta Assembleia Constituinte de 1988 só nos contou sobre um dos gêmeos dessa antítese principiológica, talvez o ponto de partida para o nosso estudo seja reexaminar (agora em sua inteireza) o que determina o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Talvez nele identifiquemos falhas ou ambiguidades que nos informem as dimensões da incapacidade contributiva. Preleciona o Texto Maior:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A primeira faceta é imediatamente perceptível: atua o princípio da incapacidade contributiva quando o Congresso Nacional ou a autoridade administrativa não enxergam a evidência da possibilidade de graduar os impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Um exemplo da aplicação deste princípio está na defasagem das atualizações à tabela de incidência do IRPF perante a inflação no Brasil. Esse assunto será abordado com mais detalhes adiante.

Quanto à outra dimensão, resulta de uma falha interpretativa do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal. A recomendação (ou o comando, nas linhas de Francisco Rezek)²⁷⁷ individualiza os contribuintes, não os impostos. Essa é uma característica importante do que eu chamo de incapacidade contributiva: há uma política legislativa que insiste em fechar os olhos para a carga tributária sistemática sobre os contribuintes. É dizer, noutras palavras, que não adianta ao legislador

277 REZEK, Francisco José de Castro. A Capacidade Contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra; MARTINS, Rogério Gandra (Organizadores). *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora IOB, 2002.

do IRPF limitar suas deduções à salvaguarda do que pensa ser o mínimo existencial quando, naquilo que pertence ao terreno dos montantes indedutíveis, se refugiam a qualidade de vida e o poder aquisitivo sonogado aos sujeitos passivos. Pensando em outros exemplos, pergunto: como justificar, senão através do princípio da incapacidade contributiva, a voracidade da contribuição previdenciária patronal da Lei nº 8.212/1991, a qual, sem a recente correção do STJ,²⁷⁸ incide sobre situações nas quais o empregador já está pagando ao empregado para descansar ou não trabalhar? Como explicar a pesada tributação sobre o consumo em detrimento da renda, que ultrapassa o placebo da não-cumulatividade para onerar o consumidor final?

Há ainda um terceiro problema, este congênito, que assola o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal. Como o próprio artigo menciona duas outras espécies tributárias do Sistema Tributário Nacional (a saber, as taxas e a contribuição de melhoria), não seria impensado imaginar que quem redigiu aquele dispositivo quis restringir a sua atuação ao campo dos impostos. O Supremo Tribunal Federal, contudo, já sinalizou que o princípio da capacidade contributiva (e não o seu *doppelgänger*) vai algo além. Exemplos incluem a decisão que julgou constitucional a incidência da Cosip sobre os consumidores de energia elétrica do município de São José, em Santa Catarina,²⁷⁹ bem como a decisão a favor da constitucionalidade da taxa da CVM devida por autônomos,²⁸⁰ ambas analisadas à luz do princípio da capacidade contributiva.²⁸¹ Assim, aquilo que apontamos como falha não chega hoje a revelar qualquer característica da prevalente incapacidade contributiva no Brasil.

Estabelecidas as duas dimensões do princípio da incapacidade contributiva, essa antítese que governa o submundo das relações tribu-

278 STJ, 01ª Seção, REsp 1.322.945/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 08/03/2013.

279 STF, Pleno, RE 573.675-0/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 25/05/2009.

280 STF, Pleno, ADI 453-1, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 16/03/2007.

281 Cumpre ressaltar que o STF empregou a classificação doutrinária das modalidades de capacidade contributiva (objetiva, subjetiva e proporcional) para concluir que todos os tributos se orientam pelo referido princípio, conquanto o possam fazê-lo apenas em relação a uma de suas modalidades. Esse entendimento segue a corrente doutrinária de Sacha Calmon Navarro Coelho, para o qual se explica a ampliação em virtude da natureza pessoal que está presente em toda a sujeição passiva do Sistema Tributário Nacional, quer sob o rótulo de imposto ou de quaisquer outras espécies tributárias. Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 54.

tárias inconstitucionais, pretendo agora escrever algumas considerações sobre dois exemplos mencionados: o primeiro trata da defasagem entre a tabela de incidência do IRPF e o cavalgar da inflação brasileira. O segundo, tratado mais adiante, se refere ao desequilíbrio entre a tributação do consumo e a tributação sobre a renda, um cenário que sugere um tratamento fiscal cada vez mais igualitário entre contribuintes desiguais.

3. A tabela e a inflação

Um dos mais recentes desdobramentos desse assunto na jurisprudência nacional foi o julgamento do RE 388.312/MG pelo Supremo Tribunal Federal em 1º de agosto de 2011. Na ocasião, fazendo inveja a Pôncio Pilatos, o colegiado decidiu lavar as mãos e reafirmar a competência dos Poderes Executivo e Legislativo para ajustar a tabela do IRPF de acordo com os caprichos de sua política econômica. Seria um *mélange* impermissível ao Poder Judiciário, este de ordenar a modificação da tabela conforme a sua correção monetária.²⁸² Lembro-me bem de questionar esse julgamento à época, mas hoje penso que o STF não agiu sem razão: a correção monetária da aludida tabela não é outra coisa senão um instrumento de governabilidade orçamentária. Enquanto gestores dos recursos públicos e manipuladores (a quem queremos enganar?) da economia nacional, a Presidência e o Parliamentosão os que devem decidir o limite da correção que pretendem fazer ano a ano, quem sabe sob a percepção de que o poder aquisitivo dos brasileiros (e conseqüentemente a sua capacidade de contribuir com o Governo) não seja afetado pela inflação.

Ocorre que o tema do presente estudo é o princípio da incapacidade contributiva no Sistema Tributário Nacional, e este descompasso, que soma mais de 1% em 2013²⁸³ e que se acumula em mais de 66% em relação aos anos anteriores,²⁸⁴ vitima os contribuintes brasileiros.

282STF, Pleno, RE 388.312/MG, Rel. Min. CármenLúcia, DJe de 11/10/2011.

283AGÊNCIA IN. Correção das tabelas do IRPF é positiva, mas fica aquém da inflação. *Investimentos e Notícias*. 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.investimentosenoticias.com.br/ultimas-noticias/tempo-real/correcao-de-4-5-das-tabelas-do-irpf-e-positiva-mas-fica-aquem-da-inflacao.html>>. Acesso em 31 mar. 2013.

284SINDIFISCO. Defasagem do IR denunciada pelo Sindifisco continua na pauta. *Sindifisco Nacional*. 23 jan. 2013. Disponível em: <http://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20730:defasagem-denunciada-pelo-sindicato>.

Aqueles que hoje se acomodam na faixa isentiva amanhã poderão se ver abraçados pela tributação da renda, mas sem que esse ônus venha acompanhado de um crescimento correspondente no poder aquisitivo ou na qualidade de vida dessas pessoas. Explica o autor Luiz Cláudio Allemand:²⁸⁵

Para que o acréscimo de Imposto de Renda corresponda a um aumento de poder aquisitivo, é necessário que se faça a correção das faixas de incidência da Tabela do IRPF pelo mesmo índice de inflação. A falta dessa correção implica ofensa direta ao já mencionado art. 145, § 1º, como ao art. 150, IV, da Constituição Federal, nos casos dos valores previstos acima da faixa de imunidade, pois para os valores abaixo desse limite, a ofensa é ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Que mais comentar a respeito dessa angústia? O contribuinte não pode sequer bater à porta do Poder Judiciário para preservar o mínimo existencial, este ameaçado pela regressão daquilo que deveria ser progressivo, à luz do artigo 153, § 2º, inciso I, da Constituição que completa seus 25 anos em 2013. Tão alarmante é a injustiça com os brasileiros que sou forçado a declarar que o Excelso Pretório viu o mal e nada fez (fará o mesmo em relação à ADI 4927?).²⁸⁶ Deixou passar com pouco caso a inconstitucionalidade que ainda reina em cada reedição das leis que alteram as tabelas do imposto de renda. Ainda assim, deilhe razão: cabe ao voto popular, não a onze iluminados, esse dever de fiscalizar a política fiscal e restaurar a capacidade contributiva como lei áurea do texto maior.

continua-na-midia&catid=248:estudos-tecnicos&Itemid=423>. Acesso em 31 mar. 2013.

285ALLEMAND, Luiz Cláudio. *A Tributação do Mínimo Existencial como Fator Impeditivo ao Desenvolvimento: a Desindexação da Tabela do Imposto de Renda*. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro: 2009, p. 84. Disponível em: <http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=167>. Acesso em 31 mar. 2013.

286Ajuizada em 25 de março de 2013 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o objetivo de questionar a limitação criada pela Lei nº 9.250/1995 (com a redação dada pela Lei nº 12.469/2011) quanto às despesas com a educação do contribuinte e de seus dependentes.

4. A tributação do consumo e a tributação sobre a renda no Brasil

Os consumidores brasileiros são resignados à idéia de que alguma parcela daquilo que eles pagam em eletrodomésticos e veículos, por exemplo, comporta o pagamento de impostos que um dia foram ou serão exigidos do vendedor. Mas “alguma parcela” é um medidor bastante vago daquilo que realmente impacta os preços dos produtos comprados nas lojas. Um estudo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) revela que a tributação real dos televisores chegou a uma média de 81,62%, enquanto um par de tênis importados estaria sendo tributado a uma alíquota efetiva de 141,49%.²⁸⁷ A iguaria mais popular da Páscoa no Brasil (com todo o nosso agradecimento aos confeitheiros franceses do século XVIII), o ovo de chocolate, resta onerado em 40% do seu valor pelos tributos sobre o consumo.²⁸⁸ E cada uma dessas ofertas é comprada ora por uma senhora abastada, ora por um sujeito de classe média, e assim as coisas vão se desigualando.

Como no tópico anterior, aqui temos um resultado nefasto do princípio da incapacidade contributiva em meio às relações tributárias no Brasil. A diferença entre aquele efeito e este mora na sutileza com que a divisão de competências constitucionais entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios acaba por legitimar a indiferença de uns e outros a respeito dos tributos que são capazes de instituir e majorar. Nesse sentido, criticamos, claro, a seletividade lacunosa do IPI e do ICMS (outro comando, segundo a lição de Roque Antônio Carrazza),²⁸⁹ mas o nosso principal ataque é à indiferença sistemática desses tributos (e de outros como o PIS/Pasep e a Cofins) em relação ao imposto sobre a renda e vice-versa. Após similar estudo sobre o tema, abordando também a tributação sobre a renda do trabalho, escrevem os

287AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; VIGGIANO, Letícia Amaral. *Estudo sobre o Verdadeiro Custo da Tributação Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/41/EstudoSobreOVerdadeiroCustoDaTributacaoBrasileira.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2013.

288BAND SC. *Impostos embutidos em ovos de Páscoa levam o consumidor a pagar três vezes mais o valor do chocolate*. 29 mar. 2013. Disponível em: <http://bandsc.com.br/canais/economia_/>. Acesso em 31 mar. 2013.

289CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 438.

autores Valter Borges de Araújo Neto e Maria da Conceição Sampaio de Sousa:²⁹⁰

Quando examinados à luz da teoria do bem estar, nossos resultados sugerem que alíquotas tributárias elevadas sobre o consumo e a renda do trabalho, combinadas com elasticidades dos indicadores de utilização da força de trabalho relativamente elevadas, se traduzem em perdas consideráveis de bem-estar. Este resultado assume uma conotação especial no Brasil, onde o índice de desemprego, nos últimos anos, tem sido relativamente alto – em geral superior a 7% – o que evidencia o elevado custo da tributação distorciva para a economia brasileira.

Me oponho ao argumento de que os tributos sobre o consumo são incidentes sobre as entidades corporativas, as indústrias, os prestadores de serviços, e não sobre o consumidor. Ainda que a velha marcha de *renvoi* de todos os custos incorridos pelo produtor ao mercado de consumidores não viva sem suas falácias (porque, doutro modo, estaria ignorada a força retumbante da competitividade), a constatação de que ao menos em parte devemos nos preocupar é matemática. Sai dos bolsos dos contribuintes, aqueles mesmos da seara indedutível do IRPF, o valor que termina por enriquecer não apenas o setor privado, mas também o Estado tributante. Essa ciranda já faz parte do cotidiano dos brasileiros, o que me remete ao que escrevi no início desta parte do artigo: estamos todos resignados ao nosso endividamento e à nossa incapacidade de contribuir com o Estado.

5. Conclusão

Tenho um enorme respeito pelos membros daquele conclave que se encerrou com a publicação da Carta de 1988, a Constituição Cidadã. Respeito também o relator da Constituinte e ex-Senador da República José Bernardo Cabral, cujo papel naqueles tempos de afirmação dos direitos e das garantias fundamentais rende-lhe hoje nossas sinceras homenagens. Quanto ao princípio da capacidade contributiva e seu gê-

290ARAÚJO NETO, Valter Borges de; SAMPAIO DE SOUSA, Maria da Conceição. *Tributação da Renda e do Consumo no Brasil: uma Abordagem Macroeconômica*. XXIX Encontro Nacional de Economia. 2001, p. 15. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200102318.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2013.

meo ostensivo, é a história desses 25 anos que nos conta o desrespeito das autoridades políticas e administrativas à previsão constitucional. Se comento hoje a existência de uma máxima da incapacidade contributiva dos brasileiros, é porque verifico falhas que nos distanciam do ideal traçado naquele texto democrático.

O que poderia ser feito, diante das informações trazidas nesse artigo, para melhorar esse cenário? Poderíamos ampliar o rol de deduções permitidas na legislação do IRPF, por exemplo. Quem sabe a itemização de bens de consumo adquiridos no decorrer do ano pudesse trazer algum desconto previsto em lei para as famílias de classe média, ou quem sabe a seletividade do IPI e do ICMS pudesse ser melhor aprimorada pela legislação tributária, tudo destinado a melhor identificar quem conta com recursos suficientes para contribuir à margem do endividamento e quem precisa de alívio financeiro para sobreviver com alguma dignidade em meio à voracidade dos nossos governantes.

Ressalto, por último, que todo esse clamor por mudanças deve ser acompanhado pela aproximação de diferentes setores da sociedade no tocante à regulação do Sistema Tributário Nacional. Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988 surgiu como uma resposta democrática aos anos de perdição do regime militar, temos hoje o dever de replicar aquele espírito revolucionário e, tal qual nos sinalizou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 388.312/MG, fiscalizar o fiel cumprimento de nossos interesses no voto que depositamos nos representantes eleitos. Essa, imagino eu, é a lição que nos permitirá liquidar o *doppelgänger* da capacidade contributiva no artigo 145, § 1º, de nossa Constituição.

EDUCAÇÃO TRIBUTÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Valéria Furlan²⁹¹

Ricardo César Franco²⁹²

Introdução

O objeto deste trabalho consiste em analisar a educação tributária em face das diretrizes veiculadas pela Constituição Federal de 1988. Para a consecução desse propósito, dedicar-se-á a um estudo contextualizado do tema acima proposto a partir da sistemática adotada pelo Texto Constitucional em vigor para a *educação*, compreendida, num primeiro momento, de forma ampla e segundo princípios do *pleno desenvolvimento da pessoa, do preparo para o exercício da cidadania e da qualificação para o trabalho* para, ao final, conhecer das formas próprias à educação tributária, construídas segundo os princípios gerais estatuídos pelo artigo 205 do referido Texto.

Pioneiramente, a Constituição Federal de 1988 revela a eleição de determinados valores necessários para permitir ao sujeito do direito subjetivo à educação (em sentido amplo) se constituir em *cidadão*, partilhando de forma coletiva a igualdade possível sob a égide de um Estado democrático constitucional de direito.

A educação tributária revela proximidade com os valores insertos no Texto Constitucional para reger a educação em geral, caracterizando-a, assim, como espécie desse gênero, embora possa se apresentar de forma diversa daquela comumente representada pela mente como um ato educacional, muitas vezes tido como sinônimo de *ensino*.

291 Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade de São Paulo. Professora de Direito Tributário na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

292 Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito, Direito Penal e Direito Processual Penal. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Nessa medida, a educação tributária tem como finalidade desenvolver o indivíduo em cidadão, de lhe aproximar e apresentar à gestão da coisa pública, de participar dos destinos do Estado que compõe.

1. A Educação consagrada pela nossa Constituição Cidadã

De plano, convém relembrar as palavras de Pontes de Miranda, segundo quem o “Estado tardou em reconhecer as vantagens da instrução e educação do povo. Desconheceu, durante séculos e séculos, que somente se pode aumentar o valor do Estado, do país, aumentando-se o valor dos indivíduos. Ainda hoje, há os que, dirigentes de povos, acham prudente a ignorância do povo. Tal como tardaram em descobrir que a escravidão era o trabalho menos econômico e que dos Estados sem liberdades para os seus nacionais os outros Estados são os senhores.”²⁹³ Doutro lado, adverte o autor²⁹⁴ que o enunciado “a educação é direito de todos”, presente nas leis e nas Constituições modernas, não assegura, por si só, o direito subjetivo público à educação.

Demais disso, como bem observa André Felipe Soares de Arruda,²⁹⁵ “as sociedades ditas subdesenvolvidas foram marcadas pela grande exclusão da maioria de suas populações em todos os processos democráticos e decisórios. Entender suas estruturas socioeconômicas, as relações de domínio e opressão, também revelam o processo de construção da pluralidade cultural” e, acrescentamos nós, a dificuldade do início, nos períodos democráticos, de o povo de determinada nação compreender-se não mais como servo, mas, sim, como protagonista no complexo mecanismo de gestão de um Estado que busca a consecução do bem comum. Nessa medida, revela-se a importância de uma postura propositiva por parte do Estado Democrático em esclarecer seus cidadãos nas formas de participação política e de modificação da realidade social com vistas à efetivação do novo modelo.

293 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 318.

294 MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, p. 333.

295 Em “A identidade étnica e cultural na sociedade contemporânea”. *Sujeito no Direito: história e perspectivas para o século XXI*, org. Valéria Furlan, Curitiba-SP: Editora CRV, 2012, p. 289.

Nada obstante, depreende-se da simples leitura de seu texto, que a Constituição brasileira em vigor manteve longa tradição legislativa²⁹⁶ ao enunciar entre seus dispositivos alguns que tratam da educação.

Convém frisar e refrisar, no entanto, que com o advento da Constituição Cidadã restou estabelecido não apenas que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, ressalte-se, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º), mas também que a “educação, direito de todos e *dever* do Estado e da família, será *promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno *desenvolvimento da pessoa*, seu preparo *para o exercício da cidadania* e sua *qualificação para o trabalho*.” (art. 205) (grifamos)

Inovou, vale gizar, na esteira do pensamento democrático que embalou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, ao enunciar princípios inéditos sobre os quais o tema da educação deve ser instrumentalizado. Inegavelmente, o Texto em vigor busca empre-

296 Breve olhar sobre as Constituições brasileiras permite traçar breve mas importante histórico sobre o posicionamento do tema *educação* no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, enuncia a instrução primária gratuita, colégios e universidades como direitos civis dos brasileiros, nos termos do artigo 179, XXXII e XXXIII, rol que consiste, em termos atuais, aos direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição de 1891, por sua vez, indica a competência privativa do Congresso Federal para legislar sobre ensino secundário e superior no âmbito do Distrito Federal e dos Estados, segundo o artigo 34, parágrafo 30º, e 35, parágrafo 2º e seguintes, além do artigo 72, parágrafo 6º, o qual indica que o ensino leigo será ministrado em estabelecimentos públicos, revelando, expressamente, a laicidade da República nascente e do ensino por ela promovido. A Constituição Federal de 1934 refere-se reiteradamente sobre o tema, indicando-o, por exemplo, como de competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal, cometendo, demais disso, ao Conselho Nacional de Educação, a elaboração do *plano nacional de educação, para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais* (artigo 152). A exemplo do artigo 205 da Constituição vigente, a de 1934 prenuncia, em seu artigo 149, os valores e princípios pelos quais poderia a educação ser compreendida. Vale ressaltar, por exemplo, que a Assembleia Constituinte naquela oportunidade elegeu os *eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação*, além do desenvolvimento de um *espírito brasileiro e consciência da solidariedade humana* como os princípios reitores da *educação*. A Constituição de 1937, que indica a *educação* como dever dos pais e do Estado (artigo 125) e que à juventude se destina, com a finalidade de lhe propiciar o desenvolvimento das *faculdades, aptidões e tendências vocacionais* (artigo 129). A Constituição de 1946, por sua vez, indica que a *educação* é direito de todos, que se inspira no princípio da liberdade e nos ideais de solidariedade humana (artigo 166). A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1 de 1969, indicam a *educação* como direito de todos, lastreado no princípio da unidade nacional, nos ideais de liberdade e de solidariedade humana, assegurada a igualdade de oportunidades (artigos 168 e 176, respectivamente, extirpada, no último caso, a *igualdade de condições*).

ender, mediante a universalização do ensino, a formação do indivíduo em cidadão, preparando-o para o mais amplo exercício da cidadania.²⁹⁷

Nesse sentido, a contribuição de Celso de Mello à compreensão do tema, que indica o *acesso à educação como uma das formas de realização concreta do ideal democrático*²⁹⁸.

Os cuidados dedicados à educação como direito social inscrito nas Constituições contemporâneas revelam, portanto, a dimensão do tema, cujo completo sentido os juristas buscam extrair do ordenamento jurídico, por meio de uma interpretação sistemática. Sem maiores rodeios, no entanto, pode-se afirmar que a emancipação do cidadão, propiciada pela educação, é pressuposto de qualquer Estado Democrático de Direito. A esse respeito, convém registrar as lições de J.J. Canotilho, *verbis*:

“A criação dos pressupostos concretos à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma *real liberdade* de formação e desenvolvimento da personalidade, (CFR. Art. 73.º/2) e instrumento indispensável da própria *emancipação* (progresso social e participação democrática, art. 73.º/2). Igualdade de oportunidades, participação, individualização e *emancipação*, são componentes do direito à educação e à cultura, e dimensões concretas implícitas no princípio da *democracia cultural*.”²⁹⁹ (grifos do autor)

Nesses termos, vale ter em conta que, também na esfera jurídica, educação e ensino não são expressões equivalentes, pois, como bem explicita José Manuel Moran:³⁰⁰

297 Tal visão também é compartilhada por José Afonso da Silva, que assevera: *a consecução prática dos objetivos da educação consoante o artigo 205 (...) só se realiza num sistema educacional democrático, em que a organização da educação forma (escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípio com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição (...)*. (Curso de Direito Constitucional Positivo. 23.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 818).

298 MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2.ed. São Paulo. Saraiva. 1986, p. 533.

299 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 349.

300 José Manuel Moran *et all*. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. 13. ed. Campinas: Papirus, 2007, p. 14. A propósito, vale lembrar que ao refletir sobre o ensino de filosofia nas universidades, disse Arthur Schopenhauer que foi “levado pouco a pouco à opinião de que

“No ensino organiza-se uma série de atividades didáticas para ajudar os alunos a compreender áreas específicas do conhecimento (ciência, história, matemática). Na educação o foco, além de ensinar, é ajudar a integrar ensino e vida, conhecimento e ética, reflexão e ação, a ter uma visão de totalidade. Educar é ajudar a integrar todas as dimensões da vida, a encontrar nosso caminho intelectual, emocional, profissional, que nos realize e que contribua para modificar a sociedade que temos.”

Disso se infere que a educação é o verdadeiro instrumento de emancipação, por meio da qual o indivíduo pode se qualificar como cidadão e, de conseguinte, assegurar a existência de um Estado realmente Democrático de Direito.³⁰¹ Afinal, como bem salienta Jean Piaget, é livre o “indivíduo que sabe julgar e em que o espírito crítico, o sentido da experiência e a necessidade de coerência lógica se colocam ao serviço de uma razão autônoma, comum a todos os indivíduos e não dependendo de qualquer autoridade exterior.”³⁰²

2. Educação Tributária num contexto jurídico interdisciplinar

A educação tributária como espécie do gênero educação e, dessa forma, informada pelos princípios enunciados pelo artigo 205 da Constituição Federal, tem o condão de inserir o contribuinte em um contexto de profícua participação política em prol do bem comum.

Por meio da educação tributária também será possível preservar na memória do cidadão que, a duras penas, o indivíduo conquistou o *status* de contribuinte, mais precisamente, a condição de sujeito de direitos e garantias em face do poder estatal de tributar. Aliás, o próprio

a mencionada utilidade da filosofia de cátedra é superada pela desvantagem que a filosofia como profissão traz à filosofia como livre investigação da verdade, ou que a filosofia a serviço do governo traz à filosofia a serviço da natureza e da humanidade.” Em *Sobre a Filosofia Universitária*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 4.

301 Louvável, embora talvez inócua a determinação da simples entrega de exemplares da Constituição de 1988 a todo os brasileiros: “Art. 64. A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)

302 PIAGET, Jean. *Pedagogia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 146.

conceito de tributo nasce e se desenvolve a partir do Estado de Direito, pois até então falava-se em prestações públicas decorrentes das relações de vassalagem.

Com efeito, destaca Ricardo Lobo Torres que no liberalismo clássico, onde se encontrava o Estado Fiscal, o conceito de tributo se formula com ideias fundamentais, como a liberdade do cidadão, a legalidade estrita, a destinação pública do ingresso e a igualdade; no Positivismo, com o Estado Social Fiscal, a ênfase recai no vínculo obrigacional e a forma de sua arrecadação, ou seja, priorizou-se os aspectos econômicos da incidência tributária e “o problema do valor passou a ser considerado extrajurídico. Diluiu-se a finalidade ínsita no tributo, de ser uma prestação destinada a atender às necessidades públicas”; no Pluralismo, com o Estado Democrático Fiscal, o conceito de tributo assume rara complexidade e se “desenha no relacionamento com a liberdade, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais vinculados à ideias de segurança (legalidade) e justiça (capacidade contributiva, custo/benefício e solidariedade), bem como na recuperação da sua destinação.”³⁰³

Paralelamente, salienta Cláudia M. Felix de Vico Arantes:³⁰⁴

“Com o advento de movimentos como o iluminismo, as revoluções burguesas nos séculos XVII e XVIII, bem como a Revolução Francesa de 1789, que essencialmente fundamentaram-se no enaltecimento do indivíduo e sua liberdade, é que veio à tona a necessidade de construção de uma nova cidadania. Portanto, foi a partir da França que se introduziu nas legislações modernas a ideia de cidadania ativa. [...]

Nessa virada democrática, o papel da educação é fundamental, pois essa cidadania ativa só pode ser exercida por cidadãos preparados, conhecedores de seus direitos e, portanto, com condições de interagir com seus semelhantes, com vistas a alterar o ambiente em que vive e seu próprio destino.”

303 *Tratado de direito Constitucional Financeiro e Tributário – Os Tributos na Constituição*, v. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24-5.

304 In “Cidadania, Educação e Jurisdição: Exclusão social e inclusão pela via processual”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 18, ISSN 1516-0947, 2012, p. 107-8.

Nada obstante, da mesma forma como ainda não é substancial o seu efetivo acesso à educação, por igual ou maior razão, o contribuinte não tem se apropriado da imprescindível educação tributária que lhe proporcione uma ampla compreensão do teor desses direitos e garantias.

Deveras, há de se ter em conta, como bem ressalta José Nabalta Cabais,³⁰⁵ que “o imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o estado, nem simplesmente com um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.”

Demais disso, o acesso à educação tributária posicionará o contribuinte não apenas como sujeito de direitos e garantias, mas também sujeito de deveres que não se restringem ao simples pagamento de tributos. Noutras palavras, a educação tributária plenamente considerada traz a figura do cidadão-contribuinte e lhe impõe uma participação ativa na consecução de finalidades públicas e de interesse público, considerando-se que, num contexto jurídico interdisciplinar, o conceito de cidadão não se limita à de pessoa física em pleno gozo de direitos políticos.

Cidadão-contribuinte, portanto, é o sujeito com direitos e deveres decorrentes do substancial acesso às informações fiscais e à educação tributária, propriamente dita, afinal, a “educação fiscal serve também para capacitar o cidadão a reclamar no momento oportuno junto às autoridades e aos órgãos competentes, fortalecendo-o para o exercício de seus direitos sociais, estimulando-o *a desenvolver o espírito comunitário, conscientizando-o da responsabilidade individual para com a coletividade* e buscando os tributos pagos.”³⁰⁶ (grifamos)

Dito de outro modo, o cidadão-contribuinte tem, de um lado, o direito de ser sujeito passivo apenas das obrigações tributárias constituídas em plena observância ao regime jurídico constitucional tributário e, de outro, o dever de auxiliar na fiscalização e arrecadação de tributos, bem como de fiscalizar a efetiva destinação pública que há de ser dada ao produto da arrecadação.

305 Em *O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 185.

306 Denize Crzybovski e Tatiana Caertner Hahn, “Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária”, in *RAP*, Rio de Janeiro 40(5):841-64, set/out, 2006, p. 8550-1.

Por oportuno, parece-nos que nesse contexto devem ser interpretados os dispositivos da Constituição Cidadã quando, por exemplo, entre outras garantias asseguradas ao contribuinte, estabelecem que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” (art. 150, § 5º). É dizer, o esclarecimento referido nesse artigo não deve ser limitado aos consumidores de mercadorias ou contribuintes de impostos indiretos, pois o cidadão-contribuinte tem o direito constitucional de receber informações do fisco sobre as exigências tributárias, do governo sobre a destinação do produto arrecadado, do Estado sobre suas medidas fiscais e extrafiscais em prol do bem comum.

Também por determinação Constitucional, “as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer *contribuinte*, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.” (art. 31, §3º) (grifamos). De igual modo, com pleno acesso às informações de interesse público e, portanto, úteis ao exercício da cidadania, poderá o cidadão “denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74 CF 88), donde se depreende que o tema da educação tributária, pioneiramente aduzido ao sistema constitucional pátrio pelo Texto de 1988, encontra-se posicionado em diversos dispositivos constitucionais, cuja raiz próxima os vincula a uma finalidade comum, qual seja de reger a condução democrática dos assuntos do Estado.

3. Constituição cidadã e cidadão-contribuinte para uma substancial democracia

A rigor, a educação tributária descortina a relação que deve haver entre Estado e contribuinte num contexto jurídico interdisciplinar de modo a assegurar uma maior efetividade das normas jurídicas não meramente tributárias.

A propósito, não é por outra razão que a ciência do direito tributário deve ter seus institutos constantemente reexaminados em face dessa nova realidade. Com efeito, “a interdisciplinaridade é uma consequência da normatividade da teoria dos sistemas tributários e de sua politicidade. O sistema científico não é meramente descritivo, exercendo indisfarçável função política. As novas finalidades da tribu-

tação – econômicas e ecológicas – exigem o estudo interdisciplinar.”³⁰⁷ Vale lembrar, ademais, que a educação, por si só, é direito social que integra a segunda dimensão de direitos que, a partir do século XIX, exalta a importância do respeito aos direitos humanos.

Norberto Bobbio,³⁰⁸ por oportuno, observa que “à parte o inaceitável extremismo do realismo americano, grande foi o mérito das correntes sociológicas no campo do direito, porque impediram a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem ímpeto inovador.”

Nesses termos, deve ser revisada a concepção de tributo em face, por exemplo, de sua função sócio-econômica, bem como a noção de contribuinte e de cidadão nesse contexto interdisciplinar.

Por outro lado, apenas para não perder de vista nossa realidade e demonstrar a importância de se promover a educação, convém citar o resultado de uma pesquisa realizada com o escopo de avaliar o grau de comprometimento dos contribuintes com a tributação. Constatou-se, em breve síntese, que:

“Pelos dados expostos, de modo geral pode-se dizer que a grande maioria dos empresários não dedica à questão tributária a devida atenção. Como atuam em empresas enquadradas como de micro e pequeno portes, com tributação reduzida tanto na área federal quanto estadual, possivelmente o juízo que fazem a respeito dos tributos e da carga tributária tenha origem no noticiário econômico, que diariamente afirma ser muito elevada a carga tributária brasileira. De outra parte, declaram não concordar com a prática da sonegação fiscal, admitindo, no entanto, praticá-la. Quando recolhem os tributos, fazem-no mais por receio de serem autuados pela fiscalização do que por uma consciência de cidadania.”³⁰⁹

Compreende-se, assim, as palavras de Joacir Sevegnani,³¹⁰ segundo quem:

307 Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito Constitucional Financeiro e Tributário – Constituição Financeira, sistema Tributário e Estado Fiscal*, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 350.

308 Em *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti, Bauru-SP: Edipro, 2001, p. 66.

309 Denize Crzybovski e Tatiana Caertner Hahn, “Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária”, in *RAP*, Rio de Janeiro 40(5):841-64, set/out, 2006, p. 856-7.

310 “Precisamos todos de educação fiscal”. Disponível em: <<http://www.educacaofiscal.com.br/>>

“a educação fiscal não pode restringir-se a debater os temas relacionados à tributação apenas com os membros da sociedade civil, mas envolver principalmente os agentes dos poderes públicos. Esse processo deve contemplar ainda uma reflexão sobre os valores que fundamentam as relações dos membros da sociedade e esta para com o Estado. Em síntese, a educação fiscal coloca-se como um instrumento que pretende repensar as relações do cidadão com os tributos, com o Estado e com o próprio grupo social, visando contribuir para a formação de uma sociedade mais justa e fraterna.”

Tornando ao nosso rumo, o desenvolvimento sócio-econômico do país supõe uma relação mais equânime entre Estado e cidadão-contribuinte.

Do Estado, exige-se o empenho na desburocratização em favor de uma administração mais eficiente. Do cidadão-contribuinte exige-se um maior interesse em conhecer e participar dos assuntos de responsabilidade pública e não meramente estatal.

O conceito de tributo e de contribuinte tem que ser construído em face dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro e não apenas em face dos direitos e garantias em prol do contribuinte isoladamente considerado.³¹¹ *Constitucionalmente*, assevera Roque Antonio Carrazza,³¹² *um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum*.

E mais, a tributação não deve se limitar a arrecadar dinheiro para atender as necessidades públicas de saúde, educação, habitação, transporte, segurança etc. Também deve ser empregada para incentivar comportamentos ou abstenções do cidadão-contribuinte em prol dessas necessidades públicas e do desenvolvimento humano (extrafiscalidade), portanto, não necessariamente vinculados ao estrito dever de abastecer os cofres públicos.

controller?command=artigo.Detail&id=19>. Acesso em: 04.05.13.

311 A respeito, v. estudo de Eurico Marcos Diniz de Santi e Vanessa Rahal Canado intitulado “Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação” em *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas*, coord. Eurico Marcos Diniz de Santi, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 608-25.

312 *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 27^a ed., São Paulo: Malheiros, p. 86.

Convém insistir que não se trata apenas de promover uma maior aproximação entre o Estado e o contribuinte com vistas a incentivar o pagamento espontâneo do tributo e reduzir os casos de evasão fiscal. Trata-se, principalmente, de educar o contribuinte para torná-lo cidadão com responsabilidade pelo destino da coisa pública e da sociedade em que está inserido.

4. Síntese conclusiva

A Constituição Federal de 1988 elegeu como princípios da educação brasileira o *pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho*, que devem nortear a produção legislativa infraconstitucional, cominada à figura do Estado-legislador; a aplicação do direito positivo ao caso concreto, cometida à figura do Estado-jurisdição, e, por conseguinte, a promoção de políticas públicas da educação em geral relacionadas ao Estado-administração e à iniciativa privada.

Tais princípios aplicam-se aos casos de educação em espécie, completa ou parcialmente, a depender dos valores necessários a informar cada qual, fazendo com que o instrumento seja o mais efetivo e possa, assim, seu destinatário fruí-lo amplamente e com igual responsabilidade.

A figura da *educação tributária*, que caracteriza um dos exemplos de educação em espécie, é informada pelos princípios constitucionais da educação em geral, com predominância daquele que indica a preocupação com o preparo para o exercício da cidadania, pois aquela infere maior proximidade do *educando* à formação do Estado democrático constitucional de direito, com sua gestão fundada na transparência e atuação em favor da consecução do bem comum.

Por desenvolver a figura do indivíduo em *cidadão*, a educação tributária se situa em posição de proeminência no contexto constitucional contemporâneo no Brasil, na medida em que permite ao sujeito compreender e participar dos rumos do Estado democrático.

Referências

- ARANTES, Cláudia M. de Félix Vico. Cidadania, Educação e Jurisdição: Exclusão social e inclusão pela via processual. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 18, ISSN 1516-0947, 2012, p. 106-24.
- ARRUDA, André Felipe Soares de. A identidade étnica e cultural na sociedade contemporânea. In: FURLAN, Valéria (organizadora). *Sujeito no Direito: história e perspectivas para o século XXI*. Curitiba: Editora CRV, 2012, p. 289.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti, Bauru-SP: Edipro, 2001.
- CABAIS, José Nabalta. *O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CRZYBOVSKI, Denise; e Tatiana Caertner Hahn. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. *RAP*, Rio de Janeiro 40(5):841-64, set/out, 2006.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. t. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MORAN, José Manuel *et all*. *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. 13. ed. Campinas: Papiros, 2007.
- PIAGET, Jean. *Pedagogia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 608-25.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Filosofia Universitária*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SEVEGNANI, Joacir. "Precisamos todos de educação fiscal". Disponível em: <<http://www.educacaofiscal.com.br/controller?command=artigo.Detal&id=19>>. Acesso em: 04.05.13.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – Constituição Financeira, sistema Tributário e Estado Fiscal*, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – Os Tributos na Constituição*, v. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OS MONOPÓLIOS ESTATAIS E SEU REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

*Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho*³¹³

1. Introdução

É por todos sabido que a vida social – assim considerado o conjunto de atividades desenvolvidas em uma sociedade – é formada pela união de dois setores, cujos contornos são delineados pela Constituição Federal: o campo estatal e o campo privado³¹⁴.

Ao Estado cabe desenvolver apenas as atividades que a ordem pública *expressamente* lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam de modo explícito. No Brasil, por exemplo, o Texto Constitucional atribui ao poder público e exploração da navegação aérea (art. 21, XII, c) e do serviço de correio (art. 21, X).

Já o campo privado é constituído pelas atividades próprias dos particulares, as quais, por sua vez, dividem-se em duas categorias: a) as conferidas expressamente aos indivíduos pela Constituição como um direito subjetivo; b) as que, não tendo sido atribuídas com exclusividade ao Estado, lhes são facultadas. Como exemplos da primeira hipótese, podem ser citados o exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF) e a exploração de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF)³¹⁵. Da segunda hipótese podem ser mencionadas como exemplos a educação e da saúde, que são deveres do Estado (arts. 196 e 205, CF), mas que são livres à iniciativa privada (arts. 199, *caput*, e 209, CF)³¹⁶.

313 Doutor em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Tributário da Escola Superior de Magistratura do Amazonas (ESMAM) e de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

314 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 596.

315 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

316 Analisando as atividades de ensino, assim manifestou-se o STF: “Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público

Portanto, somente são excluídas do campo privado as atividades que, segundo a Constituição Federal, são reservadas ao Estado, isto é, cujo exercício é a ele atribuído com exclusividade. É o caso, por exemplo, dos serviços públicos (art. 175, *caput*, CF), que, segundo o próprio Texto Constitucional, somente podem ser prestados por particulares mediante ato estatal de delegação (concessão ou permissão). Também é o caso dos monopólios estatais (art. 177, CF).

Nesta obra coletiva em que se homenageia o ilustre Relator-Geral da Constituição de 1988, J. Bernardo Cabral, o presente estudo pretende traçar um panorama geral do regime constitucional dos referidos monopólios.

2. A intervenção do Estado no domínio econômico

A análise dos monopólios econômicos estatais impõe prévia compreensão do fenômeno da intervenção do Estado no domínio econômico, pois é nesse âmbito que se insere o tema específico do presente estudo. Para tanto, faz-se necessário esclarecer, inicialmente, o significado do vocábulo “intervenção”.

As expressões “intervenção” e “atuação” (ou “ação”) são, à primeira vista, sinônimas e, pois, intercambiáveis, pois *toda intervenção estatal é expressiva de uma atuação do Estado*³¹⁷. No entanto, a recíproca não é verdadeira, pois *nem toda atuação estatal pode ser considerada intervenção*, na medida em que este último vocábulo expressa precisamente “atuação na esfera de outrem”³¹⁸. Diz-se ocorrer intervenção “quando alguém ou algo invade espaço que, segundo determinada ordem, não lhe pertence, porquanto é ou está reservado a outrem”³¹⁹.

não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização” (ADI 1007/PE, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 31.08.2005, DJ 24.02.2006, p. 5). “Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil)” (ADI 1266/BA, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 06.04.2005, DJ 23.09.2005, p. 6).

317 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 321.

318 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 158.

319 PONTES, Helenilson Cunha. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002, p. 377.

Dá se verifica, por exemplo, que o Estado, quando presta serviço público (art. 175, CF), não pratica ato de intervenção, pois atua, no caso, em área de sua própria titularidade. Não há que se falar em intervenção estatal no domínio próprio do Estado, em face do absoluto controle estatal sobre o referido segmento³²⁰.

Procurando definir a intervenção estatal na economia, assim manifesta-se Diogenes Gasparini: “pode-se conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico como *todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais*” (grifo no original)³²¹.

O conceito formulado pelo autor citado, apesar de aparentar ser completo, tem o defeito de não abranger uma das modalidades de intervenção estatal na economia, a saber: à *intervenção direta por participação*, assim considerada a exploração pelo Estado de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada.

Preferimos, pois, conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico como *o conjunto de atividades estatais sobre o segmento econômico, visando os fins traçados pela Constituição e utilizando-se, legítima e razoavelmente, dos instrumentos e mecanismos postos à disposição estatal pelo Texto Constitucional*.

Quando se menciona, na citada definição, que a intervenção do Estado na economia visa “os fins traçados pela Constituição”, pretende-se evidenciar o caráter *instrumental* da referida atividade estatal, pois tal atuação não é um fim em si mesmo, mas apenas meio para o alcance dos objetivos constitucionais³²².

Relativamente à parte final da referida definição, cabe a advertência de Horácio Augusto Mendes de Souza no sentido de que “não basta o Estado se utilizar dos meios e instrumentos constitucionalmente postos à sua disposição, nos estritos limites da *legalidade*, devendo a

320 FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.

223. Em sentido contrário é a lição de Fernando F. Castellani, que considera a prestação de serviços públicos uma das formas pelas quais se dá a intervenção direta do Estado na economia (*Contribuições especiais e sua destinação*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 131-133).

321 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 596.

322 Nesse sentido: SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62 e 86.

implementação das técnicas de intervenção estatal no domínio econômico se dar de forma a atender o interesse público concretamente apresentado, portanto, *legitimamente*, e de forma *razoável*, onde os meios e as técnicas a serem utilizadas pelo Poder Público sejam realmente idôneos aos fins pretendidos pela Constituição e pelas Leis, pois só assim se estará dando real e efetivo cumprimento ao princípio referido”³²³.

Ressalte-se que a expressão “intervenção”, consoante observa Washington Peluso Albino de Souza, revela o caráter excepcional de que se reveste tal atuação estatal: “ao se falar em ‘intervenção’, conserva-se o princípio ideológico ‘liberal’ da abstenção do Estado em termos de ação econômica direta, admitindo-se a ‘exceção’ de que possa ‘atuar’, portanto ‘intervir’, em determinadas circunstâncias”³²⁴.

3. Os monopólios no quadro geral das modalidades de intervenção estatal na economia

O Estado pode intervir no domínio econômico de duas maneiras: a) de forma *direta*, assumindo o papel de agente da atividade econômica; b) de forma *indireta*, que se realiza por meio da regulação da economia³²⁵.

323 SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência, cit., p. 49-50.

324 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 321. No mesmo sentido, ressaltando que a ação de “intervir” traz implícito o conceito de excepcionalidade: NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 403; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 82; MARSHALL, Carla. *Direito constitucional: aspectos constitucionais do direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 155. Em sentido contrário é o seguinte acórdão do STF: “1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga a papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa” (STF, ADI 1950/SP, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 03.11.2005, DJ 02.06.2006, p. 4). No mesmo sentido: ADI 3512/ES, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 15.02.2006, DJ 23.06.2006, p. 3.

325 No Direito brasileiro, a intervenção indireta do Estado no domínio econômico encontra previsão genérica no *caput* do art. 174 da Constituição Federal, assim redigido: “Como agente

No primeiro caso, a intervenção pode ocorrer em concorrência com a iniciativa privada (intervenção *por participação*) ou em caráter monopolizador de determinadas atividades econômicas (intervenção *por absorção*).

Já a modalidade interventiva indireta divide-se em intervenção *por direção* ou *por indução*, conforme haja ou não coercibilidade nas regras de conduta impostas pelo Estado.

Os monopólios materializam a chamada *intervenção direta por absorção*, que ocorre quando o Estado assume o controle de determinada atividade econômica, excluindo a participação da iniciativa privada no referido segmento.

Dito de outro modo, tal modalidade interventiva se caracteriza pelo fato de o Estado desempenhar uma dada atividade econômica em caráter de *exclusividade*, isto é, sem concorrer com os particulares. No monopólio – palavra originada da Grécia: *monus* (só) e *poelin* (vender)³²⁶ – é suprimida uma atividade do regime da livre iniciativa, abolindo-se, de igual modo, a livre concorrência³²⁷.

Enquanto a formação de monopólio privado não é estimulada, já que tem por fim o interesse privado – e o próprio Texto Constitucional repudia o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e a eliminação da concorrência (art. 173, § 4º, CF)³²⁸ –, o mono-

normativo e regulador da atividade econômica, o estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". Também o § 4º do art. 173 da CF regula a intervenção indireta do Estado no domínio econômico, assim estando redigido: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros". Andou mal o Constituinte de 1987/1988 ao incluir no art. 173 da Constituição (que trata da intervenção direta do Estado da economia) a norma constante do § 4º, que trata da repressão ao abuso do poder econômico, que se apresenta como modalidade de intervenção estatal indireta.

326 PACIULLI, José. *Direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 82.

327 Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 560. Consoante leciona Paulo Roberto Lyrio Pimenta, o que diferencia a intervenção monopolística da não-monopolística "é o nível de restrição aos princípios que integram a base da ordem econômica" (*Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 39).

328 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 779; PACIULLI, José. *Direito financeiro*. cit., p. 83. O monopólio privado, consoante leciona Cristiane Derani, pode ser: a) "casual" (também conhecido como "natural" ou "de fato"), quando não existe outro agente interessado em participar do mesmo segmento, por este não ser economicamente atrativo; b) "provocado", quando resultante da ação do agente econômico,

pólio estatal é admitido constitucionalmente já que tem por objetivo a proteção do interesse público³²⁹.

4. Monopólio público e serviço público: distinção

Como destaca Fábio Konder Comparato, não se confundem monopólio público e serviço público, pelo menos na acepção clássica com que esta expressão foi usada em direito administrativo.

Leciona, a respeito, o autor citado: “O monopólio tem por objeto uma *atividade empresarial* e não a realização de um serviço considerado *essencial* à afirmação do Estado. Os Estados podem ser monopolistas ou não, mas não podem dispensar a tarefa de organizar e fazer funcionar os serviços públicos” (grifo nosso)³³⁰.

Nesse sentido já decidiu o STF: “A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de *privilégio*. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. (...) É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. (...) Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade” (grifo nosso)³³¹.

que abusa de seu poder econômico, barrando o exercício da liberdade de empresa por outros agentes (*Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 206-207).

329 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 285; SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 193; PACIULLI, José. *Direito financeiro*. cit., p. 83. Como bem observa Cristiane Derani, excluir a concorrência ou restringi-la “é aceitável para realização de missão de interesse coletivo” (*Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 213). O monopólio estatal é denominado por José Cretella Júnior de “monopólio de direito” (*Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 244).

330 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148-149.

331 ADPF 46/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Pleno, j. em 05.08.2009, *DJe*-035 divulg.

Também o STJ já reconheceu que as empresas estatais que desempenham serviço público atuam em região “onde a natureza das atividades exige que elas sejam desempenhadas sob o regime de privilégios”³³².

Apesar de todo exposto, o STF, em alguns julgados, emprega o termo “monopólio” para se referir a atividades que ele próprio reconhece como serviços públicos, como é o caso do serviço postal, previsto no art. 21, X, da CF³³³ e dos serviços de infra-estrutura aeroportuária, previstos no art. 21, XII, c, da CF³³⁴.

A grande distinção entre o monopólio estatal e o serviço público, consoante leciona Marçal Justen Filho, reside no regime jurídico da exploração: “O serviço público é prestado sob regime de direito público, o que envolve competências anômalas destinadas a permitir a satisfação dos direitos fundamentais. A atividade econômica monopolizada é exercitada sob regime de direito privado”³³⁵.

Como bem observa Eros Roberto Grau, ainda quando os serviços públicos “sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários (...), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*” (grifo no original)³³⁶.

5. Os monopólios públicos na Constituição de 1988

As Constituições que antecederam a atual (com exceção da de 1937) já admitiam, de modo expresse, a intervenção por absorção de

25.02.2010 public. 26.02.2010.

332 REsp 929.758/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 07.12.2010, *DJe* 14.12.2010.

333 ACO-TAR-QO 803/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 14.04.2008, *DJe*-185 divulg. 26.09.2011 public. 27.09.2011), dos serviços de administração de porto marítimo, previstos no art. 21, XII, f, da CF (AI-AgR 351888/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 21.06.2011, *DJe*-160 divulg. 19.08.2011 public. 22.08.2011; RE-ED-ED 265749/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 28.06.2011, *DJe*-160 divulg. 19.08.2011 public. 22.08.2011.

334 RE-AgR 363412/BA, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 07.08.2007, *DJe*-177 divulg. 18.09.2008 public. 19.09.2008.

335 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 560.

336 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

determinadas atividades econômicas, mas não esclareciam, contudo, quais os segmentos que admitiam o monopólio estatal: cabia, então, ao legislador infraconstitucional definir os campos em que se daria o monopólio público³³⁷.

Na Carta vigente, o próprio Constituinte já elencou os setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada. Dispõe, a respeito, o art. 177 da Constituição de 1988³³⁸:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo,

337 CF/1934, art. 116; CF/1946, art. 146; CF/1967, art. 157, § 8º (redação original) e art. 163, *caput* (na redação dada pela EC 1/1969).

338 Além do art. 177, também pode ser citado o art. 25, § 2º, da CF, que consagra o monopólio estadual da distribuição de gás canalizado. Nesse sentido: BOITEUX, Fernando Netto. *Intervenção do Estado no domínio econômico na Constituição Federal de 1988*. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 73; FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 308; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 561. Este último autor observa que a referência a “concessão”, no dispositivo constitucional citado, induz à existência de um serviço público, entendimento que, todavia, é incorreto: “O fornecimento de gás é uma atividade econômica em sentido próprio. Ninguém tem um direito fundamental a ser satisfeito mediante o fornecimento de gás, muito menos de gás canalizado” (Ob. cit. p. 561). Há, todavia, quem entenda que, no Brasil, somente a União pode monopolizar atividades econômicas. Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 245; AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302.

observadas as condições estabelecidas em lei. (Parágrafo com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 9, de 09.11.1995).³³⁹

Ressalte-se que a exploração, pela União, das atividades arroladas no dispositivo constitucional transcrito, em regime de monopólio, não exige fundamentação em algum dos motivos citados no art. 173 da CF, a saber: a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo.

Isto porque, nos casos de intervenção por absorção, o fundamento imediato para a exploração da atividade em regime de monopólio é o próprio Texto Constitucional. Dito de outro modo, não há porque demonstrar a existência de motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, tendo em vista que as razões que legitimam a exploração estatal de determinada atividade em regime de exclusividade já foram levadas em consideração pelo Constituinte, que, entendendo estarem as mesmas presentes, autorizou de modo expresso o monopólio quanto a determinados segmentos³⁴⁰.

No caso da intervenção por absorção (monopólios), a autorização específica para a exploração estatal da atividade econômica já consta da própria Constituição, diferentemente do que se dá na intervenção por participação, relativamente à qual no Texto Constitucional somente consta autorização genérica (art. 173, *caput*), devendo ser complementada pela autorização legislativa específica constante da lei que, nos termos do dispositivo constitucional em questão, definirá o significado de “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”³⁴¹.

339 O monopólio estatal a que se refere o inciso V do art. 177 da CF deverá atender os princípios e condições estabelecidos no inciso XXIII do art. 21 da CF, a saber: a) toda atividade nuclear em territorial nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

340 Nesse sentido é a lição de Fabíola Pedrosa Pontes, que, discorrendo sobre o *caput* do art. 173 da CF, assevera: “Podemos, ainda, observar que no início da cabeça do artigo o legislador utilizou-se da expressão ‘ressalvados os casos previstos nesta Constituição’, o que nos conduz à idéia de que o Estado também pode explorar atividade econômica que não esteja composta dos dois requisitos já mencionados – atividade necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo –, desde que estas exceções estejam previstas na própria Constituição” (grifos no original) (Exploração da atividade econômica pelo Estado à luz do artigo 173 da Constituição Federal. In: ARAÚJO, Francisco Régis Frota (coord.). *Direito constitucional econômico: reflexões e debates*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 157-158).

341 Entendemos que a lei a que se refere o *caput* do art. 173 da Constituição é *ordinária* (art. 59, III, CF), tendo em vista que o Texto Constitucional não contém qualquer disposição

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9/95, que deu nova redação ao § 1º do art. 177, manteve-se a União como proprietária das reservas de petróleo e a exploração do petróleo como seu monopólio, porém permite-se que outras empresas, estatais ou não estatais, façam a exploração mediante contrato com a União.

Em razão da alteração constitucional descrita, alguns autores passaram a denominar o monopólio estatal em questão de “monopólio relativo”³⁴². O governo, por seu turno, como noticia Américo Luiz Martins da Silva, prefere chamar a medida de “flexibilização do monopólio”, pois a União manterá o controle do setor, a Petrobrás continuará numa posição extremamente privilegiada, mas permitirá a participação de empresas privadas³⁴³.

6. É taxativo o rol constitucional dos monopólios públicos?

Relativamente aos monopólios estatais, polêmica questão é a que diz respeito à possibilidade (ou não) de serem instituídas outras hipóteses além daquelas que constam no próprio Texto Constitucional.

Os que defendem a constitucionalidade da instituição de monopólios pelo legislador infraconstitucional, sustentam que o art. 173 da CF, ao permitir a exploração direta de atividade econômica pelo Estado por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, não teria restringido tal possibilidade à exploração em regime de competição (intervenção por participação), mas também à exploração em regime de exclusividade (intervenção por absorção)³⁴⁴.

Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que assevera:

afirmando o contrário (art. 47, CF). Em sentido contrário, entendendo ser necessária a edição de lei complementar para regulamentar o dispositivo constitucional em questão: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 593-594; SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 83-84.

342 BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 139. No mesmo diapasão é a doutrina de André Ramos Tavares, que fala em “relativização do monopólio” (*Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 287).

343 SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195.

344 Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 298-300.

(...) não há como extrair do texto constitucional uma vedação à criação eventual de monopólios em favor do Poder Público.

Com efeito, é inegável que o art. 173 trata genericamente da 'exploração direta de atividade econômica pelo Estado', sem discriminar ou restringir, ao menos a princípio, a forma pela qual pode se dar esta modalidade de intervenção.

Em outros termos, utilizando a classificação proposta por Eros Grau, dúvida não há de que o conteúdo isolado do dispositivo em exame abrange tanto a intervenção por participação quanto aquela por absorção, eliminando a atual Constituição a distinção que os outros textos anteriores faziam entre estas duas modalidades de atuação do Estado na economia. Tanto assim que o artigo 173 ressalva os casos de exploração de atividade econômica previstos na própria Constituição, que são, como reconhece a doutrina, aqueles dos monopólios constitucionais.³⁴⁵

No mesmo sentido é o pensar de Alexandre Walmott Borges, para quem o *caput* do art. 173 autoriza o Estado a intervir diretamente na economia não só em regime de competição, mas também em regime de monopólio. São seus os seguintes dizeres:

A disciplina dos monopólios do art. 177 da Constituição não exclui a definição, por lei, doutros monopólios – *positio unius nos est exclusio alterius*. O art. 173 fala em exploração direta de atividade econômica quando imperiosa aos interesses coletivos e à segurança nacional. Configurada qualquer das situações (uma isoladamente, sem necessidade de apresentação das duas), pode ser instituído monopólio de setor do domínio econômico. A inclusão do monopólio do art. 177 dá maior relevo às duas atividades (petróleo e nucleares): presença no corpo da Constituição (levando a matéria à posição de rigidez da Constituição) e definição de setores-chave da economia. Outros monopólios poderão surgir, atendendo às necessidades de política econômica da ordem normativa constitucional.

(...)

Quanto a Constituição, no *caput* do art. 173, coloca '*Ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade eco-*

345 PEREIRA, Tadeu Rabelo. *Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 60.

nômica pelo Estado (...) está mencionando tanto as hipóteses de exploração em regime de monopólio como em regime de competição. Lícito, portanto, explorar, quando configurado o interesse coletivo ou a segurança nacional, nos dois regimes. (grifo no original)³⁴⁶

Concordamos com os autores citados de que a mera leitura do *caput* do art. 173 da CF não exclui a possibilidade de criação de monopólios, tendo em vista que o mesmo refere-se, genericamente, à exploração direta de atividade econômica pelo Estado – que engloba, como é sabido, a exploração monopolística –, e não, especificamente, à exploração em regime de concorrência.

A razão, no entanto, que nos leva a entender ser inadmissível a instituição de outros monopólios, diversos daqueles que constam expressamente do Texto Constitucional, é a idéia de *livre iniciativa*, que, enquanto fundamento da ordem econômica brasileira (art. 170, *caput*, CF) e fundamento da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), pode ser traduzida, em linhas gerais, no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco³⁴⁷.

Ora, se partirmos do pressuposto que a livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único, CF) tem como protagonista o *indivíduo*³⁴⁸ e que corresponde, no plano econômico, à liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF), restará indubitável tratar-se de um direito individual fundamental³⁴⁹ e, como tal, cláusula pétrea (art. 60, §

346 BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 129-130.

347 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 112; PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

348 Nesse sentido, ressaltando que a “livre iniciativa” traduz-se como *iniciativa econômica privada* (isto é, deferida a sujeitos privados), leciona Modesto Carvalhosa: “Trata-se de iniciativa privada porque se contrapõe à noção de iniciativa pública, na medida em que nesta se prescinde do requisito de liberdade”. E prossegue: “Com efeito, seria impróprio falar-se de liberdade estatal de iniciativa, sob pena de se perder a noção de liberdade enquanto o direito dos cidadãos de se contrapor ao arbítrio e ao poder do estado vedar ou restringir, fora dos limites constitucionais, essa mesma liberdade” (*A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 114).

349 Nesse sentido é a lição de Modesto Carvalhosa, que, discorrendo sobre a Carta de 1967 (com a redação dada pela EC 1/1969), asseverou: “Enquanto direito, poder-se-ia mesmo considerar a livre iniciativa econômica como uma das liberdades fundamentais atribuídas à personalidade, revestindo, portanto, o caráter de um direito fundamental” (*A ordem econômica na Constituição*

4º, IV, CF). Destarte, não se pode admitir proposta de emenda constitucional tendente a abolir tal direito.

Assim, considerando-se que sequer uma Emenda Constitucional poderá instituir novos monopólios – posto que isto representaria afronta a direito individual e, pois, ao art. 60, § 4º, IV, da CF –, muito menos o legislador infraconstitucional poderá utilizar o *caput* do art. 173 da Constituição como fundamento para instituição de novos monopólios³⁵⁰.

Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva, que, analisando o art. 173 da Constituição Federal, delimita a abrangência do citado dispositivo: “Declara-se a possibilidade de exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). *Parece-nos que aí não entra o monopólio*, que é reservado só para as hipóteses estritamente indicadas no art. 177 (...)” (grifo nosso)³⁵¹.

No mesmo sentido é a percepção de André Ramos Tavares, que assim expõe o seu pensar:

Na declaração da possibilidade de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, constante do art. 173 da Constituição, não está compreendida qualquer exploração em regime de monopólio.

(...)

de 1969. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 112-113).

350 Para Fernando Herren Aguillar, o legislador infraconstitucional não pode instituir novas hipóteses de monopólio, *mas o Poder Constituinte Derivado, sim*: “(...) se o Estado quiser, por exemplo, desempenhar a atividade de panificação (atividade econômica em sentido estrito), precisa proceder como previsto no art. 173. Mas assim fazendo concorrerá com as demais padarias, *a menos que a Constituição seja mudada para permitir o monopólio estatal da panificação*. Na vigência da Constituição da Emenda n. 1 de 1969, seu art. 163 permitia a monopolização de determinada atividade econômica pelo Estado mediante lei fundada em motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição. A Constituição de 1988, porém, retirou essa prerrogativa do Estado e *a monopolização de determinada atividade econômica atualmente depende de Emenda constitucional*” (grifamos) (*Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 131). Discordamos de tal posicionamento doutrinário, pois consideramos a livre iniciativa como manifestação, no plano econômico, da liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, CF), qualificando-se, pois, como direito fundamental e, por conseguinte, como *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, IV, CF), sendo imodificável pelo Poder Constituinte Reformador.

351 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 779-780.

A Constituição, ao considerar principiológica a liberdade de iniciativa, vedou, automaticamente, ao Estado a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica, vale dizer, seja por via legislativa, executiva, ou judiciária, é vedado ao Estado afastar a iniciativa (ampla) particular da exploração de algum dos segmentos econômicos existentes. Evidentemente, esta proibição, que se pode considerar como expressa (e não meramente implícita), sofre as ressalvas, como observado, quando, eventualmente, a Constituição as tenha incorporado, originariamente, ao seu texto. (grifo no original)³⁵²

Discorrendo sobre o tema, leciona Celso Ribeiro Bastos: “Cumpre deixar claro que especialmente nos preceptivos que compõem o capítulo VII, a Constituição Federal de 1988 estabelece os parâmetros e rumos que devem presidir a atividade econômica: liberdade de iniciativa, livre concorrência, livre mercado... Por isto, é forçoso concluir que os monopólios previstos no art. 177, são elementos discrepantes do substrato teleológico predominante na tessitura normativo-constitucional, e, por isso, como toda exceção, constituem-se em preceitos jurídicos sujeitos a interpretação restritiva, tanto em sua abrangência, quanto nas formas pelas quais devem externar-se materialmente”³⁵³.

Portanto, como a vigente Constituição privilegia a iniciativa privada e a livre concorrência na exploração de atividade econômica, o monopólio estatal só é permitido nas hipóteses constitucionalmente enumeradas, não podendo o legislador infraconstitucional criar outros monopólios³⁵⁴, concluindo-se, destarte, que o *caput* do art. 173 da CF

352 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 284-285. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 168.

353 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p. 343.

354 Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 149; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 470 e 472; FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 308 e 388; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 595; BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 241; ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A ordem econômica e a Constituição de 1988*. Belém: CEJUP, 1997, p. 19 e 93-94; SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 193; PETTER, Lafayete Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 102; BOITEUX, Fernando Netto. Intervenção do Estado no domínio econômico na Constituição Federal de 1988. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 73-74.

tem aplicação restrita aos casos de intervenção direta por participação³⁵⁵.

7. Regime jurídico aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica monopolizada

Outra questão polêmica quanto aos monopólios estatais diz respeito à aplicabilidade (ou não), em relação a eles, do disposto no art. 173, § 1º, II, e § 2º da Constituição de 1988, segundo o qual o regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica é o mesmo das empresas privadas³⁵⁶. Dito de outro modo, o que se pretende definir é se as estatais exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio devem (ou não) submeter-se necessariamente ao regime de direito privado³⁵⁷.

355 Nesse sentido: FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 521; RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *Direito econômico*. Brasília: Fortium, 2005, p. 145-146.

356 Entendemos ser desnecessário o disposto no § 2º do art. 173 da CF, assim redigido: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Ora, se, a princípio, o regime jurídico das empresas privadas é o aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica – inclusive quanto aos aspectos tributários, como salienta o art. 173, § 1º, II, da CF –, decorre daí a conclusão óbvia de que estas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos àquelas. Desse pensamento comunga Pinto Ferreira, que entende o preceito do § 2º do art. 173 da CF como “uma decorrência lógica” do art. 173, § 1º, II, da CF (*Comentários à Constituição brasileira*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 314).

357 Ressalte-se que a disposição do art. 173, § 1º, II, da CF não pode ser entendida em termos absolutos, isto é, de modo literal, pois como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “se é fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição” (grifo no original) (Ob. cit., p. 594-595). Com efeito, mesmo as estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica estão submetidas às regras constitucionais que exigem a realização de concurso para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF) e de licitação pública, nos casos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI c/c art. 173, § 1º, III, ambos da CF). Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que, com propriedade, assevera que “as estatais que constituam instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico submetem-se a normas de direito privado, condizentes com a atividade por elas desenvolvida, ressalvadas modificações pontuais previstas na Constituição, das quais merecem referência, por se apresentarem as mais importantes, a necessidade da realização de licitação e concurso público (...)” (grifo nosso) (*Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 164). Conclui-se, pois, pelo exposto, que o comando do art. 173, § 1º, II, da CF é, na verdade, voltado ao legislador infraconstitucional: não pode este estabelecer distinções entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas particulares além daquelas que já se encontram dispostas no próprio Texto Constitucional. Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STJ: “[...] 3. As empresas estatais podem atuar basicamente na exploração da atividade econômica ou na prestação de serviços públicos, e

A Constituição de 1967, tanto em sua redação original como naquela determinada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, impunha tal tratamento paritário apenas às estatais que explorassem atividade *não monopolizada* (art. 163, § 3º)³⁵⁸, excluindo, pois, de tal sistemática as estatais que explorassem atividades monopolizadas.

A atual Constituição, no entanto, não fez tal ressalva (art. 173, § 1º, II, e § 2º).

Entretanto, há que considerar, numa interpretação teleológica, que a razão de tais comandos é que, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, pudesse se valer de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados, gerando uma verdadeira “concorrência desleal” com os empresários particulares³⁵⁹, situação que se afigura impossível de ocorrer no caso dos monopólios, pela própria inexistência de concorrência.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Há de se entender que tal impedimento não ocorrerá fora de sua razão de ser, ou seja, quando não esteja em causa o tema de uma eventual ‘concorrência desleal’ com a iniciativa privada; quer-se dizer: o impedimento em questão não existirá no caso de atividades monopolizadas” (grifo no original)³⁶⁰.

Partilhando do mesmo pensar, Lafayete Josué Petter assevera: “Explorando atividade econômica em sentido estrito e atuando em regi-

coordenação de obras públicas. 4. Tais empresas que exploram a atividade econômica – ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório – não podem ser agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência” (REsp 929.758/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 07.12.2010, *DJe* 14.12.2010).

358CF/1967, art. 163, § 3º: “A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”. Com o advento da Emenda Constitucional n. 1/1969, a matéria passou a ser disciplinada no art. 170.

359 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 595. No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 189; SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105-106; BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 176.

360 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 594, nt. de rodapé n. 15.

me de monopólio, essas empresas *não se submetem ao estatuto de que trata o § 1º do art. 173 da Constituição*, uma vez que tal disciplina tem como objetivo conferir um tratamento similar entre as empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito e as demais empresas privadas, assegurando ou tentando assegurar igualdade de competitividade entre elas” (grifamos). E conclui o citado autor: “Por isso, caso a empresa pública ou a sociedade de economia mista explore uma atividade econômica em sentido estrito, mas faça em regime de monopólio, *a mesma não se encontra equiparada às empresas privadas*” (grifo nosso)³⁶¹.

Na mesma trilha segue o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o plenário do STF já se manifestou no sentido de que o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF somente se aplica às estatais que explorem atividade econômica *em regime de concorrência*, isto é, sem monopólio:

“As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, *sem monopólio*, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. CF, art. 173, § 1º, II.” (grifo nosso)³⁶²

Noutro julgado, embora não tenha conhecido o Recurso, o STF reconheceu que:

“A norma do art. 173, § 1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade”, pois o preceito, que se completa com o do § 2º, “visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas

361 PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 123. No mesmo sentido, lecionando que o inciso II do § 1º do art. 173 da CF se aplica às estatais que operem sem monopólio: PONTES, Fabíola Pedrosa. Exploração da atividade econômica pelo Estado à luz do artigo 173 da Constituição Federal. In: ARAÚJO, Francisco Régis Frota (coord.). *Direito constitucional econômico: reflexões e debates*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 158-159.

362 STF, ADI-MC 1552/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 17.04.1998, DJ 17.04.1998, p. 2.

que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.”³⁶³

Portanto, tendo em vista que as disposições do art. 173, § 1º, II e § 2º, da CF visam evitar que o Estado seja um concorrente privilegiado na disputa pelo mercado com os empresários particulares³⁶⁴, o que inexistente no caso de monopólio (já que o Estado é, na hipótese, o único a explorar a atividade econômica de que se trate), conclui-se que as normas constitucionais anteriormente referidas somente se aplicam à intervenção direta *por participação*, e não à intervenção direta por absorção³⁶⁵.

8. Conclusões

Por tudo quanto foi exposto no presente estudo, conclui-se, em síntese, que:

a) os monopólios são as formas pelas quais se materializa a intervenção direta do Estado no domínio econômico por absorção;

b) no monopólio o Estado assume o controle de determinada atividade econômica, excluindo a participação da iniciativa privada no referido segmento, abolindo-se no mesmo a livre concorrência;

c) enquanto a formação de monopólio privado não é desejada (art. 173, § 4º, CF), o monopólio estatal é constitucionalmente admitido por

363 STF, RE 172816/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, j. em 09.02.1994, *DJ* 13.05.1994, p. 11365.

364 Ressalte-se que esse foi o mesmo argumento utilizado pelo STJ para decidir pela inaplicabilidade do § 2º do artigo 173 da CF às empresas estatais que desempenham serviço público, “justamente porque não atuam em região onde vige a livre concorrência” (REsp 929.758/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 07.12.2010, *DJe* 14.12.2010).

365 Em sentido contrário é o entendimento de Eros Roberto Grau, segundo o qual estão sujeitas ao preceito inscrito no § 1º do art. 173 da CF mesmo as entidades que atuam em regime de monopólio (*A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 299). Seguindo tal linha de pensamento, o STF já decidiu que a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, *a*, CF) não se aplica à Petrobrás por explorar atividade econômica, sendo irrelevante a circunstância da atividade por ela desempenhada estar sujeita ao regime de monopólio (RE-AgR 285716/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 02.03.2010, *DJe*-055 divulg. 25.03.2010 public. 26.03.2010; RE-AgR 290956/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 06.04.2010, *DJe*-081 divulg. 06.05.2010 public. 07.05.2010; RE-AgR 246796/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 20.04.2010, *DJe*-096 divulg. 27.05.2010 public. 28.05.2010).

visar a proteção do interesse público quanto a determinado segmento econômico;

d) por ter a vigente Constituição privilegiado a livre iniciativa e a livre concorrência na exploração de atividade econômica (art. 170, CF), o monopólio estatal só é permitido nas hipóteses taxativamente arroladas no Texto Constitucional, não sendo possível ao legislador infraconstitucional a instituição de outros monopólios;

e) o *caput* do art. 173 da CF, que permite ao Estado a exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tem aplicação restrita aos casos de intervenção direta *por participação*, em que o Estado atua como agente da atividade econômica *em concorrência* com a iniciativa privada;

f) a interpretação do art. 173 da CF deve ser a seguinte: ressalvados os casos de monopólio – que se encontram expressa e taxativamente indicados no Texto Constitucional –, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida quando justificada pela segurança nacional ou por relevante interesse coletivo;

g) tais fundamentos – segurança nacional e interesse coletivo – não legitimam a criação de novos casos de monopólios, posto que, quanto a estes, as hipóteses admitidas já estão expressamente enumeradas na Constituição, prescindindo-se, pois, da demonstração de qualquer dos requisitos do art. 173;

h) os enunciados do art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF, segundo os quais o regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica é o mesmo das empresas privadas, não se aplica às empresas estatais que explorem atividade econômica monopolizada.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A ordem econômica e a Constituição de 1988*. Belém: CEJUP, 1997.

- BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.
- _____. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- _____. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BOITEUX, Fernando Netto. Intervenção do Estado no domínio econômico na Constituição Federal de 1988. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 61-78.
- BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios*. Curitiba: Juruá, 2000.
- CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- CASTELLANI, Fernando F. *Contribuições especiais e sua destinação*. São Paulo: Noeses, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARSHALL, Carla. *Direito constitucional: aspectos constitucionais do direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- PACIULLI, José. *Direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- PEREIRA, Tadeu Rabelo. *Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- PETTER, Lafayete Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- _____. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.
- PONTES, Fábola Pedrosa. Exploração da atividade econômica pelo Estado à luz do artigo 173 da Constituição Federal. In: ARAÚJO, Francisco Régis Frota (coord.). *Direito constitucional econômico: reflexões e debates*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 155-165.
- PONTES, Helenilson Cunha. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002, p. 377-393.
- RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *Direito econômico*. Brasília: Fortium, 2005.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova amplitude do conceito de “domínio econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-90.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 45-88.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988³⁶⁶

Rosa Oliveira de Pontes³⁶⁷

Introdução

O conceito de desenvolvimento tem evoluído, sendo influenciado por várias ciências e incorporando novas dimensões. Hoje é entendido como um processo contínuo de transformação da sociedade, com o fim de assegurar a melhoria *lato sensu* da qualidade de vida do homem no presente, garantindo o mesmo direito às futuras gerações. O tema do desenvolvimento tem voltado a despertar o interesse de pesquisadores, governos e instituições diversas assumindo lugar de destaque na agenda contemporânea, na busca de instrumentos que garantam esse desejado processo de transição para uma ordem social que possibilite melhores condições de vida para os povos.

Entretanto, um dos aspectos relevantes dessa evolução é que, a partir da década de setenta do século XX, o desenvolvimento passou a ser compreendido como direito humano fundamental e como tal passou a integrar os ordenamentos jurídicos das Nações, a exemplo do que ocorreu com a Constituição da República do Brasil de 1988.

O presente trabalho procura abordar alguns aspectos da evolução dos estudos do desenvolvimento, destacando o tratamento dado pela atual Constituição brasileira, para esse importante tema. Discute alguns aspectos conceituais da teoria do desenvolvimento e sua relação com o direito, tanto no aspecto de garantia fundamental antes abordado, quanto na importância do ordenamento jurídico para a estabilidade das relações econômicas, políticas e institucionais. Avança em rápida avaliação da abordagem conferida ao tema pelas várias constituições brasileiras até chegar à Constituição da República de 1988,

366 O presente artigo é síntese de trechos da dissertação de mestrado da autora "O modelo de desenvolvimento do polo industrial de Manaus e a discussão sobre a segurança jurídica", defendida junto a Universidade Federal da Paraíba - UFPB, em 2011.

367 Economista e advogada, Mestre em Ciências Jurídicas, pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, área de concentração - Direito Econômico.

onde é tratado de forma mais específica. Oferece também um destaque às questões locais, como a constitucionalização da Zona Franca de Manaus que é um importante vetor para o desenvolvimento do Estado do Amazonas.

Espera-se poder oferecer uma contribuição ao estudo da Carta Magna, no momento em que são comemorados os 25 anos de sua promulgação.

1. O direito e as novas dimensões do desenvolvimento

O conceito de desenvolvimento, segundo Barral³⁶⁸, passou por fases distintas com vinculações ao poder político-militar e ao poder econômico, limitando-se às referências de crescimento econômico, até atingir o momento atual de compreensão mais ampla, inclusive, com fundamentos na ordem sociojurídica, onde passa a ser compreendido como um direito fundamental dos povos. É inegável que a evolução da teoria do desenvolvimento está associada com a história do pensamento econômico e, segundo Souza,³⁶⁹ “tem raízes teóricas e empíricas, originadas na maior parte dos casos das crises econômicas do sistema capitalista”.

Nesse sentido, vale refletir sobre os ensinamentos de Bobbio³⁷⁰ quando destaca que o elenco de direitos do homem tem sofrido modificações profundas decorrentes de alterações das condições históricas, das relações de poder, assim como das transformações tecnológicas, dentre outras. Desse modo, destaca o autor, direitos que foram considerados absolutos deixam de ter relevância, enquanto outros que nem sequer eram cogitados passam a ser proclamados com grande evidência, integrando as declarações de organismos internacionais e o ordenamento jurídico dos países. Foi o que se deu com o direito ao desenvolvimento.

Os estudos sobre a temática do desenvolvimento não estão mais circunscritos às avaliações econômicas. O conceito de desenvolvimento tem sido ampliado passando a ser integrado de outras dimensões

368 BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: _____. (Org.) *Direito e desenvolvimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 32.

369 SOUSA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.

370 BOOBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

relativas aos aspectos social, cultural, ambiental e, mais recentemente, a liberdade, como elemento essencial.

Esse último aspecto é defendido por Amartya Sen³⁷¹, para quem o desenvolvimento deve consistir na “eliminação das privações de liberdades que limitam as escolhas e oportunidades das pessoas”, sendo o principal fim e o meio do desenvolvimento. Segundo o autor, essa eliminação é “constitutiva do desenvolvimento”, sendo indispensável que sejam removidas a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social, a má qualidade dos serviços públicos e a repressão estatal.³⁷² Em seus estudos, conclui que esses elementos ligam-se uns aos outros possibilitando o aumento da liberdade em geral. Em síntese, alerta que a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social ou política e vice-versa.

Aliando-se a Sen, Ignacy Sachs faz a seguinte reflexão:

[...] quando falamos do desenvolvimento em termos de *libertação*, estamos diante de algo mais que uma metáfora. Na realidade, ele passa pela libertação humana com relação à opressão material, o que supõe partilha equitativa dos bens e a supressão de todos os entraves que impedem seu desabrochar, na busca de uma *melhor situação*.³⁷³

Celso Furtado ao estabelecer a distinção entre crescimento e desenvolvimento ensina:

O crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação do privilégio das elites que satisfazem o seu afã de modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria

371 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

372 SEN, Amartya, op. cit., p. 18.

373 SACHS, Ignacy. *O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos*. Disponível em: <www.iea.usp.br/iea/revistas/coletaneas/econodesen/index.html>. Acesso em: 14 jul. 2010. p. 151.

das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento.³⁷⁴

Buscando estabelecer uma síntese, Vera Cepêda destaca:

Desenvolver significa modernizar tanto as relações de produção quanto as formas sociais de convivência, envolvendo nesse percurso produção e técnica, arte, cultura e educação, organização e participação política, reestruturação do mundo rural e preeminência dos aparatos urbanos, remodelação da função do Estado, novo enfoque sobre os mecanismos de acumulação e distribuição do capital, etc.³⁷⁵

De fato, a visão de desenvolvimento desses autores, como de muitos outros, leva à reflexão de que se está diante de um processo de transição de um patamar para outro no sentido de transformação da ordem social, numa perspectiva dinâmica que sugere sucessão de circunstâncias e uma comparação no tempo³⁷⁶, em que estão envolvidos vários atores e no ambiente onde o papel e a maturidade das organizações econômicas, sociais e políticas são fundamentais.

Revestido de nova dimensão, o desenvolvimento passou a ser considerado um direito do homem com o atributo de essencialidade, ou seja, direito fundamental humano. O direito ao desenvolvimento, a exemplo do que se deu com outros direitos surgidos no século XX, e, num processo de evolução, passou a integrar os estatutos jurídicos de diversos países. Tanto é assim, que suas bases já se encontravam presentes na Declaração da Filadélfia da OIT de 1944, na Carta da ONU de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Essa formulação conceitual foi reconhecida em 1977, pela Comissão de Direitos Humanos da ONU e, a UNESCO, em 1978, fê-lo constar na Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais.

374 FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. *Revista de Economia Política* 24(4): 483-486. Discurso na cerimônia de abertura da III Conferência Internacional Celso Furtado, Rio de Janeiro, URFJ, 2004, p. 484.

375 CEPÊDA, Vera Alves. *Celso Furtado e a interpretação do subdesenvolvimento*. In: LIMA, Costa Marcos e DAVID, Maurício Dias. *A atualidade do pensamento de Celso Furtado*. São Paulo: Francis, 2008, p. 49.

376 SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.22, 23 e 49.

Em 1981, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas como um direito humano inalienável.³⁷⁷ Pouco depois, em 1986, foi expedida a Resolução n.º 41/28, da ONU, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabelecendo, em seu preâmbulo, que:

[...] o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento de bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.³⁷⁸

E em seu art. 1º dispõe que

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.³⁷⁹

Esses dispositivos consagram o direito ao desenvolvimento como sendo ao mesmo tempo um direito individual, inerente a todo ser humano, assim como, um direito de todos os povos. Desse modo, é um direito a ser observado e concretizado por todos os Estados nos planos interno e internacional. Constituindo obrigação estatal formular e implementar políticas públicas aptas a concretizar, na sua plenitude, tal direito.

A análise do desenvolvimento sob a ótica do direito deve obedecer a dois enfoques distintos. O primeiro está expresso nas normas jurí-

377 OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanco Marcus de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanco Marcus de Alencar (Orgs). *Regulação Econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a ótica do direito econômico*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 65-69.

378 ONU. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. 4 de dezembro de 1986.

379 Op. cit.

dicas que norteiam a atuação do Estado em prol do desenvolvimento, tratando-se, pois, do *direito do desenvolvimento* e compõe o horizonte de estudo do Direito Internacional, mais especialmente do Direito Internacional Econômico. Celso Mello³⁸⁰ assevera que o direito internacional do desenvolvimento é um direito em elaboração que pretende tornar jurídico no plano internacional a ideia de solidariedade, tratando-se de um direito finalista, cujo resultado a alcançar é o desaparecimento da situação de subdesenvolvimento, o que também é destacado por Maria Manuela Silva.³⁸¹

Welber Barral³⁸² observa ser relevante analisar as relações entre o direito e o desenvolvimento com foco na ordem jurídica e nas implicações que pode acarretar. Nesse sentido, afirma que:

O sistema pode compreender normas pouco claras e ineficientes, que criam um custo para os contratos privados. Finalmente, porque sistemas judiciais ineficientes provocam consequências econômicas negativas, derivadas da incerteza jurídica e da incapacidade de garantir o cumprimento das obrigações sociais e privadas.³⁸³

O autor elenca os elementos que devem ser destacados para que a ordem jurídica não se constitua “empecilho à promoção do desenvolvimento”. O primeiro é a existência de regras claras, pois a imprecisão e a instabilidade são fatores impeditivos ou restritivos para os investimentos e geração de riquezas e afetando as “garantias de liberdades e confiança na estrutura social.”³⁸⁴

Barral afirma que

“a existência de uma regra ruim no conjunto normativo ainda é menos prejudicial à lógica do desenvolvimento do que uma regra instável; uma regra ruim pode ser modificada pelo debate público pelo processo legislativo, uma regra instável acaba se acomodando a gru-

380 MELLO, Celso D.de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 26.

381 SILVA, Maria Manuela Dias Marques Magalhães. *Direito internacional do desenvolvimento: breve abordagem*. Porto: Universidade Portucalense, 1996. p. 89.

382 BARRAL, Welber, op. cit., p. 47.

383 Ibid.

384 Ibid., p. 50-51.

pos sociais com maior influência, deslegitimando a própria existência do sistema jurídico”.³⁸⁵

O segundo é o tratamento equitativo dos cidadãos, pois a diferença no tratamento torna o sistema jurídico injusto, destrói o capital social e compromete os valores da sociedade em geral. O terceiro é a necessidade de participação democrática, tanto como elemento ativo no processo legislativo quanto na implementação das leis e sua fiscalização. O quarto é a eficiência do judiciário para garantir, o que o autor denomina de papel positivo da ordem jurídica na promoção do desenvolvimento.

Nesse mesmo sentido Salama³⁸⁶, analisando estudos de Douglass-North, considera que no processo de desenvolvimento há uma interação entre política e economia e, desse modo, abre-se um espaço para que se pense o direito como mediador entre estas. O autor destaca o que North denomina de “terceiro enigma” do desenvolvimento que é “como o direito afeta o crescimento econômico” demonstrando que existe um ambiente de tensão entre as duas características importantes para a boa ordem jurídica, quais sejam: a necessidade de estabilidade e o amparo institucional ao desenvolvimento da ordem social, onde se espera flexibilidade e possibilidade de mudança. Enfim, que exista ordem jurídica estável, mas que ao mesmo tempo o direito evolua adequando-se a cada novo momento do processo de desenvolvimento.

O segundo enfoque da análise do desenvolvimento sob a ótica do direito representa a possibilidade de acesso de todos a melhores condições de vida, com incrementos constantes de bem-estar e que implica na participação de países, comunidades e pessoas na melhoria das formas de produção. Esta dimensão vem sendo reconhecida como o *direito ao desenvolvimento*. Para Espiell,³⁸⁷ deve fundar-se no reconhecimento do direito de todo homem a uma vida livre e digna, ao direito de ir e vir e de desejar uma existência cada vez melhor, sendo que o progresso só se justifica quando serve para melhorar a condição

385 BARRAL, Welber, op. cit., p. 50-51.

386 SALAMA, Bruno Meyerhof, op. cit., p. 49, 51 e 52.

387 BARRAL, Welber, op. cit., p. 25.

econômica, social e cultural das pessoas. Cançado Trindade³⁸⁸ ressalta que o direito ao desenvolvimento é parte integrante dos direitos fundamentais, tomando o ser humano como o sujeito central do desenvolvimento.

A atual lógica de organização da sociedade e de desenvolvimento-preconizadanos dias atuais não atende aos anseios e às necessidades do homem, sendo incapaz de assegurar melhores condições de vida com a erradicação da pobreza, ressaltando-se que a pessoa humana deve ser o sujeito central do desenvolvimento na qualidade de titular dos direitos humanos essenciais.³⁸⁹ O desenvolvimento deve considerar o conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais com políticas voltadas aos direitos humanos. “O novo direito ao desenvolvimento está fundado na solidariedade, na superação da miséria, na melhoria das condições socioeconômicas, na força criadora do poder comunitário e no favorecimento da realização integral da pessoa humana com dignidade”.³⁹⁰

O direito ao desenvolvimento é considerado, pois, um direito fundamental de terceira geração ou dimensão, tendo por base a orientação doutrinária que classifica esses direitos de acordo com o bem jurídico tutelado. Desse modo, são de terceira geração ou dimensão os direitos “que cuidam da tutela de interesses transindividuais da sociedade, a fim de promover a coexistência pacífica e fraterna dos indivíduos como um todo”.³⁹¹ Em síntese, tem-se que “o *direito ao desenvolvimento* é uma garantia, enquanto o *direito do desenvolvimento* deve funcionar como um instrumento jurídico e econômico”.³⁹²

388 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 309. v. 2.

389 WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKEMER, Maria de Fátima S. Direitos Humanos e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 61.

390 WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKEMER, Maria de Fátima S, op. cit., p. 61.

391 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 39.

392 DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 107.

2. O direito ao desenvolvimento e a Constituição da República de 1988

A constitucionalização do direito ao desenvolvimento deve ser entendida como um processo que foi se consolidando a partir da abrangência do conceito de desenvolvimento, envolvendo outras variáveis e ultrapassando o foco meramente econômico como já afirmado alhures. Esse movimento contribuiu, inclusive, para mudanças no perfil do Estado que já vinha sendo alterado desde a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, e que serviu de motivação para a constitucionalização de reivindicações econômicas e sociais, contribuindo para que o Estado, mesmo mantendo a sua linha predominante capitalista, em vários países, caminhasse na direção da democracia social.³⁹³

A história do constitucionalismo brasileiro revela que as cartas políticas do País, apesar de contarem com alguns dispositivos relativos à organização econômica nacional, entre os quais a garantia do direito de propriedade, da livre iniciativa e da concorrência, como é o caso da Constituição do Império de 1824,³⁹⁴ ou, ainda, de livre associação e de exercício de qualquer “profissão moral, intelectual e industrial” como trata a Constituição de 1891,³⁹⁵ foi somente a Constituição de 1934 que trouxe em seu texto um título específico com dispositivos que regulam a ordem econômica e social.³⁹⁶

Em seu art. 115 a carta getulista estabelecia que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade de iniciativa”.³⁹⁷ Entretanto, não trata expressamente do desenvolvimento como objetivo nacional.

393SILVA, MARIA Beatriz Oliveira da. *Desenvolvimento (sustentável) no Brasil de Lula: uma abordagem jurídico ambiental*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. São Paulo: Anita Garibaldi, 2009. p. 91.

394Art. 179, incisos XIV, XXII, XXV XXVI.

395Art. 72, §8º e §24.

396TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.p. 94, 104 e 105.

397BRASIL. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. p. 171.

A Constituição de 1946 dispôs sobre a ordem econômica numa perspectiva de valorização do trabalho humano e, apesar de não tratar expressamente sobre o papel do Estado no desenvolvimento nacional, estabelece alguns dispositivos que remetem a uma preocupação com as questões regionais, ao prever nos artigos 198 e 199 a forma de destinação de recursos da União para os planos de assistência econômica e social do Nordeste e para o plano de valorização da Amazônia.³⁹⁸

A Constituição de 1967, ao prever os princípios da ordem econômica, definiu entre eles o desenvolvimento econômico, sendo a primeira a fazê-lo diretamente.³⁹⁹ Entretanto, conforme assinala André Ramos Tavares,⁴⁰⁰ baseado em estudo de vários constitucionalistas, a ordem econômica traçada não tem contornos precisos e nenhum de seus incisos tem relação efetiva com o restante do texto constitucional. O destaque ao desenvolvimento econômico demonstra a sua prioridade em relação ao político e ao social, característica do Estado desenvolvimentista militar. De outro lado, cabe ressaltar que a Constituição de 1967, com a emenda de 1969, serviu de base para legitimar o amplo intervencionismo do Estado.

Depois de atravessar um longo período de ditadura militar (1964-1985), a busca pela retomada da democratização teve como ápice a promulgação da Constituição da República de 1988, que se propôs a instituir um novo perfil do Estado com ênfase na democracia e no direito. Já em seu preâmbulo apresenta a manifestação dos valores que serão assegurados pelo Estado Democrático, destacando-se os “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

O desenvolvimento nacional, previsto desde o preâmbulo, se constituiu no eixo do texto constitucional como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, II), demonstrando que no Estado Democrático a ser instituído deve ser o fio condutor, com vistas à garantia do bem-estar do povo brasileiro. Desse modo, a Carta de 1988⁴⁰¹ inclui em vários dispositivos, direta ou indiretamente, esse propósito, des-

398TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 295.

399Ibid., p. 395.

400Ibid., p. 116.

401BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

tacando-se: definição, dentre as competências da União, da instituição de diretrizes para o planejamento urbano (art. 21, XX); previsão de competência comum para definir a fixação de normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os municípios, objetivando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacional (art. 23, parágrafo único); possibilidade de articulação da União, visando reduzir as desigualdades regionais, podendo se utilizar de integração para o planejamento e execução de planos de desenvolvimento, assim como da instituição de incentivos fiscais e extrafiscais (art. 43).

No mesmo sentido, encontra-se definido na Constituição da República de 1988 o papel do legislativo em apreciar planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (o art. 49); a possibilidade de a União instituir incentivos fiscais (art. 151); o estabelecimento dos princípios da ordem econômica em que o desenvolvimento nacional encontra-se implícito em todos os itens (art. 170); a definição do papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica e responsável em exercer as funções do planejamento do desenvolvimento nacional (art. 171); a previsão das regras para o planejamento urbano das cidades (art. 182); e a definição da atuação do Estado no estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 200, V e 218). Esse conjunto normativo, dentre outros, estabelece as bases constitucionais do direito ao desenvolvimento.

Liliana Locatelli⁴⁰² destaca que a CR/88 é uma constituição programática. Assim, os princípios nela contidos e os objetivos fixados devem nortear a forma de interpretação dos demais dispositivos constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional. Desse modo, demonstra que o art. 3.º não especifica “os contornos do desenvolvimento almejado”, serão, assim, os demais dispositivos que irão ajudar na interpretação dos valores considerados relevantes pelo legislador. A autora destaca a importância do planejamento como instrumento do desenvolvimento na CR/88, que visa à promoção do desenvolvimento equilibrado minimizando as diferenças econômicas e sociais e regionais.

402LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 98.

Nesse sentido, Eros Grau⁴⁰³ ressalta o papel do planejamento que, juntamente com os incentivos previstos pelo constituinte de 1988, são dever-poder do Estado.

Desse contexto, pode-se inferir que o art. 170 da Constituição da República deve ser compreendido como uma norma constitucional que, ao expressar os princípios da ordem econômica, com vistas à produção de bens e serviços no país, garanta também a elevação da qualidade de vida da população e o acesso ao almejado desenvolvimento, compreendido não apenas como o incremento produtivo, e sim na efetiva distribuição da riqueza no corpo social.

Sob outro enfoque, o art. 170, inciso VI, da Constituição da República estabelece como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, conclui-se que o texto constitucional prevê a necessidade de harmonização entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental, e, como destaca Maria Beatriz da Silva,⁴⁰⁴ “incorpora a linguagem do desenvolvimento sustentável à ordem econômica”. Nesse aspecto, Marcelo de Souza e Ricardo Carneiro, afirmam que “a matriz constitucional não consagra a regra da intocabilidade do meio ambiente, mas, ao contrário, a da utilização equilibrada e racional”.⁴⁰⁵

Esses aspectos são ressaltados no *caput* do art. 225, que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como a imposição ao Poder Público e à coletividade o dever de sua defesa e preservação “para as presentes e futuras gerações”. Para Paulo Affonso Leme Machado,⁴⁰⁶ o que pode ser considerado novidade no conceito é ter introduzido “as gerações futuras não só como interessadas, mas como titulares de direitos em relação ao desenvolvimento”. Desse modo, afirma que no Brasil o princípio do desenvolvimento sustentável tem natureza de obrigatoriedade para o poder público e para a coletividade. É “direito-dever”, conforme o preceito constitucional antes transcrito. Através de uma interpretação ampla desses dispositivos

403 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 305.

404 SILVA, Maria Beatriz Oliveira da., op. cit., p. 94.

405 SOUZA, Marcelo Gomes; CARNEIRO, Ricardo. Mineração e desenvolvimento sustentável: a possibilidade de lavra em áreas de preservação permanente. In: SILVA, Bruno Campos (Org.). *Direito Ambiental*. Enfoques variados. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 390.

406 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 271 - 218.

constitucionais e considerando a natureza de normas programáticas da Constituição de 1988 se conclui que a carta política também traz implícito o princípio do direito ao desenvolvimento sustentável.

3. A previsão constitucional dos incentivos fiscais como instrumentos para o desenvolvimento e a constitucionalização da Zona Franca de Manaus

As reflexões sobre o direito e o desenvolvimento, tanto quanto garantia constitucional quanto como instrumento jurídico que norteia a ação dos poderes do Estado na promoção de políticas governamentais, é de grande relevância para a Amazônia e, em particular, para o do Estado do Amazonas, cujo principal instrumento de desenvolvimento recente está pautado no modelo da Zona Franca de Manaus, que estruturada nos incentivos fiscais, que tem como base os conceitos de extrafiscalidade.

Segundo Hermano Barbosa,⁴⁰⁷ “identifica-se a extrafiscalidade sempre que a administração pública pretende, por meio da atividade impositiva, prestigiar um determinado valor ou interesse, cuja relevância estaria a demandar a intervenção direta do Estado com vistas à sua promoção ou preservação.” Essa natureza do tributo se manifesta quando o Estado exerce a sua atividade financeira para promover a ordenação ou a reordenação da economia, sem a finalidade de obter recursos para o erário.⁴⁰⁸

A extrafiscalidade é considerada um dos meios mais importantes para o Estado atingir objetivos sociais e econômicos, integrando a atividade arrecadatória com o desenvolvimento das sociedades, estando a concessão de incentivos fiscais legitimada pelo uso da extrafiscalidade e sua validade restrita ao atendimento das normas e princípios constitucionais. Desse modo, a função extrafiscal dos tributos vem re-

407 BARBOSA, Hermano Antônio do Cabo Notaroberto. Regulação econômica e tributação: o papel dos incentivos fiscais. In: DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008. p. 262.

408 FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 48.

cebendo a atenção de muitos estudiosos, sendo cada vez mais aplicada pelos governantes.⁴⁰⁹⁴¹⁰

Vários doutrinadores conceituam os incentivos fiscais. Para Marcos André Catão⁴¹¹, por exemplo, “são instrumentos de desoneração tributária, aprovados pelo próprio ente político autorizado à instituição do tributo, por meio de veículo legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de sua concessão, a teor do que preceitua o art. 165, § 6.º, da CF”

André Elali⁴¹² destaca a relevância dos incentivos na busca do desenvolvimento, traçando para estes os seguintes objetivos:

i) a redução das desigualdades regionais; ii) a promoção do emprego, “particularmente em áreas onde o desemprego é grande ou os empregos destinados a certas categorias de trabalhadores”; iii) a captação de investimentos a fim de promover a atividade econômica e empresarial do País; iv) a reestruturação de empresas de base e de determinados setores econômicos considerados prioritários; v) o fomento às exportações.

O estudo do sistema constitucional tributário evidencia a “matriz extrafiscal da tributação brasileira”.⁴¹³ Vários são os dispositivos em que o legislador demonstra essa vertente com o respaldo constitucional aos incentivos, encontrando sustentação a partir do preâmbulo da Carta Política, quando os constituintes manifestaram propósitos, entre outros, de assegurar o desenvolvimento do País. Reafirmando tal intenção, a Constituição de 1988 definiu uma base principiológica

409 CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

410 PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão de incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editores, 2007. p.18.

411 CATÃO, Marcos André Vinhas. Op. cit., p. 13.

412 ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Elali, André; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editores, 2007. p. 66.

413 TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. A capacidade contributiva na tributação extrafiscal. In: DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008. p. 95.

manifestada desde seu art. 3.º, incisos II e III que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Esses objetivos, quando associados aos princípios gerais da ordem econômica, demonstram a intenção do legislador em promover a organização do Estado brasileiro com vistas à promoção do desenvolvimento econômico sem esquecer a importância da vertente social. Veja-se o art. 170 da CR/88, que dispõe sobre a ordem econômica com vistas a “assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social” guardando observância a vários princípios, dentre os quais se destaca o do inciso VII daquele artigo, que é a redução das desigualdades regionais e sociais, novamente ressaltado. Esse tema é mais uma vez tratado no art. 165, §7.º, ao estabelecer que a atividade orçamentária e de planejamento terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo o critério populacional. O art. 174 define o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento determinante para o setor público e indicativo para o segmento privado.

O texto constitucional é repleto de dispositivos que preveem a possibilidade de concessão de incentivos regionais ou setoriais. Merecem destaque o art. 43, §2.º, III, que estabelece rol não taxativo de espécies de incentivos fiscais que podem ser aplicados para atender aos objetivos “do desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais,” e o art. 151, I, que veda a instituição de tributo que “não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a município, em detrimento de outro”. Mesmo com essa restrição ao poder de tributar, o próprio artigo excetua “a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”.

Deve ser ressaltado, ainda, o art. 40 do ADCT da CR que constitucionalizou os incentivos da Zona Franca de Manaus, mantendo-a com todas as suas características originais, pelo prazo de vinte e cinco anos a contar da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, cujo prazo foi posteriormente prorrogado pela Emenda Cons-

titucional 42/03 até 2023. É se destacar Propostas de Emenda à Constituição, em tramitação, que preveem a prorrogação da Zona Franca de Manaus, por mais cinquenta anos, além de sua expansão territorial.

Apesar desse histórico, a Zona Franca de Manaus tem sido constantemente alvo de questionamentos, com debates jurídicos e necessidade periódica de acionar o Poder Judiciário para garantir os direitos que foram assegurados pela Constituição Federal de 1988. Alguns juristas vêm tratando da matéria demonstrando a impropriedade dos questionamentos à luz dos mandamentos constitucionais.

Dentre estes, destaca-se Marco Aurélio Greco⁴¹⁴, para quem ao fazer a análise do art. 40 do ADCT da CR/88 é indispensável observar três importantes diretrizes constitucionais que consagram a posição estatal diante da realidade regional e setorial. A primeira resulta do art. 174 da Constituição que prevê a atuação do Estado e sua intervenção no domínio econômico, na qualidade de agente normativo ou regulador, ação positiva diante da realidade a ser modificada, no sentido de incentivar, estimular e apoiar as atividades lícitas. Sintetiza o estudo que são vedadas discriminações negativas injustificadas, devendo o Estado atuar positivamente. A segunda diretriz associa-se ao objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais que exige um enfrentamento, antevisto pelo constituinte ao expressar essa vontade em vários outros dispositivos da Carta Magna.

Desse modo, conclui Greco⁴¹⁵ que “agir no sentido da redução da desigualdade regional, mais do que uma diretriz positiva, é um *dever de agir* do Poder Público”, cuja inércia é hipótese de violação. A terceira diretriz tem como indicador o §1.º do art. 41 do ADCT que revogou todos os incentivos fiscais setoriais não confirmados por lei até outubro de 1990,⁴¹⁶ o que permite inferir que a CR/88, ao extinguir estes incentivos buscou evitar as distorções que podem ser causadas por restrições à liberdade e à competição. Assim, se de um lado extinguiu

414 GRECO, Marco Aurélio. Reedição de Medidas Provisórias e Abuso do poder de Legislar-Incentivos à Informática e ZFM. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 66. São Paulo: Dialética, mar. 2001, p. 134-136.

415 GRECO, Marco Aurélio. Reedição de Medidas Provisórias [...] - Incentivos à Informática e ZFM, op. cit. p. 135.

416 Destaque-se que a CF/88 ressalvou os estímulos de apoio à ciência e tecnologia, previsto no § 4.º, do art. 218.

os incentivos setoriais, de outro ressaltou os incentivos regionais estabelecendo diretriz coerente com os valores e objetivos traçados.

Esse é o contexto que deve nortear a interpretação do art. 40 do ADCT, ou seja, diante da constatação da indiscutível desigualdade regional, o constituinte preservou a ZFM como instrumento de fomento econômico direto do Estado do Amazonas e indireto dos demais Estados que integram a Amazônia Ocidental, ao que Greco⁴¹⁷ considera que, neste caso, a postura do Estado “não basta ser positiva ou de não prejudicar, mas corresponde um *dever agir positivamente*”, alertando, ainda, que os objetivos fundamentais são preceitos que devem ser observados não somente pela União, mas pela sociedade civil concretizados pelos entes estatais de todos os níveis.⁴¹⁸

4. Conclusão

A título conclusivo, é válido retomar considerações já oferecidas no sentido de que o desenvolvimento como direito humano integrou a Constituição e passou a ser considerado um valor supremo da sociedade brasileira, constante do preâmbulo da Constituição da Federal de 1988 e consagrado pelo constituinte como objetivo fundamental da República. De igual modo, incluiu a redução das desigualdades sociais e regionais dentre esses objetivos, levando a crer que pretendeu deixar claro que o desenvolvimento como valor maior não pode ser concebido para apenas uma parte do território nacional, mas para as suas diversas regiões na medida das suas vocações e potencialidades.

Para estimular as atividades econômicas em regiões mais carentes o constituinte autoriza a criação de incentivos fiscais, ampliando as vantagens locacionais, de modo a promover a atração de investimentos, contribuindo para a geração de emprego e renda, como um efetivo instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico para garantir o desenvolvimento regional.

417 GRECO, Marco Aurélio. Reedição de Medidas Provisórias [...] - Incentivos à Informática e ZFM, op. cit., p. 135.

418 GRECO, Marco Aurélio. Zona Franca de Manaus. Garantia de manutenção da diferença. Bens de informática e incentivos fiscais de ICMS concedidos por outro Estado. Discriminação em relação à ZFM. Incompatibilidade com os objetivos constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto; PEIXOTO, Magalhães Marcelo. *Tributação da Zona Franca de Manaus: comemoração aos 40 anos da ZFM*. São Paulo: MP Editora. 2008. p. 526.

No que diz respeito ao desenvolvimento do Estado do Amazonas e, em especial à Zona Franca de Manaus, em que pese a clareza dos objetivos expressos na Constituição e à interpretação doutrinária daqueles que se dedicam a estudar a matéria, nem sempre tem sido adequado o entendimento, em todos os níveis, da sua relevância no contexto amazônico e, corriqueiramente, é alvo de medidas ou novos regramentos que impactam o desempenho das atividades econômicas da ZFM, em especial, do Polo Industrial de Manaus, principalmente, a partir de 1990, em flagrante infringência à segurança jurídica.

Nunca é demais declarar que os povos amazônicos têm *direito ao desenvolvimento*, preservadas as suas especificidades e o respeito absoluto à sua multiculturalidade.

Referências

BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. Regulação econômica e tributação: o papel dos incentivos fiscais. In: DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP Editora, 2008. p. 237-298.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: _____. (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 31-60.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituições do Brasil de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em: 13 jun 2011

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CEPÊDA, Vera Alves. Celso Furtado e a interpretação do subdesenvolvimento. In: LIMA, Costa Marcos e DAVID, Maurício Dias. *A atualidade do pensamento de Celso Furtado*. São Paulo: Francis, 2008, p. 43-63.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Elali, André; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editores, 2007. p. 37-64.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. *Revista de Economia Política* 24(4): 483-486. Discurso na cerimônia de abertura da III Conferência Internacional Celso Furtado. Rio de Janeiro: URFJ, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. Parecer - Reedição de Medidas Provisórias e Abuso do poder de Legislar- Incentivos à Informática e ZFM. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 66, p. 130-156, mar. 2001.

_____. Zona Franca de Manaus. Garantia de manutenção da diferença. Bens de informática e incentivos fiscais de ICMS concedidos por outro Estado. Discriminação em relação à ZFM. Incompatibilidade com os objetivos constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS FILHO, Carlos Alberto; PEIXOTO, Magalhães Marcelo. *Tributação da Zona Franca de Manaus: comemoração aos 40 anos da ZFM*. São Paulo: MP Editora. 2008. p. 507-557.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 95-117.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, YancoMarcus de Alencar. A governança pública e o estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, YancoMarcus de Alencar (orgs.). *Regulação econômica e prote-*

ção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 41-89.

ONU. *Declaração sobre direito ao desenvolvimento.* Resolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas. 4 de dezembro de 1986.

PIRES, Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão de incentivos fiscais no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; Elali, André; Peixoto, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal.* São Paulo: MP Editores, 2007. p. 15-34.

SACHS, Ignacy. *O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos.* Disponível em: <www.iea.usp.br/iea/revistas/coletaneas/econo-desen/index.html>. Acesso em: 14 jul. 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento.* São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21-57.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Desenvolvimento (sustentável) no Brasil de Lula: uma abordagem jurídico-ambiental.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC. São Paulo: Anita Garibaldi, 2009.

SILVA, Maria Manuela Dias Marques Magalhães. *Direito internacional do desenvolvimento: breve abordagem.* Porto: Universidade Portucalense, 1996. Série, v.4, n.1 (jan.-jun.)

SOUZA, Marcelo Gomes; CARNEIRO, Ricardo. Mineração e desenvolvimento sustentável: a possibilidade de lavra em áreas de preservação permanente. In: SILVA, Bruno Campos (Org.). *Direito Ambiental. Enfoques variados.* São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento econômico.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.* 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. A capacidade contributiva na tributação extrafiscal. In: DOMINGUES, José Marcos (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas.* São Paulo: MP Editora, 2008. p. 59-111.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos.* v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S. Direitos Humanos e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvol-*

vimento: análise jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 61-72.

A ADPF 130/09 E OS NOVOS PARADIGMAS PARA ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DE IMPRENSA

*Júlio Antonio Lopes*⁴¹⁹
*Olivar Durães Filho*⁴²⁰

RESUMO: Este artigo tem por objeto a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)nº130, cujo relator foi o ministro Ayres Britto, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que considerou como não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), estabelecendo novos paradigmas para o enfrentamento das questões relacionadas à liberdade de pensamento, de informação e de comunicação.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, Lei de Imprensa, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Censura nunca mais. 3. Não pode haver outra “Lei de Imprensa” e nem legislação criminal diferenciada para jornalistas. 4. Autorregulação. 5. A calibração cronológica e a primazia do direito de informação. 6. A imprensa e o agente público, políticos e membro do Judiciário. 7. A cláusula de modicidade e a impossibilidade de se levar em conta o fato de a suposta ofensa ter sido divulgada pelos meios de comunicação para quantificar o dano moral. 8. Liberdade de imprensa e liberdade de expressão do pensamento. 9. Internet. 10. Efeitos jurídicos da decisão.

419 Advogado, diretor jurídico da Rede Calderaro de Comunicação, jornalista, conselheiro da Editora da Amazônia e membro da Academia Amazonense de Letras. Em 2013 recebeu o Troféu Dom Quixote, conferido pela Confraria Dom Quixote e pela revista Justiça e Cidadania.

420 Advogado.

1. Introdução

É fato: muita gente ainda não se debruçou sobre a decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF n°130, que retirou do ordenamento jurídico pátrio a Lei 5.250/67.

Digo isto porque, na prática, na condição de advogado de jornalistas e de órgãos de comunicação, percebo que os julgadores, em bom número, ainda definem algumas questões, sobretudo as de danos morais, com base em conceitos doutrinários ou jurisprudenciais superados pelo entendimento da Corte Maior do país. E o que é mais intrigante, partindo da premissa falsa de que os direitos de expressão do pensamento e de comunicação, quando em confronto com os direitos à honra, imagem, intimidade e privacidade, a estes devem ceder.

O discurso contido em algumas sentenças e acórdãos tenta disfarçar esta, digamos assim, inclinação, mas a verdade é que, mesmo invocando a técnica de hermenêutica apropriada, a ponderação, acabam por identificar abusos e fantasmas em quase tudo o que a imprensa veicula, como se, em seu seio, os profissionais estivessem sempre engendrando fórmulas para denegrir o protagonista da informação.

A Lei 5.250/67 era um dos mecanismos daquilo que se convencionou chamar de “entulho autoritário”, eis que concebido em plena a ditadura militar instalada no Brasil a partir de 1964 para servir, mesmo, de elemento de tutela e de coerção à liberdade de expressão do pensamento e de comunicação. Ela atendia aos interesses e ao contexto de um regime de força, sendo incrível que sobrevivesse por 42 longos anos, 21 anos ainda depois do retorno do país ao Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Cidadã!

Não há dúvidas, portanto, de que o constituinte de 1988, refletindo os anseios da sociedade, quis devolver-lhe, de forma plena, aquilo que lhe fora roubado: a liberdade de pensar, de expressar seu pensamento, de comunicar-se, de informar-se e de ser informado, enfim, por qualquer meio ou veículo, sem receio de censuras ou quaisquer outras punições. Daí porque a Constituição de 1988 tornou-se a portadora de um grande bloco normativo, inserido tanto no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas quanto no capítulo da Comunicação Social, a revelar-lhe, com eloquência, a primazia em nosso ordenamento jurídico.

Em 2009, em mais um julgamento histórico, o STF deu a última palavra. E fixou os parâmetros a serem observados em casos do gênero. Este trabalho faz uma síntese da referida decisão e pretende colaborar, modestamente, para o debate e para o resgate definitivo dos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação como preferenciais na história dos povos livres e na presente ordem jurídica brasileira.

2. Censura nunca mais

Logo no §2º do art. 1º a Lei 5.250/67 institucionalizava a censura ao dizer que não se aplicava o caput, cujo teor apresentava como “livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio”, a espetáculos diversões públicas, além de estendê-la a jornais, periódicos, empresas de radio-difusão e agências noticiosas na hipótese de estado de sítio.

Como já se vivia num regime de exceção, e logo no ano seguinte viria o AI 5, a censura se generalizou. Na música, no cinema, no teatro, na literatura, na televisão, na imprensa. Cantores como Geraldo Vandré, Chico Buarque, Caetano Veloso, Gilberto Gil, Odair José, dentre outros, tiveram suas músicas proscritas, foram perseguidos ou precisaram se exilar. Consta no site da memória do cinema brasileiro que entre as décadas de 60 a 80 ao menos 444 filmes foram censurados, como “Terra em Transe”, de Glauber Rocha, e “O bandido da luz Vermelha”, de Rogério Sganzeria. Centenas de peças de teatro, como “Liberdade, liberdade”, “Navalha na carne” e “Roda Viva” também foram vítimas do mesmo tacão e atores já consagrados, como Walmor Chagas, Cacilda Becker, Ruth Escobar e Norma Bengel experimentaram toda sorte de vexames no exercício de suas profissões, a última, inclusive, chegou a ser sequestrada. Os livros não ficaram de fora. O grande Jorge Amado teve obras censuradas em várias plataformas: na literatura, no teatro e na televisão. Ao lado dele figuraram outros nomes ilustres do mundo das letras como Ferreira Gullar, Millôr Fernandes, Moacir Scliar, Carlos Heitor Cony, Celso Furtado e Rubem Fonseca. Na TV, o meio de comunicação de maior alcance, o caso mais famoso foi o da novela “Roque Santeiro”, de Dias Gomes. E por aí vai.

Jornais e revistas de todo o País tiveram censores em suas redações. Jornalistas eram convocados para depor e eram presos por supostos “crimes de opinião”. Alguns chegaram a ser torturados. Wladimir Herzog, então diretor da TV Cultura, foi morto numa cela do DOI-CODI, em São Paulo. Em reação contra a censura os jornais usavam os mais diversos expedientes: O Estado de São Paulo publicava trechos de “Os Lusíadas”, de Camões; o Jornal da Tarde reproduzia receita de bolos no lugar das matérias cortadas; o Jornal do Brasil teve a sua sede ocupada por oficiais do Exército. Periódicos que defendiam ideais de esquerda, como o Correio da Manhã, a Última Hora, a Folha da Semana e o Semanário tiveram suas redações invadidas e oficinas depredadas. Até a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) sofreu atentando à bomba.

Ninguém, portanto, na época em que a Constituição atual foi escrita (1987/1988), suportava mais ficar com a voz presa na garganta. Uma nova ordem somente poderia ser construída a partir da mais completa liberdade de pensamento, de informação e de comunicação. O constituinte não poderia ter deixado mais claro:

“Art.220

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço **à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

§2º. **É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.**

Importa dizer: os meios de comunicação não estão sujeitos, por força de comando constitucional, a qualquer restrição prévia quando da elaboração de suas matérias, bem como a respeito dos seus critérios de oportunidade e de interesse social para divulgação.

Segundo decidiu o STF na ADPF 130/09 não pode haver controle antecipado da informação, posto que a Constituição, além de dizer que é “livre” a expressão do pensamento e da informação, diz também que ela é “plena”. Isto significa que não devem mais ser concedidas liminares, como em ações inibitórias, para barrar matérias que ainda serão veiculadas nos meios de comunicação. Qualquer controle deve ser fei-

to a posteriori, através de ações penais ou cíveis indenizatórias, pelo exercício do direito de resposta, por pedido de retificação ou interpeção. Só em uma hipótese poderá haver restrição prévia à liberdade de imprensa: quando decretado o estado de sítio na forma do art. 139, III, da CF.

Em data anterior ao julgamento da ADPF 130/09, isto em 2004, O STF já sinalizara fortemente neste sentido ao negar referendo, por sete votos a dois, à liminar deferida pelo ministro Cezar Peluso no Mandado de Segurança 24832, impetrado pela defesa do chinês Law King Chong, a qual impedia a divulgação de sua imagem durante depoimento à CPI da Pirataria na Câmara dos Deputados.

Naquela ocasião o ministro Carlos Ayres Britto, que viria a ser o relator da ADPF 130/09, abriu a divergência dizendo: “Nós estamos vivendo uma Idade-Mídia, por paráfrase com a Idade Média. Nessa Idade-Mídia é natural que tudo venha a lume, porque é próprio da democracia que todos se tomem dessa curiosidade – santa curiosidade – pelas coisas do Poder, pelas coisas que dizem respeito a toda a coletividade. A democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação, e é claro que a informação televisada ganha essa tonalidade de excelência, de transparência. Então, no caso, eu entendo que não houve prejuízo ao direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída ao televisamento direto”.

E o ministro Celso de Mello, o decano do STF, em voto brilhante, dirimira qualquer dúvida quanto à impossibilidade de censura prévia no Brasil: “Não há privilégio do mistério numa República fundada em bases democráticas. A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior, no desempenho de sua prática governamental. O novo estatuto político brasileiro, que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta, consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurados, incluindo-o, como expressa ressalva para situações de interesse público, dentre os direitos e garantias fundamentais. A liberdade de imprensa há de ser entendida em sua acepção ampla, em sua dimensão ativa e passiva. No direito de prestar informações, de trans-

mitir esclarecimentos e também no direito de receber informações e esclarecimentos, especialmente quando emanados de órgãos públicos. A perspectiva do abuso não deve justificar uma reação antecipada do poder público, impondo restrições prévias ao direito de comunicar e de fazer transmitir para conhecimento público e geral, e de modo pleno, as informações e os eventos que o próprio poder legislativo entender essenciais à compreensão de seus trabalhos e de sua alta missão institucional”.

Trecho da Ementa da ADPF 130/09 espanca qualquer dúvida a respeito, verbis: (...). **O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado da civilização. (...). A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§1º do mesmo art. 220). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.**

3. A rejeição em bloco da Lei 5.250/67. Da impossibilidade de haver outra “Lei de Imprensa” e de legislação diferenciada para jornalistas

Em quatro países da América Latina o quadro, no que respeita à liberdade de pensamento e de comunicação, é estarrecedor. Em Cuba, do ditador Fidel Castro, ela simplesmente inexistente. No Equador, de Rafael Corrêa, assim como na Venezuela (de Hugo Chávez e Nicolas Maduro), os poucos órgãos de imprensa independente sofrem todo tipo de intimidação. Na Argente, a presidente Cristina Kirchner conseguiu a aprovação da Ley de Medios, cuja intenção indisfarçada é acabar com o grup Clarin, que critica seus desmandos, e, de lambuja, domesticar toda a imprensa portenha.

A questão é preocupante, posto que este mal, do autoritarismo, quando emanado de governos eleitos, é mais grave e parece ter potencial para alastrar-se, para ganhar adeptos entre outros governos da região, cujos membros precisam das sombras, da mordaca, para melhor encobrir suas malfeitorias.

Logo depois que a Lei 5.250/67 caiu, começaram as discussões, aqui no Brasil, sobre a necessidade de uma “nova Lei de Imprensa”, porque, segundo alguns, muita coisa ficaria no “vazio”.

A ADPF 130/09, no entanto, esclarece que é a Constituição, e somente a Constituição, **“o ponto de partida e o ponto de chegada dos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação, havendo um bloqueio normativo, claramente expresso pelo art. 220, §1º e 2º”**, que se traduz na impossibilidade de haver uma lei que disponha sobre suas **“coordenadas de tempo e de conteúdo”**. Uma lei para “disciplinar” o exercício desses direitos, portanto, está totalmente fora de cogitação. De igual sorte, não pode haver legislação penal diferenciada para jornalistas, como na antiga lei. O STF estabeleceu que **“à luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria”**. O entendimento da Corte é que, se isto fosse possível, criar-se-ia um tratamento desigual entre as pessoas (jornalistas e não jornalistas) e, também, um elemento a mais de inibição em tema e direito que a Carta considerou livre e plena. Questões laterais, no entanto, como o direito de resposta, podem ser objeto de legislação.

O STF não poderia estar mais certo. A verdadeira democracia não pode prescindir de uma imprensa livre e o governante, por sua vez, não apenas deve, mas necessariamente precisa submeter-se ao escrutínio diário de seus concidadãos, eis que ele não é senhor, mas servo máximo numa república. Certo estava Thomas Jefferson, um dos pais da Pátria americana, o qual sentenciava: “Quando as pessoas temem os governos, isso é tirania; quando os governos temem as pessoas, isso é liberdade!”.

É do direito de opinar, de criticar, enfim, que o povo exerce a sua soberania, pois ele é titular de todo o poder, bem como se previne ou reclama contra eventuais abusos de seus representantes. Onde não existe liberdade de imprensa, nenhuma outra liberdade há de existir.

No Brasil, de tal sorte, é impossível, a partir de agora, uma “Ley de Medios”.

4. Autorregulação

Muito se falou, sobretudo nos governos do ex-presidente Lula, em “controle social da imprensa”, tese que foi esgrimida como uma espécie de espada de Dâmocles sobre as cabeças dos órgãos de comunicação, certamente em represália contra a divulgação dos fatos que redundaram no chamado esquema do “Mensalão”, cujo julgamento, pelo STF, está em seu final.

A ADPF 130/09, porém, deixou bem claro que **“o Estado não controla a imprensa; a imprensa controla o Estado”**. É que, ao vedar a censura e ao consagrar a liberdade de pensamento, de informação e de comunicação como plena, a Constituição Federal também proibiu que se engendrasse quaisquer mecanismos de controle estatal da mídia.

O caminho é o da autorregulação, ou seja, os próprios veículos de comunicação é que devem estabelecer regramentos para a boa prática do fazer jornalístico. Para o STF, se a mídia não se comportar de maneira adequada, além, é claro, do sistema jurídico de proteção já existente às eventuais vítimas de abusos, a maior penalidade será da credibilidade e da audiência. O leitor, o telespectador, o ouvinte ou o internauta devem ser os únicos filtros de seleção dos meios informativos, sem intervenção governamental.

E, de fato, os órgão de imprensa já possuem instrumentos dessa natureza. A Associação Nacional de Jornais (ANJ), por exemplo, tem o seu Código de Ética e Autorregulação, como se pode ver no texto abaixo:

“Os jornais afiliados à ANJ - Associação Nacional de Jornais comprometem-se a cumprir os seguintes preceitos:

1. Manter sua independência.
2. Sustentar a liberdade de expressão, o funcionamento sem restrições da imprensa e o livre exercício da profissão.
3. Apurar e publicar a verdade dos fatos de interesse público, não admitindo que sobre eles prevaleçam quaisquer interesses.
4. Defender os direitos do ser humano, os valores da democracia representativa e a livre iniciativa.

5. Assegurar o acesso de seus leitores às diferentes versões dos fatos e às diversas tendências de opinião da sociedade.

6. Garantir a publicação de contestações objetivas das pessoas ou organizações acusadas, em suas páginas, de atos ilícitos ou comportamentos condenáveis.

7. Preservar o sigilo de suas fontes.

8. Respeitar o direito de cada indivíduo à sua privacidade, salvo quando esse direito constituir obstáculo à informação de interesse público.

9. Diferenciar, de forma identificável pelos leitores, material editorial e material publicitário.

10. Corrigir erros que tenham sido cometidos em suas edições.

Parágrafo único. As associadas deverão adotar, de forma transparente, mecanismos e critérios próprios de autorregulamentação, e que sejam de conhecimento do seu público leitor”.

O mesmo se dá com o profissional do jornalismo, cujo Código de Ética foi aprovado pela Federação Nacional dos Jornalistas em 2007, na cidade de Vitória-ES.

Os jornais e as revistas brasileiras, por sua vez, adotam manuais de redação, corrigem seus erros (seção erramos), possuem canal direto com o leitor (cartas ou e-mails) e alguns, como a Folha de São Paulo, adotam a figura do ombudsman. O mesmo acontece com outros meios, como emissoras de TV e rádio, as quais, inclusive, são reguladas pelo disposto nos parágrafos 3º 3 4º do art. 220 e 221 e seguintes da Constituição Federal. A maioria publica ou veicula a versão dos protagonistas das informações e, quando necessário e cabível, espontaneamente, o direito de resposta buscado.

Sobre esse tópico sustenta o STF: “[...]. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público

decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de «plena» (§ 1 do art. 220)”.

Não há, portanto, necessidade de regulação estatal. Nem possibilidade disto. Os prejudicados têm as leis civis e penais para buscar hipotética reparação.

5. A calibração cronológica de princípios, assegurando-se em primeiro lugar os direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação

Ainda é fruto de intermináveis discussões a questão sobre o que deve prevalecer no aparente conflito entre direitos constitucionais, como os da informação e os da personalidade *stricto sensu*.

Os americanos sugerem que se utilize o teste da actual malice, que significa que o ofendido, para obter êxito em sua ação, deve provar que a notícia é falsa, que o jornalista sabia que era falsa e que ainda assim publicou a matéria. Se isto não for comprovado, prevalece o direito de informação.

Na Espanha goza de prestígio o critério da veracidade da informação. Aqui, a informação protegida é aquela que deve expressar a realidade como ela é..

No Brasil, antes da ADPF 130/09, os critérios mais utilizados eram o do interesse público, ou seja, ou seja, aquele segundo o qual a informação protegida é aquela que contempla os interesses maiores da coletividade. Mas a este se vinha somar o do *animus narrandi*, isto é, que o relato seja fiel aos acontecimentos; o da boa-fé contida na informação; e o da chamada ponderação dos direitos, ou seja, mediante a análise do caso concreto, sopesando-se todas as suas circunstâncias e sem sacrifício de um ou outro, define-se, ali, o que vai prevalecer.

O STF, na decisão que ora se estuda, tornou mais sofisticada essa operação, entendendo que deve haver, a priori, na cabeça do intérprete, uma primazia, dada pela Constituição, ao direito de informação.

O que se percebe, na prática, porém, é que os julgadores já têm uma predisposição contrária, dando-se ênfase em primeiro lugar ao direito de personalidade supostamente ofendido para só depois, então, veri-

ficar se o direito de informação foi exercido regularmente. Isto está errado.

O STF diz, na ADPF 130/09, esse olhar, essa calibração deve ser feita a partir da perspectiva de assegurar-se, o máximo possível o direito de expressão do pensamento e de informação, posto que a própria Constituição Federal criou todo um bloco normativo de garantia desses direitos, titulado “Da Comunicação Social”, o qual é, em verdade, um “melhorado e qualificado prolongamento dos preceitos fundamentais relacionados ao tema, também inscritos no art. 5º da CF”. Vale dizer, se claro ainda não estiver, que os direitos de expressão do pensamento e de informação foram tratados de forma diferenciada pela Constituição, que lhes deu alto relevo, não apenas no art. 5º, mas também no artigo 220 e seguintes.

A propósito, veja-se, a seguir, trecho da Ementa da ADPF 130/09: **“O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça**

do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social”.

6. A imprensa e os agentes públicos (políticos, magistrados etc)

A condição de servidor público não agrava a situação dos órgãos de imprensa que, eventualmente, noticiem seus atos. Antes disso, até pela função que desempenha, pago pela sociedade, encontra-se exposto ao olhar fiscalizador de seus concidadãos. O inverso se dá com o homem comum do povo, que não exerce nenhum cargo na esfera pública. A proteção da honra do servidor público, assim, deve ser mais branda e menos rigorosa do que aquela que é conferida ao particular.

É que, “ao escolher ou assumir um cargo público, a pessoa escolhe e assume, igualmente, uma tácita sujeição às críticas da coletividade”. Os comentários são previsíveis, mesmo que pareçam injustos, e devem ser suportados.

A prof.^a Matilde Zavala de Gonzalez ⁴²¹ já desenvolvia, há tmpos, essa tese de maneira persuasiva: “A notícia que envolve funcionários ou agentes públicos interessa não apenas para dar conhecimento do que se sabe, como também para criticar, pois a crítica, nesses casos, constitui um eficaz instrumento para controle dos atos de governo e para que a comunidade possa valorar e apreciar os assuntos de interesse geral provenientes daqueles que atuam na esfera do Poder. É que a honra dos funcionários públicos esbarra nos elevados interesses da comunidade. A proteção jurídica a essas pessoas não deve ser observada com o mesmo rigor das pessoas simples que não detêm nenhuma função de Poder.

Justifica-se a crítica, portanto, mesmo quando diga respeito a condições especiais do agente, como a sua ineficiência ou incompetência na atividade que exerce. Apesar de que possam ser desfavoráveis à

421 GONZALEZ, MATILDE ZAVALA. “Resarcimiento de Dãnos”. Ed. Hamurabi, 6.^a volume, p. 464, Buenos Aires, 1999.

reputação do agente, devem considerar-se justificadas as imputações sobre funcionário público que tem revelado ser irresponsável ou carecer de idoneidade, enquanto ditas manifestações tenham algum apoio concreto na realidade ou em dados verossímeis e obedeçam a um razoável interesse comunitário. A diretiva axiológica exposta se reflete na frase segundo a qual as críticas ao Poder não se devem fazer contra o titular do mesmo, senão a favor da sociedade”.

O professor Enéas Costa Garcia, no livro “Responsabilidade Civil dos meios de comunicação”⁴²², sustenta que, no conflito entre direitos da personalidade com a liberdade de imprensa, o primeiro deve ceder. Ele ensina: “o interesse público remete ao conjunto de valores que são mais caros à sociedade, que dizem respeito à sua própria estrutura, que viabilizam a sua existência e tratam do funcionamento de suas instituições. Neste sentido, a crítica aos agentes públicos, ao funcionamento das instituições do Estado, ao governo em geral, está amparada por inegável interesse público. (...)A crítica aos atos dos agentes públicos (*lato sensu*) também goza de presunção de estar inspirada no interesse público. Isto decorre do disposto no art. 37 da CF, que consagrou princípios como a impessoalidade, a moralidade, a legalidade da conduta dos agentes públicos. A liberdade de informação atende ao interesse público de fiscalizar os atos dos agentes governamentais”.

Curiosamente, no Brasil, há número razoável de magistrados que buscam reparação pecuniária ou responsabilização penal de jornalistas e jornais na Justiça.

Aliás, ao assumir a presidência do STF, isto em 1993, o ministro Celso de Mello, o decano da Corte, no seu discurso de posse, a propósito deste tema e, muito especialmente, com relação aos magistrados, consignou: “A necessidade de fiscalizar o Poder – inclusive o Poder Judiciário – constitui uma exigência essencial para a preservação da ordem democrática, que não se revela compatível com deliberações administrativas que, embora afetando a vida institucional ou repercutindo sobre o interesse público, são muitas vezes tomadas e adotadas na intimidade do Poder, não se expondo à crítica social. A ideia de responsabilidade, portanto, ao refletir um conceito intimamente vincu-

422 GARCIA, Enéas Costa. “Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação”, ed. Juarez de Oliveira, p. 163/164, São Paulo, 2002.

lado à noção republicana, permite justificar a essencial necessidade de fiscalização social sobre todo e qualquer agente estatal – inclusive os magistrados – no desempenho da função pública. A discussão em torno da reforma do Judiciário deve enfrentar, sem qualquer preconceito, sem qualquer exclusão e sem qualquer restrição – até mesmo para efeito de legitimar-se politicamente, o exame das diversas propostas que buscam viabilizar, sempre com respeito incondicional à independência do magistrado para o exercício da função jurisdicional, a institucionalização dos meios de fiscalização do corpo social sobre as atividades de natureza administrativas e de caráter financeiro e orçamentário desenvolvidas pelos Tribunais e magistrados em geral. O Judiciário, que exerce suas funções por delegação soberana do Povo, não perderá a sua independência política pelo fato de expor-se à fiscalização social. Preconizo, ainda, a sujeição dos magistrados ao processo de impeachment. Os membros do STF já estão sujeitos ao impeachment pelo Senado, desde 1891. Isso nunca significou a submissão do Supremo, nem limitou sua atuação. Os juízes federais ficariam sujeitos ao impeachment pelo Senado. Os magistrados estaduais, ao impeachment pelas Assembleias Legislativas. Esse sistema funciona – e bem – nos Estados Unidos”.

O STF, julgando uma ação de danos morais movida pelo ex-presidente do TRT-RJ Jose Maria de Mello Porto contra a jornalista Danuza Leão, decidiu, à unanimidade, na esteira do voto da ministra Ellen Gracie, em favor do direito de informação, verbis:

“EMENTA- Direito à informação (CF, art.220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. Publicação em jornal demonstrando a intenção de atingir a honra de magistrado e denegrir a sua imagem. A Constituição Federal em seu art. 5º , inciso X, declara como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A publicação é considerada ofensiva quando inexistem provas concretas da prática do ato pelo ofendido contra a administração pública. (...). VOTO. O voto condutor do acórdão recorrido vislumbrando

conflito entre dois princípios fundamentais, o direito à informação (CF, art.220) e a inviolabilidade da intimidade (CF, art.5º, X), entendeu que este último encontra-se situado em patamar superior ao da liberdade de informação (fls. 478), admitindo o dano moral por entender, também, que a notícia veiculada pela recorrente teria ofendido a honra objetiva e subjetiva do recorrido. O texto incriminado tem o seguinte teor: “Você conhece aquele primo do ex-presidente Collor, José Maria de Mello Porto, que preside o TRT e é acusado de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência? Então: ele já contou a amigos que quer arrumar um partido para se candidatar ao governo do Rio. Já tem até taxistas com adesivos, para começar a campanha” (fls.3).

Impende observar, entretanto, que não há, na verdade, conflito entre mencionados princípios constitucionais, mesmo porque não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um. A solução, portanto, não pode deixar de lado os conhecidos princípios da razoabilidade e ponderação dos bens envolvidos. Na espécie, o dano moral pretendido pelo recorrido somente se justificaria se positivado o abuso do direito de informar. Ora, o próprio voto condutor do acórdão recorrido (fls. 480) reconhece que a acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência constou de um dossiê elaborado por um sindicato e que foi encaminhado ao TST. A notícia veiculada no texto jornalístico reproduziu, tão-somente, essa acusação devidamente formalizada junto ao TST para fins de investigação. O texto jornalístico tido como lesivo à honra do recorrido estava, portanto, sob a proteção do art. 220 da Constituição Federal. Não poderia, portanto, ensejar responsabilidade por dano moral, porque ausente o abuso de direito. No mais, a notícia de que o recorrido é primo de um ex-presidente da República e de que pretendia candidatar-se a um cargo eletivo, em hipótese alguma poderia caracterizar situação justificadora de reparação por dano moral. De resto, cabe lembrar que o texto jornalístico em questão resultou em denúncia por suposta infração aos arts. 21 e 22 da Lei de Imprensa que, foi, entretanto, rejeitada em decisão judicial, conforme se vê a fls. 358/362.

A hipótese, portanto, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido não é de confronto entre dois princípios constitucionais – o direito à informação e a inviolabilidade da intimidade, vez que esta

não foi afrontada, mas de subsistência do direito constitucional à informação. Nem há cogitar de reexame de questão de prova, mas sim de ausência do abuso de direito de informar, nada ficando, em consequência, a reparação por dano moral pretendida.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência”. (STF, Recurso Extraordinário nº 208.685-RI. Recorrente: Danuza Leão; recorrido: José Maria de Mello Porto. Relatora: ministra Ellen Gracie, DJU 05.06.2003). (STF, RE 208.685-1/RJ, DJ 22.08.2003).

Em outro caso, envolvendo político, em ação penal contra jornalistas da revista VEJA (Roberto Civita, Marcelo Carneiro e Diogo Mainardi, o o STF reconheceu que a liberdade de expressão, o direito de crítica, diante do interesse público, deve prevalecer Diz o relator, ministro Celso de Mello, no inspirado voto:

“EMENTA- Liberdade de Imprensa (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220). Jornalistas. Direito de Crítica. Prerrogativa Constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (CF, art. 1º, V), que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. A crítica jornalística e as autoridades públicas. A arena política: espaço de dissenso por excelência. (...). Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220). Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de

preservação dos limites éticos-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder. Uma vez dela ausente o “animus injuriandi vel diffamandi”, tal como ressalta o magistério doutrinário (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, “A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade”, p. 100/101, item n. 4.2.4, 200., Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 88/89, 1997, editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”, p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g), A CRÍTICA QUE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DIRIGEM ÀS PESSOAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE ÀS AUTORIDADES E AOS AGENTES DO ESTADO, POR MAIS ACERBA, DURA E VEEMENTE QUE POSSA SER, DEIXA DE SOFRER, QUANTO AO SEU CONCRETO EXERCÍCIO, AS LIMITAÇÕES EXTERNAS QUE ORDINARIAMENTE RESULTAM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”.

Com a ADPF 130/09 não há mais nenhuma dúvida a respeito: **“Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”.**

7. A proporcionalidade entre liberdade de imprensa e a responsabilidade civil por danos morais e materiais e a impossibilidade de se levar em conta o fato de a suposta ofensa ter sido divulgada pelos meios de comunicação para agravar a situação do veículo de comunicação ou quantificar o suposto dano moral

De regra os que procuram o Judiciário para obter reparação por danos morais desejam, ao mesmo tempo, uma condenação que tenha caráter compensatório para o suposto ofendido e punitivo para o suposto ofensor; o órgão de comunicação, filiando-se a uma corrente doutrinária já superada.

O Código Civil acabou com isto no direito brasileiro, estabelecendo também uma nova sistemática quanto às indenizações em comento. Visa-se, na medida do possível, colocar a vítima na situação anterior; mas não pode ter qualquer influência na reparação dos prejuízos o grau de culpa do agente ou tomar-se por parâmetro o patrimônio do eventual ofensor, posto que isto significaria atender a pedidos abusivos e desproporcionais, que deseducam a sociedade e propiciam o enriquecimento ilícito e sem causa dos litigantes.

A indústria e a banalização dos danos morais e, até mesmo, os golpes de quem acha que pode usar o processo para obter um prêmio de loteria, vem sendo, entretanto, rechaçado pelo Judiciário brasileiro.

A medida é, de fato, uma revolução em termos de responsabilidade civil no país. Não é mais possível, sob pena de ofensa a literal dispositivo de lei, atribuírem-se sanções astronômicas ou desproporcionais diante de um traque, como vinha acontecendo com angustiante regularidade por aqui.

O Código Civil, ademais, estabelece três princípios fundamentais, que vão nortear os negócios jurídicos e, também, as decisões judiciais, que são: a socialidade, a operabilidade e a eticidade. Para o deslinde dos casos do gênero importa falarmos do princípio da eticidade, que se traduz pela boa-fé.

O prof. Miguel Reale, coordenador do projeto de lei que resultou no novo Código Civil, em pronunciamento na Academia Paulista de Letras (APL), em 29.12.0 (“Novo Código Civil Brasileiro”, Ed. RT, 2ª edição, 2002, p. XII e XIII, explica que, por meio da valorização do princípio da eticidade procurou-se superar o apego do Código de 16 ao formalismo, para consagrar a efetiva participação dos valores éticos no ordenamento jurídico pátrio, objetivando possibilitar a criação de modelos hermenêuticos – quer pelos advogados, quer pelos juízes – para contínua realização dos preceitos legais.

Daí porque, continua o mestre, é freqüente a referência, no novo Código, à **probidade e à boa-fé**, ao contrário do que ocorria no Código de 16. São exemplos dessas diretrizes os arts. 113, 187 e 422 do novel diploma.

O novo Código Civil, também, firmou um outro princípio, conexo ao da eticidade, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do

dano e, se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Antes mesmo da entrada em vigor do novel diploma civil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já vinha pondo freios no que hoje se chama de banalização dos danos morais, controlando, com mão-de-ferro, o quantum postulado pelos autores.

O que acontece hoje na prática é que o arbitramento do quantum das indenizações por danos morais fica ao “prudente arbítrio do julgador”. Mas é aí que a coisa pega. Há juízes cautelosos, ponderados, a maioria, diga-se. Mas há também alguns que pensam que os meios de comunicação são filiais da Casa da Moeda, que imprimem dinheiro, e não notícias, arbitrando valores excessivos.

Isto, agora, porém, não poderá mais acontecer. Na ADPF 130/09 o STF criou um padrão, que chamou de “**cláusula obrigatória de modicidade**” para a fixação de indenizações do gênero. E disse, claramente, que o julgador não pode considerar o fato de a ofensa ter sido veiculada pelo meio de comunicação para agravar a pena, porque, se agisse assim, estaria criando um mecanismo de enfraquecimento da liberdade de expressão do pensamento e de comunicação, como prevê a Constituição Federal, ao invés de robustecê-la, como quis o constituinte. O acórdão respectivo é claro sobre isto: “**Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade**”.

8. A liberdade de imprensa e a liberdade de expressão do pensamento e sua imbricada relação com a democracia

Ditadura não rima com imprensa livre. Em qualquer lugar ou época do mundo as forças do arbítrio sempre procuram, como primeira providência, calar ou domesticar os meios de comunicação. O Brasil possui essa triste memória.

Em regimes democráticos, porém, como o que vivemos agora em nosso país, a imprensa não apenas deve, mas precisa ser a mais livre possível, pois ela é um fundamental elemento de controle social dos atos do Poder.

No Brasil **“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”**, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da CF.

Ou seja, o titular do poder é o cidadão, a quem os servidores públicos – de qualquer grau ou hierarquia - devem prestar contas, da maneira mais ampla e transparente possível, como elemento indissociável e aperfeiçoador da forma republicana de governo.

Sem esquecer, também, que o cidadão é o destinatário e a razão de ser das ações do Estado.

Logo, ao conhecimento do cidadão, nada do que ocorre no âmbito administrativo lhe pode ser subtraído, haja vista que os bens e os interesses a cargos do gestor público pertencem não a este, mas a toda a coletividade.

Não é por outro motivo que a CF, em seu art. 37, caput, elegeu a publicidade como um de seus princípios basilares. Elemento, diga-se, de eficácia dos atos administrativos e de congruência com o Estado Democrático de Direito.

É o que se chama modernamente de open file, ou seja, o regime de “arquivos abertos” que deve reger a administração pública.

É o próprio art. 37, em seu §3º, incisos I, II e III, que assegura aos usuários da administração direta ou indireta **“as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral – a avaliação externa e interna da qualidade dos serviços o acesso a registros administrativos e a informações sobre os atos do governo; bem como disciplina a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo ou função pública”**, estabelecendo, ainda, em seu §4º, punição para **“os atos de improbidade administrativa”**.

Consagra-se, de tal sorte, o controle social sobre a administração pública, que é exercida pela imprensa, pelo Ministério Público, pelas associações, pelos sindicatos, pelas ONGs e pelo cidadão.

Na democracia o que é público deve vir a público..

A esse respeito diz o acórdão da ADPF 130/09:

“A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

9. A imprensa, internet e eleições

Para o STF não há imprensa meio-livre. A imprensa escrita, a radiodifusão e até a Internet, no que diz respeito ao conteúdo, gozam da mesma proteção constitucional, haja vista que todos são **“meios ou veículos de comunicação”**. O julgado esclarece que a web ficou de fora do bloco normativo constitucional reservado à imprensa por uma “simples questão temporal”. Ainda não existia a Internet nos moldes abrangentes de hoje. Da decisão do STF, na ADPF 130/09, depreende-se que, como instrumento de expressão de pensamento ou como plataforma de notícias (ou de empresas de informação), deve ela gozar

das mesmas prerrogativas, porquanto inserida no conceito de “meios”, “atividades” ou “veículos” da comunicação social.

A respeito do momento máximo da democracia, que é no curso do processo eleitoral, quando a população elege seus representantes, o ADPF 130//09 estipula: **“Nada se compara à imprensa como cristalina fonte das informações que mais habilitam os seres humanos a fazer avaliações e escolhas em seu dia-a-dia. Juízos de valor que passam por avaliações e escolhas em período de eleições gerais, sabido que é pela via do voto popular que o eleitor exercita a sua soberania”**. O eleitor, portanto, através da imprensa, pode e deve conhecer a vida pregressa, as propostas de trabalho, as motivações, os fatos e circunstâncias de quem **“se arvora em ser ator social de proa”**.

10. Os efeitos da decisão na ADPF 130/09

Para o STF, aplicam-se agora, nas questões relacionadas à imprensa, **“as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme classificação de José Afonso da Silva”**.

11. Conclusão

É evidente, portanto, em razão de tudo o que foi exposto, que as questões relacionadas ao direito de expressão do pensamento, de informação e de comunicação precisam ser abordadas por nova ótica, esclarecidas pelo julgado do STF, donde se extraem as seguintes conclusões:

a) não é possível censura prévia aos meios de comunicação. Qualquer controle judicial se deve dar a posteriori e, em apenas uma hipótese, pode-se restringir o noticiário, qual seja, quando decretado Estado de Sítio;

b) há um bloqueio normativo para a existência de uma “nova lei de imprensa”, que trate de suas coordenadas de tempo e de conteúdo.

De igual sorte, não pode haver legislação criminal diferenciada para jornalistas;

c) os veículos de comunicação se devem autorregular, vedada o disciplinamento através de órgãos estatais. “É a imprensa que controla o Estado; não o Estado que controla a imprensa”;

d) quando em aparente conflito os direitos de informação e da personalidade como honra, imagem, privacidade e intimidade, em primeiro lugar o intérprete deve garantir o gozo dos sobredireitos de expressão do pensamento e de informação, para só depois, verificar eventuais abusos. A isto se chama calibração cronológica de princípios;

e) o homem público está sob permanente vigília dos cidadãos e, em especial, da imprensa. A proteção de sua honra deve ser mais débil que a do homem comum. Isto se dá porque o servidor público trata de assuntos e interesses da coletividade, a quem precisa prestar contas. Está, portanto, sujeito às críticas mais acerbas e duras possíveis. É o que o STF chama de “valor social da visibilidade”;

f) a imprensa não é a Casa da Moeda. O eventual quantum indenizatório deve ser morigerado; não pode ser motivo de enriquecimento ilícito, sem causa. Deve atender, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, à necessária cláusula de modicidade, não podendo ter qualquer influência na definição de valores o fato de o suposto dano ter ocorrido por meio da imprensa;

g) a expressão do pensamento e a informação veiculados por meio da rede mundial de computadores, por meio digital, enfim, gozam das mesmas prerrogativas constitucionais deferidas à imprensa pelo texto constitucional de 1988. E, em época de eleições, quando mais se robustece a democracia, nas palavras do STF, é que a imprensa deve ter maior liberdade de atuação, para que o eleitor possa conhecer em profundidade àqueles que pretendem representá-los;

h) a decisão do STF na ADPF 130/09 tem efeito erga omnes e imediato. Em seu eventual descumprimento, cabe reclamação à Corte. Não há vácuo. Aplica-se a legislação federal existente.

A Constituição de 1988 é uma obra de gigantes, não se tem dúvida. 61.020 emendas parlamentares, 122 emendas populares (cada uma

delas com cerca de um milhão de assinaturas), 18 meses de trabalhos ininterruptos com jornada diária de 17 horas e, depois, de uma ditadura em que o povo brasileiro pode, enfim, forjar um estatuto fundamental num ambiente de coragem, confiança, esperança e liberdade. Na época da promulgação, quando Ulysses Guimarães, tendo ao seu lado o relator Bernardo Cabral, e disse que ela seria o início, o meio e o fim das mudanças estruturais por que passaria o Brasil, ele simplesmente profetizava.

A nossa Carta foi considerada pela maioria dos juristas espalhados pelo mundo como a mais avançada para o seu tempo, e ainda assim o é nos dias atuais. Vários são os motivos. A primeira e principal singularidade é que ela colocou o homem em preeminência. Logo no art. 5º, na sua abertura, portanto em 77 incisos e 104 dispositivos (números relacionados à data de sua promulgação), o ser humano tem assegurados os seus direitos e garantias fundamentais, ao contrário da Constituição de 1967 e da Emenda nº1 de 1969, as quais davam prioridade à organização do Estado. Outra novidade foi o alargamento do espaço democrático, ou seja, o exercício dos direitos políticos deixou de ser apenas representativo, passando a ser também participativo, com a possibilidade atribuída ao povo de tomar a iniciativa de leis e poder de veto aos projetos parlamentares através do referendo, adicionando-se a isto a figura do plebiscito. Daí porque ficou conhecida como a Constituição Cidadã.

A família, a criança e o idoso passaram a contar com a proteção especial do Estado. Os direitos do trabalhador ganharam maior projeção e respeito. Os índios tiveram garantidos a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como o direito de terem suas terras demarcadas. A Constituição reforçou a Federação, alocou recursos para as unidades regionais (estados) e locais (municípios), arbitrando, ainda, competência tributária e dando-lhe independência financeira. Pode-se citar, dentre outros inúmeros exemplos, a seguridade social moderna, com a integração das ações pertinentes à saúde, à previdência e à assistência social. O que dizer, então, dos direitos do consumidor, que a partir daquele momento passaram a ser respeitados, do capítulo sobre o meio ambiente, louvado em verso e prosa como um dos mais completos do planeta? A Constituição criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), fortaleceu e ampliou os poderes do

Ministério Público e, com o dedo especial do relator, consignou que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A Constituição de 1988 pôs fim à censura e deu aos direitos de expressão do pensamento, de informação e de comunicação um status preferencial na ordem democrática brasileira. E foi neste sentido que decidiu o STF nos autos da ADPF 130/09. Pode-se dizer, sem medo de errar, que esta é a Constituição da liberdade de imprensa.

Referências

GONZALEZ, Matilde Zavala. Resarcimiento de Daños”. Ed. Hamurabi, 6.^a volume, Buenos Aires, 1999.

GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

LOPES, Júlio Antonio Lopes. Bernardo Cabral, um Estadista da República, Editora da Amazônia, Manaus, 2013.

MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa, 3^a ed. RT.

NOBRE, Freitas. Imprensa e liberdades: os princípios constitucionais e a nova legislação.

Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, DIVULG 05-11-2009.

Supremo Tribunal Federal, MS 24832, relator: Min. CEZAR PELUSO, j. 18/03/2004.

Supremo Tribunal Federal, RE 208685-RJ, relatora: Min. ELLEN GRACIE, DJU 05/06/2003.

Supremo Tribunal Federal, PET 3.486-4-DF, relator: Min. CELSO DE MELLO, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano Moral. 2^a ed. Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.

<http://www.memoriacinebr.com.br/default.asp>

TUTELA INIBITÓRIA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE QUE NÃO HAVERÁ CENSURA

*Cássio André Borges dos Santos*⁴²³

1. Introdução

A Constituição da República de 1988 consagrou de tal forma a liberdade de expressão e de opinião no Brasil, que instituiu como direito fundamental a proibição de censura. Tal proibição implica que, mesmo havendo possibilidade de lesão a outros direitos fundamentais, como a honra, a vida privada e à intimidade, e ainda, mesmo que haja possibilidade de haver atos preparatórios de crime em tese contra a honra, não pode haver censura no Brasil, no sentido de proibição prévia de que alguém diga e/ou publique, de forma verbal ou escrita, alguma coisa.

Nesse sentido, analisa-se o a proibição de censura sob vários prismas, como no confronto ao direito a honra, à intimidade, à vida privada, à intimidade, e, finalmente, ao ponto nevrálgico deste trabalho, sob o prisma do confronto da proibição de censura com as tutelas jurisdicionais preventivas e inibitórias, que também têm natureza de direito fundamental constitucional.

2. Liberdade de expressão e direito à intimidade e à vida privada

Não obstante a Constituição da República ter consagrado a inviolabilidade do direito à honra, a vida privada e à intimidade, como direitos fundamentais, tais direitos, quando em confronto com a liberdade de expressão, merecem tratamento especial com a utilização do princípio da cedência recíproca.

423 Magistrado do Tribunal de Justiça do Amazonas, Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Amazonas, Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra.

Primeiramente, é necessário definir tais direitos. Pois bem, honra é um conjunto de atributos que compõe a personalidade das pessoas, intrinsecamente ligados à imagem. Dividem-se e honra objetiva, que se liga ao conceito que os outros têm da pessoa, e honra subjetiva, que é o conceito que as pessoas têm de si mesmas. Tal conceito pode ser arranhado por aquilo que porventura alguém diga, de forma privada, ou publique, causando arranhões públicos à imagem.

A distinção entre vida privada e intimidade é tênue. Sendo a vida privada composta por elementos que dizem respeito à atividade laboral das pessoas, seus bens, sua atividade fiscal, seus dados cadastrais, como endereço, e-mails, etc. Já a intimidade, é mais restrita ainda, pois protege a vida estritamente pessoal dos indivíduos, como relacionamentos, família, orientação sexual, preferência alimentar, estado de saúde etc.

Definidos de forma simples, a honra, a vida privada e intimidade, passa-se à análise da hipótese desses direitos serem atingidos pelo exercício do direito de opinião e da liberdade de expressão. Esse conflito não é raro. Por isso, o próprio texto constitucional pertinente apontou soluções, que causam divergência na jurisprudência e na doutrina, uma vez que não é pacífico o entendimento.

Ora, porque nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, que não raro colidem entre si; a Constituição previu proibiu o anonimato e previu indenização por dano material, moral ou à imagem, quando no exercício do direito de opinião e da liberdade de expressão houver excesso.

Proibiu-se o anonimato exatamente para possibilitar o exercício do direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo da indenização material, moral e à imagem. É que como é cediço que o direito de resposta pode não ser satisfatório, e na maior parte das vezes não o é, o constituinte previu que os atingidos pelo exercício da liberdade de expressão devam ser indenizados, com fito de reparar os danos sofridos.

Assim, quando a liberdade de expressão (que tem como corolário o direito de informação, que é coletivo e tem como titular a sociedade, como um todo) ferir a honra, a vida privada e intimidade das pessoas, estas têm direito de ser indenizadas. Tanto a violação da privacidade

quanto a violação da intimidade podem gerar máculas à imagem pública ou à imagem que se tem de si, ou seja, podem macular as honras objetivas ou subjetivas das pessoas, ou ambas.

O achaque necessário (necessário porque pode ser imprescindível a reportagem) a honra, a imagem, a vida priva ou a intimidade não dão direito à indenização, sendo certo que é quase impossível haver achaque necessário à intimidade. Porque neste caso, haveria exercício regular de direito que afasta o ilícito civil.

Porém, quando o achaque não é necessário, exsurge o direito das pessoas serem indenizadas pela violação aos direitos fundamentais em comento. Indeniza-se, por danos materiais, quando, em decorrência de uma reportagem não verdadeira, ou verdadeira na qual se cometeu excesso, no exercício regular do direito de expressão, a pessoa, alvo da reportagem, experimentou prejuízo tais como perdas e danos ou lucro cessante. Indeniza-se por dano moral, quando a publicação inverídica ou o excesso doloso ou culposos atingiu a honra subjetiva da pessoa alvo, causando nela tristeza intolerável. E, finalmente, indeniza-se por danos à imagem, quando tal publicação fere a honra objetiva da pessoa alvo, causando mácula à imagem que se tem dela.

Do exposto, percebe-se que o constituinte originário, nas normas aplicadas a questão, deixou-a resolvida. Nem a liberdade de expressão é absoluta, nem o tutela da honra, da vida privada e da intimidade o são. Assegurou-se a liberdade de expressão, sem que com isso se tenha deixado ao relento, a honra, a vida privada e a intimidade. A liberdade de expressão não é absoluta, tanto que se previu o direito de resposta, as indenizações por dano material, moral ou à imagem. Assim como a tutela da honra, da vida privada e intimidade também não são absolutas, eis porque se previu a proibição de censura.

Com efeito, a limitação ao direito de expressar a opinião só poderá ocorrer *postem facto*, haja vista a garantia constitucional de que não haverá censura, ocorrendo a cedência das tutelas da honra e da vida privada, em favor da liberdade de opinião, que, por não ser absoluta, é limitada pela obrigação de indenizar, quando se viola a honra, a vida privada e a intimidade.

Em resumo, pode-se dizer tudo, desde que se responda pelo o que se disser (limitação a liberdade de expressão); e tutela-se a honra, a

vida privada e a intimidade, desde que a violação a elas não constitua exercício regular do direito de liberdade de expressão que justifique tais violações, o que enseja obrigação de indenizar.

3. Liberdade de opinião e crimes contra honra

Outra limitação à liberdade de expressão é a possibilidade de existência de crime contra honra, perpetrado por quem opina. Esse terreno é arenoso, porque nas democracias não se pode tolerar a existência de crime de opinião, mas isso não significa que não possa incorrer em crime quem publicar uma reportagem ou uma biografia não autorizada, por exemplo. É que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, como direito fundamental, não derogou o Código Penal, no que tange aos crimes contra honra, até porque, ao tutelar a honra como direito fundamental também, além da liberdade de opinião, a Constituição permite que se efetive tal tutela mantendo a criminalização de condutas que afetem a honra, desde que escapem as hipóteses de exercício regular do direito de opinião.

Note-se que a Constituição da República, em seu artigo 53, previu que os deputados federais e senadores são invioláveis por opinião, palavras e votos. Por normas de extensão, tal imunidade material foi estendida aos deputados estaduais e vereadores, estes últimos desde que estejam atuando em sua circunscrição. Ora, se deputados, senadores e vereadores são imunes por opiniões e palavras, como garantia ao direito/dever de fiscalização, inerentes às atividades deles, as demais pessoas não tem essa imunidade, com algumas exceções, nas quais se incluem os jornalistas, os advogados, os professores, por conta do direito à informação, do princípio da ampla defesa e da liberdade de cátedra, respectivamente. Afora isso, a liberdade de opinião e de expressão não implica em imunidade, e dela se difere. Não fosse assim, o constituinte originário não as tinha diferenciado.

O jornalista, autor de uma reportagem, ou ao artista/escritor, que publica uma biografia não autorizada, por exemplo, se desvirtuarem o exercício regular de direito, salvo se o fizerem sob o manto de um erro de proibição escusável (quando o agente se equivoca quanto aos limites da excludente de ilicitude, modalidade de erro de proibição afeita ao caso em discussão) ou se cometerem excesso no uso da justificante,

exceto na hipótese de excesso exculpante (quando se isenta de pena, quem por perturbação momentânea, capaz de afetar a consciência da ilicitude ou de impedir que o agente se determine conforme essa consciência), estão sujeitos a reprimenda penal, caso cometam difamação ou calúnia.

A liberdade de expressão ou de manifestação da opinião não são cartas brancas conferidas pelo constituinte para que se cometa calúnia ou difamação, por isso que se deve apurar a verdade dos fatos e se ater ao que se apurou, pelo que a conduta do agente, embora seja típica, não será antijurídica, não incidindo o jornalista em crime, porque estará agindo sob o manto do exercício regular de direito. Com efeito, não pode um jornalista emitir opiniões racistas (por exemplo) e alegar que o fez no exercício da liberdade de expressão, porque tal conduta não pode ser considerada exercício regular de direito.

O exercício regular do direito de expressão não difere das imunidades no campo do processo criminal, porque em ambos os casos se trata de excludente de antijuridicidade, por exercício regular do direito. A diferença aparece no campo da indenização civil. As imunidades parlamentares não permitem que deputados e senadores sejam condenados a indenizar alguém; enquanto a liberdade de expressão, por expressa disposição constitucional, preveem a possibilidade de um jornalista vir a ter que indenizar alguém pelo o que publicar.

Isso não quer dizer, contudo, que parlamentares possam dizer tudo. Porque não devem ser ignoradas as normas pertinentes ao decoro parlamentar. Porém, a reprimenda pela quebra de decoro só poderá ser imposta pelos seus pares. Ressalte-se que tal hipótese não é só rara, como não há caso para se citar, porque mesmo admitida em tese, não se fez até agora pela razão óbvia de não se criar precedente.

Nesse sentido, fica claro que a liberdade de opinião e a liberdade de expressão, em hipótese raríssima, podem, em tese, implicar em crime contra a honra, porque a proteção constitucional a esta, como direito fundamental, legítima que ela possa ser tutelada pelo direito penal, desde que a liberdade de opinião não esteja sendo exercida sob o manto de exercício regular de direito.

Entretanto, mesmo incorrendo em crime, não há falar em censura, porque esta foi expressamente proibida pela Constituição da Repúbli-

ca, conforme se disse no ponto anterior, podendo até haver condenação criminal após a publicação que seja antijurídica e culpável, mas jamais sendo permitida a proibição de opinar ou de se expressar.

4. Tutela inibitória, tutela preventiva e tutela cautelar

É possível que alguém tenha que indenizar outrem, pelo o que disser e/ou publicar, ou que alguém possa ser condenado por calúnia ou difamação, pelo mesmo motivo, em hipótese mais rara, uma vez que não existe crime de opinião no Brasil e também porque o direito penal é a última ratio.

Tortuoso é saber se é possível haver tutela inibitória, em juízo de cognição sumária (tutela preventiva) e/ou em juízo de cognição definitiva, para que a vítima das ofensas irrogadas por quem opina e/ou divulga não chegue a ser achacada publicamente.

É certo que o preceito constitucional de que nenhuma ameaça de lesão a direito escapará da apreciação do Poder Judiciário não constitui apenas a previsão de direito de ação para prevenir lesão iminente a direito, apesar, da correta separação que a ciência do direito faz entre direito de ação e o direito material para o qual se pretende obter a tutela jurisdicional, através do direito de ação.

Com efeito, o direito de ação é o direito de se obter do Estado juiz uma prestação jurisdicional, que pode ser positiva, que implica na obtenção da tutela jurisdicional por quem aciona o Judiciário na condição de autor; que pode ser negativa, quando o autor tem seu pedido julgado improcedente, mas que implica em obtenção da tutela jurisdicional pelo polo passivo, contestante ou não; e que pode ser neutra, quando se dá a extinção do processo sem resolução do mérito, seja porque inexistem todas as condições da ação, seja porque falta algum pressuposto processual de constituição ou de desenvolvimento regular do processo.

Como foi afirmado acima, ao prever que nenhuma ameaça de lesão a direito escapará da apreciação do Poder Judiciário, o constituinte atendendo as tendências da moderna teoria geral do processo, contemplou não só o direito de ação para risco iminente a direito, como também previu como direito fundamental o direito de se obter a tutela inibitória para esse fim.

A tutela inibitória é o meio pelo qual se obtém do Estado juiz uma obrigação de não fazer daquele contra quem se pede. Em sede de cognição sumária, a tutela inibitória se apresenta como tutela preventiva. É que a Constituição previu na norma em comento, tanto o direito de se obter a tutela inibitória, em cognição definitiva, como o direito de se obter a tutela preventiva, em sede de cognição sumária.

Portanto, a regra é a da possibilidade de obtenção da tutela inibitória e da sua vertente liminar, que é a tutela preventiva. Entretanto, quando a tutela preventiva e/ou a tutela inibitória diz respeito ao direito de se obter do Estado juiz a proibição de publicação de uma opinião, não é possível haver a proteção jurisdicional à ameaça de lesão a direito.

É dizer que especificamente, no que pertine à liberdade de opinião e de expressão, o constituinte foi claro em prever que não haverá censura (independentemente de censura ou licença). Ou seja, é factível a obtenção da tutela inibitória e também da tutela preventiva para evitar lesão a qualquer direito, menos lesão a direito a honra, imagem e moral, decorrentes do exercício do direito de opinião por outrem.

Diante do aparente conflito de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, uma que prever as tutelas inibitória e preventiva, e outra que proíbe a censura, no uso princípio da cedência recíproca, a primeira deve ceder, não incidindo neste caso, até por que não se pode perder de vista a regra de interpretação de que norma especial afasta a incidência de norma geral, e também porque entender o contrário é fazer por em desuso o preceito constitucional que proíbe a censura.

Então, como regra geral, admite-se sim a tutela inibitória e sua vertente liminar que é a tutela preventiva, mas não é admissível a incidência de tal dispositivo constitucional, quando isso implicar em censura a liberdade de expressão e opinião, que no caso em tela, se apresentam como norma especial, devendo afastar incidência da regra geral.

5. Conclusão

A Constituição da República deu especial tratamento à liberdade de expressão, prevendo que não haverá censura, e que a todos, especialmente aos profissionais de imprensa, é garantido do direito de dizer e/

ou publicar o que quiser, independentemente de censura, estando apenas passíveis de serem obrigados a indenizar por danos materiais, morais e a imagem daqueles que experimentarem prejuízos decorrentes do uso indevido do direito de opinião, que escapar ao exercício regular de direito, desde que não haja erro de proibição invencível ou excesso exculpante no uso da justificante.

Em casos mais raros ainda, se não houver exercício regular de direito, erro de proibição escusável ou excesso exculpante no uso da causa de exclusão da ilicitude, pode o emitente da opinião vir a ser condenado por crime contra a honra.

Porém, em hipótese alguma, admite-se censura no Brasil. Por isso, toda norma infraconstitucional que prevê tal possibilidade é materialmente inconstitucional. E ainda, o direito constitucional fundamental de se obter do Estado juiz tutela preventiva e/ou inibitória não incide em fatos que tenham como consequência a censura, pelo que ninguém pode ser impedido de dizer e/ou publicar nada, muito menos pelo Judiciário, que deve ser o guardião dos direitos fundamentais, ainda que a mensagem, objeto do pedido de não publicação, implique em dano material, moral, a imagem e até tenha conteúdo criminoso, pois caso isso aconteça, o ordenamento jurídico brasileiro prevê indenização civil para as três primeiras situações e reprimenda criminal para a última situação.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA ÓTICA AMBIENTAL

Adalberto Carim Antonio⁴²⁴

1. Introdução

Um breve passeio pelo tempo permite rememorar que o teor ambiental da Constituição Federal brasileira foi alvo da 1ª SEMANA DE PROPOSTAS AMBIENTAIS DA OAB/AM no pretérito ano de 1988. Na ocasião a recém criada Comissão de Meio Ambiente da Seccional Amazonense na Gestão do então Presidente Aristófanes de Castro Filho empenhou-se em instalar pioneiramente nos quadros da Ordem dos Advogados uma estrutura composta por advogados especializados com fito de tratar da questão e o fez de forma precursora em solo nacional.

A aludida semana realizada com esforços conjuntos do Centro Acadêmico de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas contou com nomes de relevo no plano nacional e internacional. O professor Herbert Schubert, do INPA (*Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia*) que então capitaneava o “Programa Governamental Nossa Natureza”, o Professor Roberto dos Santos Vieira, Ex-Reitor da Universidade Federal do Amazonas e “Introdutor da Disciplina Direito Ecológico” na grade do Curso de Direito em território nacional, foram alguns dos palestrantes desse já histórico evento. O professor Roberto Vieira lotou o auditório da Faculdade de Direito com o tema a “Tutela Ambiental na Nova Constituição brasileira”. Mais de duzentas pessoas se acotovelaram a época para assistir o saudoso mestre discorrer sobre os reflexos ambientais da novel Carta Magna.

424 Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Titular da Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias do Estado do Amazonas. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Limoges – França. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Metodologia de Avaliação de Impactos Ambientais pela Universidade do Tennessee – USA e UFAM. Integrou o Conselho Técnico Científico do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – INPA por duas gestões. Foi membro da Comissão Nacional de Apoio as Penas Alternativas do Ministério da Justiça. É professor universitário e autor de diversos livros e artigos em revistas especializadas.

A menção ao referido evento não poderia ser esquecida nessa obra, pois foi à primeira vez na Amazônia em que se debateu o aspecto ecológico da Constituição ora vigente. O assunto na ocasião provocou um frenesi entre acadêmicos e estimulou a visão de um *jus ambientalista* de scol que naquela ocasião conseguiu antever no texto constitucional, ainda de curta existência o supedâneo para uma verdadeira revolução no âmbito do então tímido Direito Ambiental tido por muitos como atrelado inexoravelmente ao Direito Administrativo, sem perspectivas de autonomia. A semana de conferências, agora envolta nas brumas da memória humana principiou com o tema Constituição Federal por ser essa Carta Constitucional especialmente consagrada ao tema em epígrafe em todo um capítulo. Mas seria essa a primeira vez que constituição e ecologia se compatibilizariam na Lei Maior do Brasil? Um novo recuo no tempo dessa feita bem atrás da década de 1980 permite algumas ilações bastante peculiares sobre o assunto.

2. Tutela Constitucional do Meio Ambiente no Período Anterior à Constituição de 1988

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada (*imposta*) em 25 de março de 1824, estabelecendo os seguintes pontos basilares: Um governo monárquico unitário e hereditário, voto censitário (*baseado na renda*) e descoberto (*não secreto*), eleições indiretas, onde os eleitores da paróquia elegiam os eleitores da província e estes elegiam os deputados e senadores (*para ser eleitor da paróquia, eleitor da província, deputado ou senador, o cidadão teria de ter uma renda anual correspondente a 100, 200, 400, e 800 mil réis respectivamente*), catolicismo como religião oficial, submissão da Igreja ao Estado.

Ademais estabelecia essa Carta quatro (4) poderes: *Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador*.

1) O Executivo competia ao imperador e o conjunto de ministros por ele nomeados.

2) O Legislativo era representado pela Assembléia Geral, formada pela Câmara de Deputados (*eleita por quatro anos*) e pelo Senado (*nomeado e vitalício*).

3) O Poder Judiciário era formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com magistrados escolhidos pelo imperador.

4) O Poder Moderador era pessoal e exclusivo do próprio imperador, assessorado pelo Conselho de Estado, que também era vitalício e nomeado pelo imperador.

Pode-se assim inferir que a Constituição Imperial de 1824 não faz qualquer referência à matéria ambiental. Referia-se, no entanto, as Câmaras Municipais em seu art. 169 expressando: *“O exercício de suas funções municipais, formação das posturas policiais, aplicação de suas rendas, e todos os seus particulares, e o texto atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar.”*

Apesar de não abordar a questão ambiental o texto imperial fez eclodir o embrião das posturas policiais tão importantes hodiernamente na proteção ambiental das cidades brasileiras. Com essa premissa constitucional de antanho surge o Diploma Legal, de 1 de outubro de 1828 que: *“Dá nova forma as Câmaras Municipais, marca suas atribuições, e o processo para sua eleição, e dos Juizes de Paz”* (é considerada a primeira lei de teor ambiental após a independência do Brasil).

Em seu teor pode-se vislumbrar, aspectos urbanísticos e ambientais de vanguarda pertinentes a qualidade de vida, higidez e proteção contras as fontes ruidosas (*poluição acústica ou sonora*) nas cidades e povoações, ainda dominadas por costumes infectos medievais:

Art. 66 – Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito à polícia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações e proverão por suas posturas sobre os objetos seguintes:

§ 1º - Alinhamento, limpeza, iluminação, e despachamento das ruas, cais e praças, conservação e reparos das muralhas feitas para a segurança dos edifícios, e prisões públicas, calçadas, fontes, aquedutos, chafarizes, poços, tanques e quaisquer outras construções em benefício comum dos habitantes, ou para decoro e ornamento das povoações.

§ 2º - Sobre o estabelecimento de cemitérios fora do recinto dos templos, conferindo a esse fim com a principal autoridade eclesiástica do lugar; sobre esgotamento de pântanos, e qualquer estagnação de águas infectadas; sobre economia e asseio dos currais, e mata-

douros públicos; sobre a colocação de curtumes, sobre o depósito de imundícies, e quanto possa alterar; e corromper insalubridade da atmosfera.

§ 3º - Integram a competência das Câmaras Municipais legislar sobre: (...) edifícios ruinosos, escavações, e precipícios nas vizinhanças das povoações, mandando-lhes divisas para advertir os que transitam; suspensão e lançamento de corpos, que possam prejudicar, ou enxovalhar aos viandantes (...), providências para acautelar, e atalhar os incêndios.

§ 4º - sobre as “vozeiras nas ruas em hora de silêncio” (...).

A Constituição Federal de 1891 no denominado *Período Republicano*, mais precisamente em seu artigo 34, nº. 29 enseja competência legislativa da União para as minas e terras.

A Constituição de 1934 dispunha no artigo 5º, inciso XIX e I competir privativamente a União o poder de legislar sobre: “*os bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração*”. O texto constitucional em lume tratava, pois da formulação de políticas de governo, em particular nos setores estratégicos, como siderurgia e petróleo.

De uma forma geral o regime propunha a criação das condições consideradas necessárias para a modernização da nação: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômico. Por todas essas características, muitos identificaram similitudes entre o Estado Novo com a indigitada abertura do caminho para o grande Brasil e o fascismo.

A Constituição Federal de 1946 (*a polaca*), no artigo 5º, inciso XIV, alínea “I”, denota competir a União legislar sobre: “*riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca*.” O texto constitucional de 1967, no artigo 8º, inciso XII, dispunha competir a União: “*organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações*”.

Um pulo cronológico permite perceber a Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 (*uma verdadeira constituição ainda que concebida sob parâmetros pouco ortodoxos*) em que a energia foi subdividida em elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza.

3. Uma Visão Contemporânea

Mais um salto quântico, dessa feita ao pretérito ano de 1988 pela primeira vez na história do país a Constituição da República abarcou o tema meio ambiente dedicando inteiramente a esse tema um capítulo. A Carta Magna contemplou não somente seu conceito normativo, ligado ao meio ambiente natural, como também reconheceu suas outras faces: o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente cultural e o patrimônio genético, também tratado em diversos outros artigos da Constituição.

Pode-se asseverar que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma miríade de inovações destinadas a alavancar a tutela ambiental no Brasil, tornando o Direito Ambiental um ramo do Direito com expresso supedâneo constitucional, dirimindo dúvidas jurisdicionais e doutrinárias sobre sua autonomia e possibilidade de implementação.

Assim a Lei Maior de 1988 traz ao universo jurídico pátrio um dos textos ambientais mais avançados do planeta; possui um Capítulo próprio dedicado a questão ambiental. Em seu cerne o meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de direito fundamental pela ordem constitucional amesalhando assim status constitucional.

No que pertine ao primeiro item é necessário clarificar que anteriormente ao Brasil, algumas nações já haviam disciplinado a matéria ambiental em suas respectivas Constituições. Portugal por exemplo, *o fez pioneiramente em 1976; a Espanha em 1978; o Equador em 1979, mesmo ano em que o Peru; sendo seguido na América do Sul pelo Chile e Guiana em 1980.* O Brasil conquanto não tenha sido o País pioneiro ao prever esse assunto em seu texto constitucional o fez de maneira minudenciosa.

É importante salientar que a despeito de enfatizar o meio ambiente em todo um capítulo o tema pulula por toda a Carta Constitucional. Já no art. 1º, do Título I, que menciona os princípios fundamentais em que se alicerça a República Federativa do Brasil verifica-se “*a dignidade da pessoa humana*”:

TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a *dignidade da pessoa humana*; (g. n.)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana⁴²⁵ só pode ser obtida com acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com qualidade de vida, em um ambiente hígido. O constituinte brasileiro procurou estabelecer na Carta Magna competência comum a todos os Entes Federativos no que pertine a proteção ambiental e ao combate da poluição em qualquer de suas formas. Dessa maneira União, Estados, Distrito Federal e os Municípios deveriam se organizar para cumprir as determinações de zelo e guarda do patrimônio ambiental brasileiro:

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - *proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios-arqueológicos*; (g. n.)

IV - *impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural*; (g. n.)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*; (g. n.)

VII - *preservar as florestas, a fauna e a flora*; (g. n.)

425 "Princípio 1 – *Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.*" Declaração dos Direitos Humanos.

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI recursos - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo Único - Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

O mencionado Constituinte estava certamente munido de boa vontade, mas não poderia prever a cizânia que se instalaria na nação com o Parágrafo Único, do art. 23. Ao aduzir que uma Lei Complementar fixaria normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com vista à obtenção do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Os resultados a médio e longo prazo não foram exatamente positivos. Espalhou-se o licenciamento ambiental em diversos níveis com a contestável prática de exigência simultânea de “*autorização*” por vários órgãos de proteção ambiental para implementação de serviços que iam da construção de uma padaria até um sofisticado condomínio. Muitas obras eram absolutamente ignoradas pelo Poder Público e outras agressivamente disputadas.

O computo dessa situação até recentemente era de total instabilidade jurídica em razão basicamente da não edição da pugnada lei complementar que passou décadas para se materializar gerando batalhas judiciais como a Ação Declaratória de nº 001.09.205902-4 ajuizada pelo *SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO AMAZONAS – SINDUSCON* contra o *MUNICÍPIO DE MANAUS* por ato perpetrado pela *SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE – SEMMAS*, e *INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO AMAZO-*

NAS – IPAAM, na VARA ESPECIALIZADA EM MEIO AMBIENTE E QUESTÕES AGRÁRIAS DO ESTADO DO AMAZONAS com fito de obtenção da tutela jurisdicional, para em definitivo ver declarado, por sentença, a competência para o licenciamento ambiental no Município de Manaus.

Alguns trechos da decisão judicial em comento dão a tônica da ce-leuma provocada pelo tema que é balizado na decisão monocrática pela Carta Magna que reconhece o Município e sua relevância para fe-deração:

“A Lei nº. 6938/81 precisa ser adequada à *nova ordem constitucional*, onde também é reconhecido aos municípios o status de ente federa-do. Contudo, em algumas alterações tópicas já foram implementa-das, porém persistem anacrônias que, enquanto não forem resoluvi-das pelo legislador com a elaboração de nova lei, continuarão a dar azo a contendas como as que ora se apresentam nos autos entre os entes federados competentes para tratar da questão ambiental. Um dos fatos de grande incongruência da supracitada lei, é a afirmação no art. 6º, VI, os municípios são partes integrantes do Sistema Na-cional do Meio Ambiente – SISNAMA, como órgãos locais responsá-veis pelo controle e fiscalização das atividades capazes de provocar degradação ambiental, em outro momento, negar-lhes no art. 10, a competência para o licenciamento ambiental, provando que adapta-ções tópicas não são medidas adequadas à resolução do problema da anacrônia do instrumento legal em questão.” (g. n.)

“A Lei Maior, além de elevar o meio ambiente ao status constitu-cional, priorizando a preservação do meio ambiente, anteriormente protegido somente no plano infraconstitucional, delimitou as com-petências dos Entes da federação, inovando na técnica legislativa, inserindo em seu texto diferentes artigos disciplinando a compe-tência para legislar e para administrar. Essa iniciativa teve como fito descentralizar a proteção ambiental. Dessa forma, União, Estados, Municípios e Distrito Federal possuem ampla competência para le-gislar sobre matéria ambiental, apesar dos já triviais conflitos de competência.”

“Essa múltipla composição, conseqüentemente, permite que sobre o mesmo povo e sobre o mesmo território, seja sentida a incidência

de diversas ordens estatais, o que só se torna possível em razão da repartição de competências dentre os entes federativos. Assim, dentro de um estado federado, o sistema de repartição de competências é um aspecto fundamental, sendo apontado como um dos principais responsáveis por viabilizar uma atuação pública eficiente.”

“Em relação ao tema meio ambiente: *“a Constituição Federal estabelece uma competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para articularem políticas públicas ambientais, ou seja, para exercerem suas competências administrativas e para protegerem o meio ambiente”* (g. n.)

Na temática ambiental a ausência de critérios claros na definição das atribuições entre os diversos entes federados vem trazendo uma série conflitos na aplicação de instrumentos da gestão ambiental como a sobreposição de ações de entes federados ou mesmo a inexistência destas, causando sérios prejuízos ao meio ambiente.

A tradicional centralização das ações administrativas de cunho ambiental na União e nos Estados vem impedindo que os Municípios assumam suas responsabilidades constitucionais na matéria ambiental. Neste sentido, *“a excessiva carga de atribuições à União e aos Estados impede uma melhor cooperação entre todos os entes federados”* (g. n.).

Após mais de vinte anos e incontáveis discussões legislativas e mais uma substancial quantidade de debates acadêmicos surgiu a Lei Complementar nº. 140, de 2011 com escopo de fixar normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23, da Constituição Federal/88, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora alterando a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

A esperada Lei situa como regra no que pertine as ações de licenciamento e fiscalização que o órgão licenciador possui o *“mister”* fiscalizatório. Assim a União, através do IBAMA, tem como fito entre outros o licenciamento dos empreendimentos e atividades localizadas no país e países limítrofes, no mar territorial e plataforma continental, em ter-

ras indígenas, em dois ou mais estados ou localizados em unidades de conservação instituídas pela União, bem como de empreendimentos de caráter militar ou que envolvam materiais radioativos.

As ações administrativas dos Estados abarcam a formulação, execução e manutenção da Política Estadual do Meio Ambiente, incluindo-se, por óbvio *o cumprimento da Política Nacional; a organização e manutenção de um Sistema Estadual de Informações sobre Meio Ambiente; a manutenção e divulgação da lista de animais sob risco de extinção; a aprovação para funcionamento de criadouros de animais silvestres e o controle da pesca e transporte de resíduos perigosos no âmbito estadual.* Existe na retromencionada lei expressa dilação no sentido de que cabe ao Estado o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambientais (APA's). A ação do Estado nesse âmbito é, portanto residual, ou melhor, atinge a todos os empreendimentos e atividades não inseridos nas atribuições da União e dos Municípios.

Para os municípios (*Art. 9º*) foram elencadas as obrigações de formular, implantar e fazer cumprir a Política Municipal de Meio Ambiente e do Sistema Municipal de Informações sobre Meio Ambiente, além de implementar no seu território as políticas estadual e nacional, como também fornecer os dados para os sistemas de informações dos demais entes federativos. É de se salientar que o conteúdo do artigo 182, §1º, da Constituição Federal em análise e as disposições do Estatuto da Cidade, foram amplamente recepcionados com a diáfana pertinência municipal na elaboração do Plano Diretor, respeitados os zoneamentos ambientais estabelecidos pelo estado e pela União (*Art. 9º, incisos*).

No que tange ao polêmico licenciamento ambiental antevisto na decisão judicial da Vara Especializada previamente citada a lei complementar proclama ser o Município competente para o licenciamento dos empreendimentos que causem impacto local e os situados em unidade de conservação municipal, com exceção das Áreas de Proteção Ambientais (APA's).

Sem olvidar o tema principal do presente texto, convém ressaltar que desavença não chegou ao fim. Essa conclusão decorre da perfunctória leitura do conceito de impacto local (art. 9º, XIV, "a"):

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade;

Ora de meridiana clareza o fato de que repousa no Conselho Estadual o estabelecimento de critérios do que cause ou possa causar impacto ambiental. Parece ser no mínimo um fato pouco compreensível a luz do pacto federativo, uma vez que os entes que o compõem não obedecem uma escala hierárquica. A indagação que não pode ser contida é como pode o Estado dosar a atribuição municipal conceituando impacto local. Vislumbra-se, pois o inequívoco esmaecimento da competência municipal de licenciamento em face da ingerência do Estado.

Em um prisma eminentemente prático pode-se vaticinar que a contenda remuneratória há de continuar, pois licenciamento e fiscalização como substanciais fontes de arrecadamento que são não serão tão facilmente deixadas de lado. Tudo isso, mesmo com a iniludível certeza do art. 13 que expressa, a obrigatoriedade de licenciamento único, em um único ente, fato de muito externado na Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA nº 237/97:

Art. 13 - Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

Efetuada essas considerações concernentes a esse aspecto controverso da Carta da República, dispõe o art. 24, sobre a competência concorrente para legislar sobre temas como florestas, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e controle da poluição:

Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

§1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A primeira vista esse artigo parece ter diminuído a importância do município relegando-o a um menor patamar. No entanto, a rápida leitura do art. 30, da Constituição Federal de 1988 revela justamente o oposto:

Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Alterado pela EC 53/2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Assim a norma estatuída no retrocitado art. 30, I, da Constituição Federal brasileira de 1988, revela de modo diáfano o Município como ente federativo ou entidade condômina de exercício de atribuições constitucionais, que detem autonomia política, auto-organizatória, administrativa e financeira, que não demanda autorização externa para implementar seu ordenamento. O termo interesse local abrange todos os assuntos de interesse do Município, bem como tudo aquilo que nele reflete de modo direto ou indireto.

Oportuna a reflexão de Vladimir Passos de Freitas⁴²⁶:

“Desde logo é preciso deixar claro que a competência comum a que se refere o art. 23 da Carta Magna não é para legislar, mas sim para atuar na proteção ao meio ambiente. É no art. 30 que se encontrará a base constitucional para a elaboração de lei. É aí, sem dúvida, que surgem as maiores dúvidas e as indagações mais complexas. *O inc. I não é específico ao meio ambiente, mas a ele também se aplica, pois dá ao município competência para legislar sobre assuntos de interesse local.*” (g. n.)

O art. 129 apresentou ao país um Ministério Público inegavelmente campeão na defesa do meio ambiente que dotado de uma nova indumentária institucional passou a promover o inquérito civil (*procedimento administrativo com propósito de amearhar provas*) e a ação civil pública destinada à proteção do meio ambiente e de outros interesses

426 FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

difusos e coletivos. O “*Parquet*” robustecido por esse supedâneo constitucional tem sido incansável na luta contra os degradadores ambientais pessoas físicas e jurídicas:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Constituição Federal ousou ainda ao estabelecer como princípio essencial da atividade econômica em solo nacional a defesa do meio ambiente. Ora, a breve consulta a citada Lei nº 6.938/81 já permitia concluir que o fito do complexo de leis do sistema jurídico brasileiro pugnava pela compatibilização do desenvolvimento e da proteção ambiental. São Metas não excludentes, portanto, plenamente recepcionadas pelo texto da Lei Maior. Dessa forma o constituinte aduziu a importância da livre iniciativa, da valorização do labor, da existência digna, lastreadas em ditames como a proteção ambiental.

Percebe-se, ainda, que o meio ambiente como vislumbrado pelos legisladores pátrios não se restringe a natureza alcançando o meio ambiente do trabalho onde a qualidade de vida e respeito à saúde, segurança e higiene devem estar presentes:

TÍTULO VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170 - *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - *defesa do meio ambiente*; (g. n.)

Em um Brasil de antanho esse comandamento constitucional não faria muito sentido uma vez que progresso e degradação ambiental pareciam caminhar *pari passu*. Aliás, esse foi um dos motes (*dos mais infelizes*) defendidos pelo governo militar brasileiro na Conferência de Estocolmo de 1972. Naquela ocasião tudo valia para obtenção do progresso. Dessa maneira, não faz muito tempo, que a visão da sociedade inclinava-se no sentido de que as inquietações ecológicas eram inoportunas e embaraçariam o desenvolvimento e industrialização das nações emergentes.

Ulteriormente a Carta do Rio, emanada da ECO-92, patenteou o conceito de desenvolvimento sustentável, como sendo precipuamente aquele que atende as necessidades das gerações hodiernas sem comprometer o bem-estar das gerações vindouras. É o que a jurista norte americana, *Edith Brown Weiss* denominou como: *Intergenerational Equity* no sentido que a sociedade atual possa explorar de modo equânime os recursos naturais sem atentar contra os interesses daqueles que virão e terão de assumir esse legado.

Ainda no âmbito da ordem financeira a Constituição Federal denota que o Estado como encarregado da normatização e regularização da atividade econômica cercará a atividade de prospecção mineral de cuidados com o meio ambiente. Extrativismo mineral é a forma “*politicamente correta*” de se abordar essa atividade que desregrada já “*feriu de morte*” tantos rios da Amazônia e contaminou inúmeras comunidades de povos da floresta, principalmente com o uso do metal pesado mercúrio usado indiscriminadamente por longo período na busca do ouro.

Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento;

§2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo;

§3º - *O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.* (g. n.)

O art. 186 da Constituição em lume em posição de absoluta vanguarda denota que a função social da propriedade só é obtida quando essa se amolda a requisitos dentre os quais a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente:

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;* (g. n.)

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Uma concisa reflexão sobre o tema acima disposto leva a conclusões nada animadoras. O Brasil do Século XXI, ainda tenta resolver problemas fundiários que outras nações do globo deslindaram no século XIX. As invasões de terra motivadas por razões que por vezes nada tem a ver com a questão habitacional tem sido nefastas para o meio ambiente causando verdadeiras “*chagas urbanas*” em cidades como Manaus capital do Amazonas.

O art. 220 que trata da comunicação social destaca a liberdade de pensamento e estabelece meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de defesa contra propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O art. 225 é sem sombra de dúvidas o ponto de realce em matéria ambiental no corpo constitucional. Para começar assevera que todos, nativos ou não, moradores dessa nação têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Situa o *caput* desse artigo que o meio ambiente que uma vez no passado foi considerado coisa de ninguém é categoria de bem distinguido que não é público ou privado e sim de uso comum do povo, inapropriável, de titularidade difusa. Sua manutenção pelo mesmo *caput* é imprescindível a sadia qualidade de vida, portanto como observado alhures indispensável à vida digna. O mister iniludivelmente impingido ao Poder Público (*e dessa atribuição não pode se afastar o Poder Judiciário*) nesse contexto é defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Está também evidente que só o Poder Público não é suficiente para atingir tão importante escopo, é necessário que a coletividade se empenhe nessa missão com igual ímpeto. No Estado do Amazonas é oportuno salientar o papel da coletividade é imperativo, uma vez que as forças combinadas das instituições encarregadas da tutela ambiental são estruturalmente insuficientes para cobrir um território de proporções continentais.

O conteúdo do art. 225 vai além e estabelece as bases para a criação das unidades de conservação (*regulamentadas pela Lei nº 9.985/2000*), vedando qualquer utilização que comprometa a integridade de seus atributos e denotando que sua alteração e supressão que só poderá ocorrer por força de lei. O supedâneo constitucional para realização do EPIA (*estudo prévio de impacto ambiental*) quando da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente encontra-se disposto no mencionado art. 225, da CF/88.

Um outro aspecto bastante singular do Capítulo em comento diz respeito aos princípios do Direito Ambiental que por ele se espraiam. O *Princípio da Precaução* está bem sedimentado no acima citado inciso IV, do §1º. Outro exemplo bastante claro é o denominado *Princípio da Tolerância* pelo qual o Poder Público deve controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. A quantidade de coliformes fecais existentes no meio hídrico e a emissão

de ondas sonoras nocivas a saúde humana são algumas situações em que esse controle deve se manifestar ostensivamente.

O inciso VI, do art. 225 trata da educação ambiental e da promoção da conscientização ambiental pública para proteção ambiental. Nesse ângulo específico a Constituição determina como incumbência ao Poder Público (*e novamente o Poder Judiciário não está isento desse mister*) que promova a conscientização ambiental. Ao Poder Judiciário cabe, pois, uma missão docente inequívoca, seja na aplicação de sentenças ecologicamente corretas, como também no esclarecimento dos jurisdicionados e operadores do direito dessas verdades ecológicas. O próprio Egrégio Conselho Nacional de Justiça editou recomendação no sentido de que os Tribunais brasileiros que notoriamente exercem grande pressão por sobre os recursos naturais, implantem comissões de gestão ambiental em suas estruturas com o propósito de mitigar tal pressão e socializar práticas ambientalmente corretas entres seus servidores e usuários.

O §3º, do art. 225 exprime que: “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”. Essa percepção do constituinte brasileiro encerra a discussão existente sobre a possibilidade de se responsabilizar criminalmente os entes morais responsáveis por violação da legislação ambiental em vigor. Mesmo com os ainda acalorados debates entre adeptos da teoria da ficção e da realidade é impossível de se refutar o comandamento constitucional. Além da inofismável previsão na Lei Maior essa possibilidade é minudenciosamente tratada no Diploma Legal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, popularmente conhecido com a Lei da Vida. O Brasil ao criminalizar as Pessoas Jurídicas degradadoras do meio ambiente segue uma tendência mundial inexorável que principiou pelos países herdeiros da coroa britânica como os Estados Unidos da América do Norte, a Austrália, a Nova Zelândia atingindo até mesmo o Japão (*depois da Segunda Guerra Mundial*), Portugal e França (*cujo Código Penal de 1994 tanto influenciou a legislação nacional*).

O §4º, do art. 225 que aponto: *a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira* como patrimônio nacional, espelhando que utilização se dará

na forma da lei, com condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais foi alvo de intensa controvérsia. Inúmeros foram aqueles que traduziram a intenção do constituinte como a proprietária ou limitadora dos direitos de quem possua propriedade nessas regiões.

Essa controvérsia acabou por chegar a mais Alta Corte da nação onde Ministros como Celso de Mello clarificaram o assunto de modo bastante pragmático, afastando qualquer tentativa de sugerir terrorismo ecológico ou desintegração da nação por forças ambientais ocultas:

[...] Não creio que o termo “*patrimônio nacional*”, no invocado §4º, seja empregado em sentido jurídico importando na supressão das propriedades privadas existentes, antes de 5 de outubro de 1988, na gigantesca área coberta pelas Florestas Amazônica, do Pantanal, etc.. Demonstração inconcussa de que é simplesmente cerebrina a interpretação oferecida (...), encontrámo-la no art. 20 que enumera taxativamente os bens da união, fazendo-o de maneira minuciosa e precisa. Se há expressa referência, v.g; a “*terrenos de marinha e seus acrescidos*”, aos “*potenciais de energia hidráulica*”, ou aos “*recursos minerais, inclusive do subsolo*”, nenhuma referência é feita às florestas de que trata o § 4º do art. 225, sinal de que pertencem à União tão-somente as florestas que cobrem as terras de sua propriedade. A expressão “*patrimônio nacional*”, empregada no §4º do art. 225 da Constituição Federal, tem sentido figurado, não significando, absolutamente, que as áreas particulares abrangidas pelas florestas e matas nele enumeradas tenham sido convertidas em bens públicos da União [...]. A análise do conteúdo normativo constante do preceito inscrito no art. 225, §4º, da Carta Federal, de outro lado, permite constatar que, nele, inexistente qualquer regra que, revestida de eficácia exonerativa, desobrigue o Estado de indenizar os particulares em situações específicas de danos patrimoniais causalmente imputáveis à atividade do Poder Público em sede de tutela ambiental. É de ter presente, neste ponto, que, sendo de índole comum o direito à preservação da integridade ambiental, não se pode impor apenas aos proprietários de áreas localizadas na Serra do Mar - que venham a sofrer as conseqüências derivadas das limitações administrativas incidentes sobre os seus imóveis - os ônus concernentes à concretização, pelo Estado, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, em benefício de todos, de um meio ambiente ecologicamente

equilibrado. Por tal razão, as normas inscritas no art. 225 da Constituição há de ser interpretadas de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções [...]”.

Uma crítica feita na ocasião por alguns ambientalistas como Fábio Feldman foi que o art. 225 não conseguiu varrer a energia nuclear do país, uma vez que concebe a possibilidade de operação de usinas nucleares em locais definidos por lei federal. De fato com tantas alternativas como biomassa, energia eólica, energia solar e usinas hidrelétricas cada vez mais aperfeiçoadas e menos impactantes a manutenção de usinas nucleares é questionável, mormente em uma sociedade assombrada recentemente por eventos como o de “*Fukushima*” no Japão que mostraram quão vulneráveis podem ser esses complexos:

CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações:

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei;

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;

§4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais;

§5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;

§ 6º - As usinas que operam com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

4. Conclusão

A Carta Constitucional brasileira reconhece o direito ao ambiente como um dos direitos basais da pessoa humana e que a priorização para o deslinde das questões ambientais são de suma importância para a sociedade, para a preservação de valores ecológicos insopesáveis. A Constituição estabelece ainda, como princípio fundamental a defesa ambiental e enfoca tal ação como vital para as gerações presentes e futuras impingindo a todos a tarefa de proteger e respeitar o meio ambiente. Ao tratar do tema elevando-o ao cume constitucional instituiu a Lei Maior um expressivo arquétipo na edificação de uma

coletividade contributiva, plena de indivíduos dispostos a auxiliar e encampar um pleito de tamanha magnitude.

É óbvio que os dispositivos ambientais no texto constitucional existentes são impregnados de elementos advindos da multidisciplinaridade, da transversalidade fato que torna por vezes sua interpretação um desafio para os operadores do direito que devem buscar em outros ramos do conhecimento científico apoio para tal messe.

Finalmente, é possível inferir que se a humanidade pretende assegurar sua permanência ordeira no terceiro planeta a partir do sol por mais alguns milhares de anos é necessário respeito, reflexão e implementação dos comandamentos que a própria natureza estruturou com tanta sapiência. Na situação específica do Brasil os constituintes que labutaram na Carta Magna permitiram substancial vantagem em relação a outras nações presumindo-se obediência estrita ao texto ainda hoje tão oportuno e de primeira linha.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 02/09/1981.

FREITAS, Vladimir Passos. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 1ª edição, 2ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1995.

SEMINÁRIO “1ª Semana De Propostas Ambientais Da OAB/AM”, Seccional da Ordem dos Advogados do Amazonas, 1998, Manaus/AM.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988, COMO UM DOS MODELOS MAIS AVANÇADOS E MODERNOS DO CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

*Lúcia Maria Corrêa Viana*⁴²⁷

Introdução

Preliminarmente não poderia deixar de agradecer a honra por ter sido convidada a participar desse seleto e magnânime grupo de autores, uníssonos em não tão somente comemorar os vinte e cinco anos da Constituição Brasileira, como também, e principalmente, homenagear aquele, que intitulado e revestido da incumbência de relatar o novel texto constitucional da época, de seu anteprojeto, missão de responsabilidade infinita, e como não poderia deixar de ser, permeada de muitas agruras, todavia, que, com maestria, competência, ética, honradez, fidalguia, elegância e responsabilidade, em seu mister, que aliás são atributos marcantes e norteadores em sua vida e em sua trajetória política e jurídica nesse país, assim desincumbiu José Bernardo Cabral.

Deixa-nos o eterno senador em seu legado, uma das mais democráticas constituições de todos os tempos, reconhecida como um modelo avançado similar às congêneres das nações desenvolvidas, e que tem servido como paradigma para elaboração das cartas magnas de outros países, destacando-se por ser a única em que dedica um capítulo inteiro para a proteção e tutela do meio ambiente.

427 Magistrada do TJ/AM, Coordenadora da Escola da Magistratura/AM, Mestre em Direito Ambiental pela UEA, Pós-Doutora em Direito pela UNILAM, Argentina, Professora de Direito Ambiental da UEA-Bacharelado em Segurança Pública e Ciências Militares, Professora de Direito Ambiental, Temas Emergentes de Direito Ambiental e Processo Ambiental da Faculdade Martha Falcão, Conselheira do Conselho do Meio Ambiente do Estado do Amazonas, Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Amazonas, Ex-Conselheira do Conselho de Direitos Humanos do Estado do Amazonas, Diretora Cultural da Associação dos Magistrados do Amazonas, autora de obras sobre a temática ambiental.

Com esse sentimento e propósito, pretende-se com esse artigo, didaticamente, sublimar acanhadas considerações gerais acerca da lei maior do país, Constituição Federal da República Brasileira, por ocasião de seus vinte e cinco anos de comemoração, daquela em já se convencionou chamar de Constituição Cidadã, Constituição Ecológica e Constituição Verde, que tem sido reverenciada e citada com enorme credibilidade em cenário internacional, sobretudo no que pertine à tutela constitucional ambiental. Para tanto, tergiversaremos acerca de sua formatação, inclusive utilizando parâmetro histórico, e importância para a vida da nação, e no que diz respeito ao seu balizamento na seara ambientalista, inicialmente a partir de um cenário transconstitucional, sobretudo perpassando por cenário europeu que já data seus trinta e cinco anos de constitucionalização e juridicidade ambiental, assim como dentro desse contexto de Direito Comparado, invocando constitucionalização latino-americana.

A abordagem revestida de transconstitucionalidade deve-se aos ensinamentos do renomado Professor Marcelo Neves, em seu livro *Transconstitucionalismo*, além de *A Constitucionalização Simbólica*, e *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*, titular da UNB, livre-docente da Universidade de Friburgo, na Suíça, Doutorado na Alemanha, tendo sido professor catedrático em Frankfurt, autor de inúmeras obras sobre essa tema, ex-Conselheiro do CNJ, e tendo sua obra sido citada por Jurgen Habermas.

As tratativas sobre o tema em cenário europeu, como não poderia deixar de ser, devem-se ao eminente e imortal José Joaquim Gomes Canotilho, nas obras *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro* e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, professor catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Fundador e Diretor da *Revista de Direito de Ordenamento e do Ambiente* e Membro Assessor da *Revista Anuário Ibero-Americano da Justicia Constitucional*, Prêmio Pessoa 2003 da União Européia, e autor de renomadas obras. No decorrer do artigo também foram compelidos a emprestar seus brilhantes ensinamentos os professores Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Antonio Cançado Trindade, Luís Roberto Barroso, Paulo Affonso Leme Machado, Miguel Reale, Norberto Bobbio, Ricardo Luís Lorenzetti, Horacio Rosatti, José Rubens Morato

Leite, Patrick de Araujo Ayala, Luíz Paulo Sirvinskas, Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey, Vladimir Passos de Freitas, Paulo de Bessa Antunes, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Ulrich Beck, Terence Dornelles Trennephol, Edis Milaré, Juan Cianciardo, Mario Valls, Mariana Valls e Flávia Piovesan.

1. Constituição. Constitucionalismo. Surgimento. Historicidade. Direito Comparado. Transconstitucionalidade

Propomos que, anteriormente a considerarmos verdadeiramente e lançarmos mão do nosso grandioso texto constitucional, que possamos inicialmente viajarmos pelas origens históricas, hodiernas, culturais, filosóficas, do nascimento de um texto constitucional, e até nos embeberando por surgimentos e textos transnacionais.

Com vistas às necessárias reflexões que se impõem a fim de que possamos considerar sobre a temática proposta, faz-se imprescindível que iniciemos a partir de entendimento acerca do que se pode considerar constituição e constitucionalismo. É sabido que os relevantes problemas jurídico-políticos que careciam de resposta do movimento constitucional moderno nos apresentam a correta compreensão do direito constitucional, razão pela qual faz-se necessário estudo do que diz respeito aos ciclos longos e dos momentos fractais da ideia constitucional, para somente após se proceder a um estudo sistemático das estruturas fundamentais do direito constitucional, no dizer do eminente J.J. Gomes Canotilho.

Inúmeras raízes fincadas em horizontes temporais diacrônicos e em históricos geográficos e culturais distintos geraram o movimento constitucional propulsor da constituição em sentido moderno. Aprendemos, por tanto, que não existe, rigorosamente, um constitucionalismo, mas inúmeros constitucionalismos, a citar, o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo francês, o constitucionalismo americano. Será, assim, razoável considerarmos a existência e proliferação de movimentos constitucionais com corações nacionais, ainda assim que aproximem-se momentaneamente entre si, resultando em complexa costura histórico-cultural. Define J.J. Gomes Canotilho que constitucionalismo nada mais é que a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimen-

são estruturante da organização político-social de uma comunidade. Cita ainda o autor que o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos no pensar de Matteuci. Nos remete, dessa feita, a um aclarado juízo de valor a definição de constitucionalismo. Em última análise, tanto quanto a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo, trata-se de uma teoria normativa da política.

De outra sorte, levando-se em conta parâmetro histórico-descritivo, refere-se a constitucionalismo moderno para dar nome a movimento político, social e cultural, que instigado nos aspectos político, filosófico e jurídico, inquire os esquemas tradicionais de domínio político, mais precisamente a partir de meados do século XVIII, apontando concomitantemente a invenção de inovadora formatação de fundamentação e ordenação do poder político. Essa nova vertente de constitucionalismo tem por finalidade contrapor-se ao antigo constitucionalismo, nos ensinado por J.J. Gomes Canotilho, como aquele conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Essas noções sedimentaram-se e prolongaram-se por longo período, alcançando desde o fim da Idade Média até o século XVIII. Assim o prefalado constitucionalismo moderno orquestrou legitimidade ao surgimento da decantada constituição moderna, a qual pode ser traduzida em ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político, de conformidade com o pensamento do referido e renomado jurista.

Entretanto, antes de reduzir a termo ou a escrito, seria necessário estabelecer parâmetros para criação da norma, como construir essa norma, como dizer a norma. Daí que surgem diversos modelos e daí que se ouve falar em poder constituinte, ou como na concepção do exemplo americano, a criação de um corpo de regras superiores e invioláveis, no qual adquire centralidade política a ideia de um poder constituinte. O “WethePeople” oferece a dimensão básica desse poder, qual seja o de criar uma constituição, registrando em um documento um conjunto de regras invioláveis onde se consolidasse a ideia de povo dos Estados Unidos como autoridade ou poder político superior; subordinação do legislador e das leis que ele produz às normas da cons-

tituição; inexistência de poderes supremos ou absolutos (checks and balances); e garantia de modo estável de um conjunto de direitos plas-
mados em normas constitucionais. Esse poder constituinte, no figuri-
no norte americano, expressa uma filosofia garantística, não sendo a
constituição um projeto para o futuro, mas sendo uma forma de garan-
tir direitos e de limitar poderes. Vê-se assim na Revolução Americana
que o poder constituinte é o instrumento funcional para redefinir a
“Higher Law”.

De outro modo, o criar a norma no modelo francês traz um poder
constituinte como fórmula fractal e projectante, uma vez que pela Re-
volução Francesa surgem dimensões totalmente novas pelo apareci-
mento da nação com centralidade política, titular do poder constituin-
te, consoante o pensamento de Sieyès, que prega que o poder consti-
tuinte tem um titular, la Nation, caracterizando-se por ser um poder
originário, autônomo e onipotente.

Resumidamente, mas por enriquecedoras, consideremos acerca
das teorias do poder constituinte. Na teoria do poder constituinte
pregada na obra de John Locke, “supremepower”, afiguram-se cinco
pressupostos: o estado de natureza (state of nature) é de caráter social;
neste, os indivíduos tem uma esfera de direitos naturais (property) an-
tecedentes à formação de qualquer governo; o poder supremo é confe-
rido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; o contrato
social através do qual o povo consente o poder supremo do legislador
não confere a este um poder geral, mas um poder limitado; e, só o cor-
po político (body politic) reunido no povo tem autoridade política para
estabelecer a constituição política da sociedade.

De outro turno, a teoria “pouvoir constituant”, de Sieyès, surge es-
tretamente associada à luta contra a monarquia absoluta, e funda-
menta-se basicamente no recorte de um poder constituinte da nação
como originário e soberano, e, plena liberdade da nação para criar
uma constituição, pois não está sujeita a forma, limites ou condições
preexistentes. É considerada por muitos autores como teoria desconsti-
tuinte e reconstituinte.

Apresenta ainda essa laboriosa construção teórica acerca da for-
mação da teoria do poder constituinte, considerações entre essa e o
constitucionalismo. Pressupõe inicialmente pela forma como foi de-
senvolvida a teoria do poder constituinte que a mesma estabelece uma

relação lógica entre criador e criatura, ou seja, entre esse poder e a constituição. Daí o surgimento de tensão entre poder constituinte incondicionado e obrigatoriedade jurídica da constituição que justificará a introdução do conceito de poder constituinte derivado ou poder de revisão constitucional a quem compete alterar, nos termos da constituição, as normas ou princípios por esta fixados. Deu origem ainda a outra perplexidade jurídica e política, qual seja o paradoxo da democracia, no pensar de Stephen Holmes, que preceitua: como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras? Ou ainda de acordo com Rousseau, revelar-se-á o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo “cadeias para o futuro”.

Ainda referentemente ao nascimento da chamada constituição, é oportuno que se rememore o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, modernamente, é costumeiramente lembrado para denominar o núcleo duro da mesma. Reza o art. 16: “Toutesocietédanslaquellelagarantiedesdroits n ‘est pasassurré, nila-separationdespouvoirsdéterminée n’a point de Constitution”. Como se pode observar o núcleo duro não é o Estado mas a Sociedade. Ensina-nos J.J. Gomes Canotilho que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um corpo jurídico de regras aplicáveis ao corpo social. A articulação organizada do corpo político e do corpo social através de um corpo jurídico comportava a ideia de res publica ou Commonwealth. Para os propagadores da teoria do constitucionalismo, como Montesquieu, Rousseau e Locke, as envergaduras sociais possuíam grandiosa expressão nas próprias tecnologias organizativas do poder alinhavadas na constituição. Daí nascer a compreensão do termo “constituição da República”, dando a conotação de que a constituição diz respeito não tão somente ao Estado, mas à comunidade política propriamente dita, em outras palavras, à res publica.

Todavia, faz-se necessária a compreensão de que a partir do início do século XIX, a constituição passa a ter como parâmetro o Estado e não mais a sociedade, e mais ainda, ela passa a ser considerada constituição do Estado, e não mais da República. Assim, três motivos devem ser analisados, sendo o primeiro sob o matiz histórico-genético, referencia a própria concepção semântica do seu significado. Verificou-se, por tanto, que nos procedimentos constituintes americano e francês, se formatou a constituição como carta conformadora do corpo

político levando à compreensão que ela constituía os “Estados Unidos” dos americanos ou o “Estado-Nação” dos franceses. Um outro fator é pertinente à veia político-sociológica, verificando-se a premente separação do Estado-Sociedade, vislumbrava-se evolutiva consolidação do Estado Liberal. Nesse sentido nos informava Bartolome Clavero que os códigos políticos – as constituições e os códigos administrativos – diziam respeito à organização dos poderes do Estado; os códigos civis e comerciais respondiam às necessidades jurídicas da sociedade civil. O derradeiro aspecto a ser considerado tem fundamentação filosófico-política, pois repousa na filosofia hegeliana e juspublicística germânica, em que tudo gira em torno de uma ordem do Estado. Convergiu-se assim à lei do Estado e do seu poder, e dessa forma surge o Estado Constitucional para solucionar esse desafio.

Nesse contexto, para ilustrar mais ainda esse histórico constitucional com seus brilhantes conhecimentos, nos ensina Gilmar Ferreira Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, que a Constituição tem valor de norma, e de norma suprema do ordenamento jurídico, e como produto do pensamento constitucionalista. Assevera “o prestígio jurídico da Constituição, no presente momento, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História. Importa lançar olhos sobre essa evolução, até para melhor compreender os fundamentos do direito constitucional da atualidade”.

O referido e eminente jurista cita, como já tratado anteriormente, duas tendências básicas como relevantes para a concepção dos fundamentos do sistema jurídico em que o Brasil se insere: a da Europa continental e a dos Estados Unidos. Na Europa, a partir dos movimentos liberais, a partir do século XVIII, destacaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que foi determinante para encobrir o prestígio da Constituição como norma vinculante. Marcos históricos podem ser registrados, a citar, Jean Bodin (1529-1596), e principalmente, em 1576, em Paris, Bodin publica os Seis livros da República, teorizando acerca do poder absoluto do soberano, ou seja, do rei, para o qual esse poder é perpétuo e absoluto. Adiante Hobbes (1588-1679), que especificamente em 1651, lança o Leviatã. No pensar de Hobbes o poder tem uma origem, e os indivíduos para fugir do estado de natureza, decidem superá-lo. O seu pensamento se afasta do de Bodin e assume

formatação contratualista, e os indivíduos instituíram um poder soberano comum.

Na Inglaterra, em 1660, a monarquia é restaurada, ocasião em que os poderes do monarca se vêem limitados pela Revolução Gloriosa, em 1689, resultando na adoção do *Bill of Rights*. Esse período Locke (1632-1704), em 1690, registra Segundo tratado do governo civil. Para ele o legislador não gera direitos, mas aperfeiçoa sua tutela, presumindo que esses direitos preexistem ao Estado, razão pela qual ao Poder Público não é permitida intervenção arbitrária na vida e na propriedade dos indivíduos. Na modernidade deve-se a ele a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a buscar, mas não preconiza uma igualdade hierárquica entre os mesmos.

Ainda no século XVIII, dissemina-se a ideia de que a Constituição inglesa representa o ideal de configuração política da sociedade, com o seu sistema de convivência entre os poderes legislativo e executivo, nascendo a fórmula do *King in Parliament*. Essa modelagem se materializa na obra de Montesquieu(1689-1755), surgida em 1748, no O Espírito das leis.

No período de 1712-1778, Rousseau extrai desdobramentos revolucionários da ideia de que a soberania nasce da decisão dos indivíduos, lançando em 1762, Contratos Sociais, para o qual “não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”.

Assim na Europa, a Revolução Francesa tinha a incumbência de superar o regime político e social do Antigo Regime, o povo tinha que ser soberano. Surge então o Parlamento, que passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo que tinham por ápice os valores da liberdade individual e da propriedade. E após, surgem Constituiçõesde 1791 e 1795.

Nos Estados Unidos, inversamente, não há preocupação maior com o poder do Executivo, em que o Presidente da República é eleito pelo voto popular, não se constituindo em adversário temido como eram os monarcas do final do absolutismo, perigando justamente a extensão sem medida do Poder Legislativo. Como alguns marcos históricos, em 1800, os federalistas, após é eleito Thomas Jefferson, Adams, depois

John Marshall, depois William Marbury, que por manobra política de James Madison, secretário de estado, não pode assumir, e daí surge o writ of mandamus, com o famoso case Marbury v. Madison, ocasionando crises no Congresso Nacional e Suprema Corte de Justiça, e impeachment. Referido case sustenta teses inclusivas como precedentes para obras jurídicas referentes ao fortalecimento do Judiciário e para o constitucionalismo futuro, sustentando grandioso relevo para a história da afirmação da supremacia da Constituição, com vista à fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

Sem sombra de dúvida a construção do texto constitucional brasileiro de 1988 sofreu influência dessas experiências europeias e norte-americanas. E, para tanto, é possível afirmar, que o texto da Constituição da República Federativa Brasileira nasceu da ação do poder constituinte originário, uma vez que somente ele pode estabelecer limites, com valor jurídico. Esse texto constitucional foi inspirado em ideais e objetivos claramente distintos dos que induziram à elaboração da Constituição de 1967 e de sua Emenda no. 01/69. Fora instaurado em 1988 um novo regime político, transpondo o anterior, tendo sido adotada uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica. Ensina Gilmar Ferreira Mendes que poder constituinte originário “é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”. E, portanto, é a magnitude desse poder, que fundamenta a validade da Constituição desde a Revolução Francesa.

Nesse diapasão o Estado constitucional não pode se restringir a tão somente um Estado de direito, pois deve estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. Pensa Habermas, a articulação do direito e do poder no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. Norberto Bobbio arremata ao afirmar que o poder político deriva do poder dos cidadãos. Mas a conciliação entre Estado de direito e democracia sofre sérios ataques, a citar, na cultura norte-americana surge o “cisma” entre os “constitucionalistas” (constitutionalists) e os “de-

mocratas” (democrats) para significar a opção preferencial a favor do Estado juridicamente constituído, limitado e regido por leis (constitucionalistas), ou o Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática (democratas). Também surgem na Alemanha inúmeras divergências sobre as antinomias entre Demokratie e Rechtsstaat. Ainda na França, por meio de Benjamim Constant, mostrou diferença entre “liberdade dos antigos”, amiga da participação na cidade, e “liberdade dos modernos” presente na distanciação perante o poder. Ante a esses impasses, ponderam alguns que Estado de direito e democracia se referem a dois modos de ver a liberdade. Percebe-se no Estado de direito uma liberdade negativa ou de defesa ou de distanciação perante o Estado. Repousa no Estado democrático uma liberdade positiva, presente no exercício democrático do poder, pois será essa liberdade democrática que legitima o poder.

Relativamente ao Estado constitucional, verifica-se que esse é mais do que o Estado de direito, e nessa esteira reza o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. E é esse princípio da soberania popular que possibilitará a compreensão da contemporânea formação Estado de direito democrático. Nesse sentir Carlos Ayres Brito conecta-se com a ideia de democracia como valor, e não tão somente como processo ou procedimento, presente irremediavelmente na estruturação de uma ordem constitucional democrática.

Assim, com firme convicção de que o Direito Constitucional objetiva a constituição política do Estado, na acepção ampliada pelo estabelecimento de sua estrutura, da organização de suas instituições e órgãos, da forma de aquisição e limitação do poder, por meio, sobretudo, da previsão de inúmeros direitos e garantias fundamentais, recorremos à conceituação do eminente professor Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, que considera como Constituição, lato sensu, o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. E continua o professor, que juridicamente, deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuições

de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Assevera ainda J.J Gomes Canotilho, que é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

O modelo da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 apresenta classificação como formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida e analítica. Diz-se formal quanto ao conteúdo, contrapondo-se à material, porque foi consubstanciada na forma escrita, através de um documento solene atribuído pelo poder constituinte originário. A sua formatação escrita, quanto à forma, contrapondo-se à não escrita, se deu em face de conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental. Constituiu-se ainda na forma legal, em face de resultar da elaboração de uma Carta escrita fundamental, pontificada no ápice da pirâmide normativa e dotada de coercibilidade. Nasceu como dogmática quanto ao modo de elaboração, contrapondo-se à histórica, como exemplo a Inglesa, pois se apresenta como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e ideias fundamentais da teoria política e do direito dominante. Quanto à origem se constituiu ainda em promulgada, como democrática ou popular, em razão de ter sido derivada do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração, a citar Constituições Brasileiras de 1891, 1934, 1946 e a atual de 1988, contrapondo-se às outorgadas, como as brasileiras de 1824, 1937, 1967 e EC no. 01/1969, e às cesaristas. Quanto à estabilidade é rígida, que são aquelas escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas, como exemplo, o art. 60 do atual texto da carta magna, contrapondo-se às flexíveis. E por fim, quanto à sua extensão e finalidade se formatou em analítica, pois examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação, e funcionamento do Estado, contrapondo-se às sintéticas, como por exemplo, a norte-americana.

Apresenta a Constituição Brasileira preâmbulo, entendido como documento de intenções do diploma, consistente em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios,

demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. No direito estrangeiro alguns textos constitucionais também apresentam preâmbulo, tais como, Estados Unidos (1787), Suíça (1874), Alemanha de Weimar (1919), Irlanda (1937), França (1946 e 1958), Japão (1946), Grécia (1975), e Espanha (1978), acrescentando-se ainda, Peru (1979), antiga Alemanha Ocidental (1949), e Oriental (1968/emendas 1974), Polônia (1952), Bulgária (1971), Romênia (1975), Cuba (1976), Nicarágua (1987), Moçambique (1978), São Tomé e Príncipe (1975) e Cabo Verde (1981).

Dá-se em importância o preâmbulo de um texto constitucional, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, sendo uma de suas linhas mestras interpretativas, muito embora não se tratar de norma constitucional, não podendo prevalecer contra texto expresso dela própria, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, no entendimento dos eminentes J.J. Gomes Canotilho, Celso Mello Filho, Celso Bastos, Ives Gandra e Pinto Ferreira.

A atual Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, exprimindo o princípio democrático fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país. Tem por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Rege-se ainda, nas suas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e concessão de asilo político. Esse é o desenho da Constituição da República Federativa Brasileira.

Para que se possa adentrar na seara do transconstitucionalismo faz-se necessário breve retorno à noção de que a constituição em acepção verdadeiramente moderna se encontra adstrita ao constitucionalismo consequente das revoluções liberais do final do século XVIII nos Estados Unidos e na França, e que por tanto do surgimento do estado constitucional começaram a ser detectados alguns problemas, carecendo de respostas as constituições do Estado moderno. Haveremos que nos socorrer da definição de Constituição do constitucionalismo. Foram verificados dois fatores para esse aparecimento da Constituição nesse sentido moderna, a citar, de um lado, a necessidade premente pelas exigências de direitos fundamentais ou humanos, e de outra sorte, o aspecto organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder. Na verdade com a globalização e efetiva integração da sociedade mundial, se tornou impossível que as tratativas dessa problemática ocorressem por uma única ordem jurídica estatal nas ambiências do correspondente território. Afora a esse cenário registram-se relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns, o que se sucedia excepcionalmente, verificando-se cada vez mais essa intercorrência.

Dentro desse cenário é que nos empresta o Prof. Marcelo Neves o conceito de transconstitucionalismo. Para ele, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, mas que sugere para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas, pois um problema transconstitucional resulta em questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), bem como instituições jurídicas locais nativas, na tentativa de soluções.

Consideradas e refletidas acerca das noções elementares e premissas básicas da constituição propriamente dita da Constituição da República Federativa Brasileira, passaremos a tergiversar a partir da proteção e tutela da mesma frente ao meio ambiente, que foi e continua sendo um dos seus maiores destaques, um dos maiores diferenciais, não somente dentre todas as constituições já editadas no Brasil, como sobretudo em cenário internacional.

2. Tutela ambiental na Constituição da República Federativa Brasileira e frente ao Direito Comparado

No cenário internacional, nas últimas décadas, o ambientalismo passou a ser tema de extremada importância nas mais recentes Constituições, pois passou a ser considerado como direito fundamental da pessoa humana e passou a constar das mesmas como tal, e não tão somente como simplório aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como se dava nas antigas Constituições.

Já se fazia sentir e já era perceptível nos últimos textos constitucionais sinal de preocupação por assim dizer ecológica, como algumas regras de combate a formas de degradação, como se pode citar a Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, ao consignar em seu texto legal que a legislação concorrente entre a União (Bund) e os Estados (Länder) abrange “a proteção do comércio de produtos alimentares e estimulantes, assim como de artigos de consumo, forragens, sementes e plantas agrícolas e florestais, a proteção de plantas contra enfermidades e pragas, assim como a proteção de animais”, como também, a “eliminação do lixo, combate à poluição e luta contra o ruído” (art. 74, 20 e 24), e que a União tem o direito de determinar normas gerais sobre a caça, a proteção da Natureza e a estética da paisagem (art. 75, par. 3)”. Já a Constituição Suíça de 1874, desde 1957 vem sendo emendada, com vistas ao estabelecimento de normas de proteção ambiental ainda que o seu artigo 24 já estabelecesse sobre a proteção das florestas, especificamente nas regiões em que cursos d’água tenham nascentes. Destaque-se que foi a Emenda Constitucional de 1957 que deu início a uma gama de dispositivos envolvidos com o manto da proteção dos recursos ambientais.

Pode-se observar grande mérito, com primazia, para a concepção ambientalista da Constituição da Bulgária de 1971, cujo art. 31 reza: “a proteção, a salvaguarda da Natureza e das riquezas naturais, da água, ar e solo(...) incumbe aos órgãos do Estado e é dever também de cada cidadão”. Nesse patamar deu prosseguimento a Constituição de Cuba de 1976, em que seu art. 27 determina que ao Estado e à Sociedade incumbe proteger a Natureza, para assegurar o bem-estar dos cidadãos, assim como velar para que sejam mantidas limpas as águas e a atmosfera e protegidos o solo, a fauna e a flora.

Já a Constituição da União Soviética de 1977, embora hoje revogada, previu em seu art. 18: “No interesse da presente e futuras gerações se adotam na URSS as medidas necessárias para a proteção e o uso racional, cientificamente fundamentado, da terra e do solo, dos recursos hídricos, da flora, da fauna, para conservar limpos o ar e a água, assegurar a reprodução das riquezas naturais e o melhoramento do meio ambiente”.

Entretanto foi a Constituição Portuguesa, de 1976, que ofereceu formatação moderna ao aspecto do meio ambiente, apresentando correlação com o direito à vida, conforme preleciona seu art. 66, que conseguiu ser mantido em todas as constituições posteriores, : “1. Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Incumbe ao Estado por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da Natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica. 3. O cidadão ameaçado ou lesado no direito previsto no n. 1 pode pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indenização. 4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida e de todos os portugueses”. Por certo que, em face desse dispositivo, despontou a fonte imediata para o art. 45 da Constituição Espanhola, de 1978, que produziu texto similar, como se pode observar dos dispositivos: “1. Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. 2. Os Poderes Públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida, defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Para os que violem o disposto no item anterior, nos termos que a lei fixar, se estabelecerão sanções penais, ou, conforme o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado.”.

Encontra-se também prescrito o direito de viver em um meio ambiente livre de contaminação na Constituição do Chile, de 1981, prevendo ainda que é dever do Estado velar para que esse direito não seja afetado assim como é também seu dever tutelar a preservação da Natureza, e prevê ainda que a lei poderá estabelecer restrições específicas ao exercício de determinados direitos ou liberdades, para proteger o meio ambiente.

Para compor esse cenário estrangeiro, a Constituição Chinesa, de 1982, declarando ser de propriedade do Estado ou de propriedade coletiva os recursos naturais e ambientais, vide seu art. 9º, estabelece ainda que o Estado protege e melhora o meio ambiente e o ambiente ecológico e previne e elimina a poluição ambiental e outros males comuns, assim como organiza e estimula o reflorestamento e protege tanto os bosques como as árvores, consoante art. 26.

Em sede de Direito Comparado, colabora com enorme propriedade o renomado Prof. Paulo Affonso Leme Machado, em sua conhecida obra *Direito Ambiental Brasileiro*, citando legislação e decisões como na Espanha em que o art. 149.1.23 reserva, com exclusividade, ao Estado, “a legislação sobre os princípios da proteção do ambiente, sem prejuízo do poder das Comunidades Autônomas de estabelecer regras adicionais de proteção”. Na Bélgica referencia-se a decisão da Corte de Arbitragem 47, de 25.02.1988, que visou à anulação parcial de decreto da região Wallonne, de 07.10.1985, sobre a proteção das águas de superfície contra a poluição. Inseriram ainda a temática do meio ambiente em seus textos constitucionais a Constituição do Equador e do Peru de 1979, Chile e Guiana de 1980, Honduras de 1982, Panamá de 1983, Guatemala de 1985, Haiti e Nicarágua de 1987. Nos precederam na Europa, em Portugal e Espanha, sendo 1976 e 1978. Assevera Prof. Paulo Affonso que quando a nossa Constituição considera o meio ambiente como “bem de uso comum do povo”, significa dizer que ele “não pode ser apropriado e é extracomércio”, e portanto, fazendo-nos voltar o olhar para o Direito Romano, base de nossa legislação.

Ensina ainda que a Alemanha passou a estabelecer em 1972, na reforma da Constituição de 1949, a competência concorrente no referente à poluição do ar e do ruído e no referente à eliminação de resíduos. Já a legislação italiana 394, de 08.07.1986, estabelece dentro das competências do Ministério do Meio Ambiente, propor ao Conselho de

Ministros “norma geral de direção e de coordenação para a gestão das áreas protegidas de caráter geral e local”, art. 5º, 3.

Assevera ainda que a cooperação ambiental no Direito Internacional têm sido citada como uma das alternativas para os problemas que assolam o meio ambiente, a citar a Declaração Rio/1992 e agora, vinte anos depois, a Conferência Rio mais 20. Vivemos na atualidade, na América do Sul, o início da estruturação do relacionamento integrado dos países do Cone Sul, objetivando, sobretudo, a integração econômica. Aponta-se para uma evolução jurídica harmônica de inúmeras áreas, a isenção de entraves alfandegários, como também a do meio ambiente. Deve haver inspiração para os moldes seguidos pela União Europeia, em que passados quarenta anos, chegaram os países membros a afirmar no Tratado de Maastricht, a prioridade para melhoria do meio ambiente, e que os danos ambientais devessem ser corrigidos em sua fonte geradora. Registre-se a experiência europeia de união entre países com regime unitário e federativo, para a qual desponta com relação à responsabilidade na elaboração da legislação ambiental. A citada instância judiciária da União Europeia, a ver, a Corte de Justiça de Luxemburgo, já houvera decidido que os efeitos das diretivas comunitárias alcançam os Estados-membros em todas as entidades descentralizadas, fossem Províncias ou Municípios. Registre-se, ainda, que, no Mercosul têm regime federativo, o Brasil e a Argentina, apresentando o Brasil uma nova concepção de federalismo

Ressalte-se que a República Argentina reformou sua Constituição em 1994, a tratar, em seu art. 41, parágrafo 1º, “Todos los habitantes gozan del derecho de um ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las generaciones futuras y tiene el deber de preservarlo. El dano ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Seu parágrafo 3º, prevê: “Corresponde a la Nación de dictarlas normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las Provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. A Constituição da República da Argentina é inovadora com relação à possibilidade de o Governo Nacional elaborar normas fundamentais para o meio ambiente.

Comentando a Constituição da Argentina, o fenomenal autor argentino, Prof. Horacio Rosatti, em sua obra *Derecho Ambiental Constitucional*, asseverou: “Desde el punto de vista de la regulación jurídica em matéria ambiental puede distinguirse em la Argentina un “antes” y un “después” de la reforma constitucional de 1994. La reforma incorporó em los artículos 41 y 124 los conceptos más modernos y progressistas sobre protección ambiental y sumó nuevas posibilidades al sistema tradicional de reparto de competencias entre el gobierno nacional, la provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia. Pero se trata de normas jurídicas que por sí solas no transforman la realidad, como requieren de una implementación adecuada”.

Nessa esteira, o ex-presidente da Corte Suprema da Argentina, o renomado autor Ricardo Luis Lorenzetti, em seu livro *Teoría Del Derecho Ambiental*, ensina acerca da “La interpretación a favor de la efectividad de los derechos fundamentales. En el campo judicial es importante sinalar reglas claras que se orientem a la efectividad. La Corte Suprema ha sostenido que “...cuando la pretensión se relaciona com derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridade cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen com la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar”. (47)” Esta regla general, es aplicable em matéria ambiental. La Corte Suprema ha dicho que el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de um ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el dano ambiental no configuran una mera expresión de Buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados em su eficacia a uma potestade discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar com rango supremo a um derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116, de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostiene el a intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en

que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevála Carta Magna”.(48)

Ainda, comenta o ilustre doutrinador argentino Mario F. Valls em seu *Derecho Ambiental*, “La reforma de 1994 incluyó em la Constitución el art. 41, verdadero decálogo ambiental, que reconocederechos e imponedeberes a los habitantes, encomenda al Estado proveer distintas prestaciones ambientales, amplía las atribuciones del gobierno federal para la protección ambiental y prohíbe introducir al país residuos actual o potencialmente peligrosos. También incorporo el art. 43, que norma um amparo ambiental y, de ese modo, lo complementa”.

Por fim, na seara do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto de 1994, o qual aperfeiçoou o Tratado de Assunção de 1991, previu em seu art. 25 que o processo da integração leva à harmonização das legislações dos países integrantes, nela incluído o plano jurídico ambiental.

A partir de uma retrospectiva histórica em território nacional, acerca da proteção do meio ambiente natural, nenhuma das Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada versavam. Nos idos de 1946, dentre as mais recentes, somente se observava orientação protecionista da temática sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que viabilizavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca.

Fora indubitavelmente a Carta Magna de 1988 a primeira a tratar verdadeiramente das questões ambientais. Asseveram grandes e renomados juristas nacionais e internacionais, que o capítulo que trata do meio ambiente nessa constituição, destaca-se entre os mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e de reconhecida utilidade no plano infraconstitucional, como reflexo e derivação dessa matriz superior. É sem sombra de dúvida uma Constituição eminentemente ambientalista. Em considerações amplas e modernas assumiu o tratamento da matéria, inovando com um capítulo exclusivamente sobre o meio ambiente, inserindo no Título da “Ordem Social” Capítulo VI do Título III. Todavia a questão se encontra permeada por sobre todo o seu texto, entremeando-se com os temas fundamentais da ordem constitucional.

Sistematizadamente, a Constituição Brasileira, no dizer do eminente Professor José Afonso da Silva, apresenta o núcleo da questão ambiental no referido Capítulo VI do Título VIII, “cuja compreensão, contudo, será deficiente se não se levar em conta outros dispositivos que a ela se referem explícita ou implicitamente”. Verdadeiramente a questão ambiental se encontra entrelaçada por sobre seu texto inteiro por expressão explícita ao meio ambiente. Podem ser encontrados, entretanto, inúmeros outros dispositivos em que os bens, elementos e recursos ambientais, ou valores ambientais, se revestem sob o véu ou manto de outros objetos da normatividade constitucional. Conforme arremata Renato Magalhães Junior em sua tese de doutoramento, são dispositivos com valores do meio ambiente em penumbra constitucional, passíveis de descoberta, que demanda pesquisa atenta na Constituição.

De conformidade com a classificação didaticamente apresentada por inúmeros autores entre referências explícitas e implícitas de matéria relacionada ao meio ambiente no texto constitucional, serão a seguir consideradas muitas delas, a iniciar pelas explícitas.

Encontra-se assim, logo no art. 5º, LXXIII, da Constituição da República a primeira referência expressa ao meio ambiente ou a recursos ambientais, legitimando qualquer cidadão para propositura de ação popular objetivando anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Vê-se logo a seguir no art. 20, II, sobre os bens da União, as terras devolutas indispensáveis à preservação do meio ambiente. No art. 23 aponta competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger as paisagens naturais notáveis e o meio ambiente”, “combater a poluição em qualquer de suas formas”, e “para preservar as florestas, a fauna e a flora”. Por seu turno o art. 24 atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição”, “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, assim como sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Ainda no art. 91, par. 1º, inciso III, definem-se as atribuições do Conselho de Defesa Nacional sobre o efetivo uso das áreas indispen-

sáveis à segurança do território nacional, especificamente na faixa de fronteiras e nas áreas relativas à preservação e à exploração dos recursos naturais. Adiante prevê o art. 129, III, funções institucionais do Ministério Público para promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. De enorme dimensão e importância é a previsão do art. 170, VI, quando considera a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, o que pressupõe legitimidade para qualquer atividade econômica tão somente se se coadunar com referidos princípios, entre os demais inseridos no art. 170. Invoca ainda a aplicação da responsabilidade da empresa e de seus dirigentes, de conformidade com o disposto no art. 173, par. 5º, em situação de descumprimento. Ademais, preleciona o art. 174, par. 3º, o favorecimento do Estado à organização da atividade garimpeira em cooperativas, tendo em vista a proteção do meio ambiente, além da promoção econômico-social dos garimpeiros.

Estabelece ainda, o art. 186, inciso II, critério da função social da propriedade rural pela utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, o que em caso de inadimplemento poderá ocasionar desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184).

Adentrando-se propriamente no Título da “Ordem Social”, todo revestido da concepção pela qualidade de vida, vislumbra-se no art. 200, VIII, a competência do Sistema Único de Saúde para, entre inúmeras outras atribuições, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, a qual encontra conformidade com o direito dos trabalhadores a um ambiente de trabalho higiênico, vide art. 7, XXII. De outra relevância consigna o art. 216, V, referindo-se a conjuntos urbanos e sítios ecológicos, como bens e valores integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Nessa esteira também o art. 220, par. 3º, inciso II, atribui competência à lei federal para o estabelecimento dos meios legais que possam garantir às pessoas e à família a possibilidade de defesa “da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. Ainda o art. 231, par. 1º, refere-se às terras ocupadas pelos índios imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar”.

No concernente às referências implícitas no texto constitucional referentemente ao meio ambiente, muitas estão nas que se seguem.

O art. 21, XIX, do texto constitucional prevê, a despeito dos recursos ambientais, acerca de instrumento infraconstitucional dos mais relevantes para o controle, proteção e tutela da qualidade das águas, pois atribui competência à União para instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e da mesma forma, em seu inciso XX, delimita a competência federal para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, inferindo assim o mandamus constitucional em conduta não-poluidora inserida na seara do meio ambiente artificial no caso do transporte público como um dos maiores fatores poluidores da atualidade. Apresentam ainda os incisos XXIII, pertinentes à exploração e instalação dos serviços nucleares, e XXIV, relativamente à inspeção do trabalho, XXV, referentemente ao estabelecimento de áreas e condições para o exercício da garimpagem, em forma associativa, que se coaduna com o estatuído no art. 174, par. 3º. Nesse patamar estão postos no dispositivo legal do art. 22, IV, XII, XXVI, atribuição competência privativa à União para legislar sobre água, energia, jazidas, minas e outros recursos minerais e metalurgia, atividades nucleares de qualquer natureza, propaganda natural. Ainda é verificada competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios incisos que implicitamente se revestem de valores ambientais, como os referentemente à saúde, vide art. 23, II, à proteção histórica, cultural, artística e paisagística, consoante art. 23, III e IV, e por fim, encontra-se no art. 24, legislação pertinente à competência concorrente sobre a tutela ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, no inciso VII, que combinados com as regras dos arts. 215 e 216, fecham cerco referente à proteção dos bens e valores culturais. Cite-se também o art. 20 quando inclui entre os bens da União, lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais, consoante inciso III. Já no inciso IV, os recursos naturais da Plataforma Continental e da Zona Econômica Exclusiva, inciso V, o mar territorial no inciso VI, os potenciais de energia hidráulica, inciso VIII, os recursos minerais, in-

clusive os do subsolo no inciso IX, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos, no inciso X. Da mesma forma o art. 26, pois inclui entre os bens do Estado as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, inciso I. No art. 30, inciso VIII, observa-se a atribuição de competência aos Municípios, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo, que coadunados com as normas do art. 182, preveem planejamento urbanístico. Ainda no art. 30, inciso IX, verifica-se proteção do patrimônio histórico-cultural local de competência municipal, levando-se em conta legislação federal e estadual pertinente à ação fiscalizadora.

Assim, no tocante à saúde, expressa nos arts. 196-200, podem-se extrair valores ambientais que dizem respeito à proteção da saúde, do bem-estar e da qualidade de vida da população, donde sobretudo se pode inferir que esse direito à saúde se encontra inserido nas normas contidas do art. 225, relativas ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, o núcleo normativo do Direito Ambiental, consoante Capítulo VI do Título III, repousa no art. 225, com seus parágrafos e incisos, eis o texto, que pela importância e dimensão justifica sua transcrição: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada

qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Parágrafo 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Parágrafo 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Parágrafo 4º. A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Parágrafo 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Parágrafo 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o quê não poderão ser instaladas.”

Assinala Paulo Afonso da Silva em seus valorosos ensinamentos, que o referido conteúdo compreendido no art. 225 e seus incisos e parágrafos, se encontra compreendido em três conjuntos de normas:

1. Se encontra contida no *caput*, quando revela o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a norma-princípio, a norma-matriz;
2. Diz respeito às normas contidas no parágrafo 1º, e seus incisos, relativamente ao princípio desnudado no *caput* do artigo, que estatuem sobre os instrumentos de garantia da efetividade do direito constante do enunciado. Diz respeito às normas-instrumentos da eficácia do princípio, como inclusive outorgam direitos e impõem deveres referentemente ao setor ou ao recurso ambiental contido em seu objeto, todavia não diz respeito a normas manifestamente processuais ou meramentefundamentais, para através de uma atuação eficaz, assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referem-se às normas referidas nos parágrafos 2º a 6º, principalmente a contida no parágrafo 4º, do art. 225, e que tratam de áreas e situações, na preocupação do legislador-constituente, de relevante conteúdo ecológico que careciam de tutela constitucional. Compreende, portanto, um conjunto de determinações particulares em relação a objetos e setores específicos, sobre os quais demande forte incidência do princípio disposto no *caput* do artigo, revelando exordial urgência e exigência, pois se tratam de elementos cuja utilização faz-se imprescindível ao progresso, todavia sem prejuízo ao meio ambiente.

Diante desse estuendo cenário legislativo ambiental, bem lembra um dos maiores estudiosos do Direito Ambiental da atualidade, Prof. Terence Dornelles Trennephol, em seu magnífico livro Manual de Direito Ambiental, a Constituição de 1988, como inovadora, superou os diplomas constitucionais estrangeiros mais recentes como Bulgária em seu art. 31, ex-URSS, em seu art. 18, Portugal, em seu art. 66, e Espanha, em seu art. 45, no concernente à proteção ambiental, elevando a temática ao patamar constitucional, causando verdadeiro impacto ao tratamento destinado ao meio ambiente no Brasil com o advento do referido texto constitucional. Ao destinar um capítulo inteiro à disciplina normativa da matéria, reconhece suas diversas faces, como do meio ambiente natural, artificial, cultural, do trabalho, e do patrimônio genético.

Vê-se, assim, que, sabiamente, a Lei Maior brasileira procurou dar ao meio ambiente a proteção necessária, apresentando inovações em

vários aspectos, sobretudo atribuindo a todos a responsabilidade por uma sadia qualidade de vida para a atual e às futuras gerações, deixando explícito que há um dever do Poder Público que não exclui o dever dos cidadãos, ao taxativamente estabelecer o art. 225 que “todos são responsáveis”, como bem descreve o Prof. Vladimir Passos de Freitas, um dos precursores estudiosos da matéria ambiental, em seu livro *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*.

Como se pode observar ao longo desse estudo, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988ousou apresentando larga visão ao estabelecer os fundamentos do Estado democrático de direito, incluindo nessa concepção constitucional, os deveres do Poder Público, o dever de controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Todavia, reconhece-se que a sociedade não responde satisfatoriamente em prol das questões do meio ambiente e que o sistema é deficitário em relação ao seu sistema de organização, daí o enorme desafio na realização pela implementação do Direito do Ambiente e a proteção do bem difuso ambiental, ante ao cenário de risco que desponta para uma nova sociedade.

Reconhecidamente o Brasil, em face de tão destacada legislação ambiental, desponta em cenário internacional, inclusive com farta jurisprudência paradigmática das mais altas cortes de justiça do país na matéria, como Supremo Tribunal Federal, e, sobretudo, o Superior Tribunal de Justiça, a ponto de receber comissões seja do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, entre outros organismos e entidades internacionais, para realização de estudos acerca da legislação pátria constitucional e infraconstitucional ambiental, e jurisprudencial, a fim de servir de bases para outras nações.

Outrossim, estupenda legislação padece com déficit e dificuldades de implementação, seja por dificuldades estruturais no judiciário, seja pela produção, seja por falta de políticas públicas, seja pela pobreza, por falta de saneamento básico, seja por falta de educação, conscientização ou ética ambiental, seja por corrupção, seja pela carência de recursos para projetos ambientais, seja pela acanhada estrutura administrativa de controle e fiscalização, seja por degradações ou poluição em extensas áreas florestais ou hídricas, inobstante farta, aprofunda-

da, robustecida e amadurecida legislação constitucional ambiental, que encerra princípios constitucionais ambientais de estirpe, como desenvolvimento sustentável, direito humano fundamental, da prevenção e da precaução, do equilíbrio, da responsabilidade, do poluidor-pagador, do limite, e democrático. Relativamente à princípios, pensa Robert Alexy: “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas”. Assim, o Direito do Ambiente anda a passos largos com a sua justiciabilidade pela utilização de seus interpostos princípios intercorrentes na jurisprudências dos maiores tribunais do país, e para tanto, não há como fugir de alicerçar esse Estado do Ambiente com base nesses princípios de Direito Ambientais, com assento constitucional. Arremata Canotilho: “Independentemente dos complexos problemas suscitados pelo imperativo da justiça ambiental, o Estado de justiça de ambiente aponta no sentido da indispensabilidade de uma carta de princípios de justiça ambiental”.

A despeito da considerações pelos princípios, observe-se os ensinamentos de Juan Cianciardo, em sua obra “El principio de razonabilidad – Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidade” quando afirma, “El principal propósito del principio del proporcionalidade es dar sustância y significado a la protección de las libertades fundamentales, e que es de extrema importância el análisis de la gênesis histórica de cada uno delles. Pese a que la razonabilidad es aplicada por numerosísimas jurisdicciones constitucionales, y también por tribunales internacionales, es decir, pese a su importância fundamental en la práctica y en la teoría de la argumentación jurídica, su tratamiento teórico no es, curiosamente, demasiado abundante. En Argentina este déficit se deja sentir com peculiar intensidad”.

Contudo, ante ao reconhecimento dessas dificuldades, igualmente se reconhece a magnitude do texto constitucional ambiental de 1988, de vanguarda, e que nos remete a uma correta compreensão dos objetivos constitucionais ambientais, entendendo-se a Constituição como instrumento em constante relação de comunicação, no dizer dos reverendos jusambientalistas José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, em seu Direito Ambiental na Sociedade de Risco, “aberta e pluralística, que proporciona condições de acesso direto ao texto, participação na realização de seus objetivos e integração dos atores

sociais na organização da execução de seus objetivos, especificamente considerados em matéria do ambiente, sendo um texto aberto, semanticamente aberto e temporalmente aberto”.

Nos remetem esses estudiosos grandiosamente a existência premente de que, nestes tempos, vivemos em uma sociedade de risco, donde, progressiva e constantemente, tal modelo de organização econômica, política e social submete e expõe o ambiente. Surge assim o dano ambiental, como dos novos problemas produzidos por esses modelos de organização social de risco. Também tratou com propriedade o renomado Ulrich Beck acerca de “sociedade de risco”, e “padrões de irresponsabilidade organizada”.

Por assim dizer, é que nesse sentido, a partir da conformação do texto constitucional com os dados ecológicos até a comunicação do Direito do Ambiente, em uma correta compreensão dos riscos, é proposta uma postura que lhe atribui funcionalidade, como instrumento de gestão de riscos, e não de danos, onde se acentua sua dimensão precaucional e preventiva.

3. Conclusão

Dessa feita, compartilhamos entendimento da douta professora doutrinadora argentina, Mariana Valls, em seu *Derecho Ambiental*, quando arremata: “La actual desprotección jurídica del ambiente no es causada por la inexistencia de normas ambientales, sino por su deficiente instrumentación, difusión, conocimiento, aplicación y acatamiento. La armonización del derecho ambiental a través de alguna técnica legislativa idónea em el contexto constitucional, permitirá subsanar las deficiências reseñadas. La alternativa que resulta más coherente em respuesta al problema de dispersión de la matéria ambiental, habida cuenta que la laguna jurídica más relevante de las identificadas es la falta de instrumentación de los presupuestos mínimos de protección, consiste em la elaboración de una ley general del ambiente o ley nacional de presupuestos mínimos que los instrumento legislativamente, em armonía com el mandato constitucional sinalado por el artículo 41 de la Constitución Nacional y coordinado con el resto de la Constitución, em particular com los también nuevos artículos 43 y

124". Sendo esse último comentário para ofertar parâmetro comparativo com a rica legislação ambiental constitucional brasileira.

Sem sombra de dúvida, fora perceptível notável avanço na atividade legislativa em matéria do ambiente, não em termos quantitativos, mas sobretudo, na modificação do conteúdo do objeto protegido pela legislação ambiental, que teve seus modernos fundamentos de estruturação na legislação ordinária, definidos a partir de 1981, com a lei de Política Nacional do Meio Ambiente, de no. 6.938, acompanhada da Lei no. 7.347/1985, e mais recentemente, pela Lei de Crimes Ambientais, no. 6.905/1998, que, em conjunto, formam o tripé de sustentação do atual sistema nacional de proteção do ambiente, ao lado do art. 225 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, constituindo o verdadeiro núcleo de fundamentalidade do Direito Ambiental Brasileiro.

A despeito de nobre legislação, vale lembrar o sempre atual pronunciamento de Norberto Bobbio, quando afirma: "que uma coisa é falar dos novos direitos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes uma proteção efetiva". Nessa esteira de pensamento arrematam José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala: "o problema ambiental não é novo enquanto objeto da atividade legislativa do Estado brasileiro, o que se verifica, todavia, mediante o contraste das formas de tutela e instrumentos utilizados é a modificação de sua localização como problema normativo, que levou à construção de novos modelos jurídicos de justificação e fundamentação de sua proteção, originários da própria ruptura com o paradigma do Estado liberal, de proteção de bens jurídicos, para um sistema de tutela e realização efetiva de direitos".

Do exposto, não se poderia deixar de registrar e ressaltar quão inspirador se exprou o texto constitucional ambiental brasileiro, a ponto de quebrar paradigmas, construir e consolidar jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, antes nunca imaginada, referentemente a temas como dano moral ambiental, afirmação do meio ambiente como direito fundamental, imprescritibilidade, indisponibilidade, obrigação propterrem, responsabilidade sem culpa, inversão do ônus da prova, princípio in dubio pro natura, aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, respeitando colisão de princípios, provocando uma verdadeira metanóia, no dizer da Ministra Eliana Calmon, e

como pano de fundo a inspiração e por ter sido capitaneada essa legislação pelo homenageado senador Bernardo Cabral.

Parafraseando um dos maiores precursores do Direito Ambiental no Brasil, Ministro Herman Benjamin, a legislação ambiental brasileira assentada nos parâmetros constitucionais é tão forte e consolidada, que não há necessidade de magistrados ativistas no Brasil, pois ela se constitui em um verdadeiro mosaico ou correnteza de normas, as vezes paralelas ou de sobreposição ou até de contraposição, para o eterno mestre o que acontece no Brasil é a sub-aplicação da legislação ambiental. Nessa seara não há necessidade de juízes que se substituem ao legislador, como de outros países, pois o ativismo já existe na legislação ambiental brasileira.

Não se poderia deixar de mencionar a riqueza da contribuição de um dos maiores magistrados ambientalistas brasileiro, Desembargador do Tribunal de São Paulo, integrante da Câmara Ambiental, professor e autor de várias obras, José Renato Nalini, ao inovar escrevendo sobre o novel Direito Ambiental das Mudanças Climáticas e sobre o Magistrado das Mudanças Climáticas.

Diante de todo esse cenário, observa-se que o robusto, potente, texto constitucional ambiental brasileiro, parece ser funcional à concretização de seu objetivo, e desenvolvimento de mecanismos de comunicação e integração entre todas as instâncias, e a partir dessa aproximação torna-se fundamental para a adequação desse novo Direito do Ambiente, ou Direito Ambiental das Mudanças Climáticas, às exigências de proteção impostas nas sociedades contemporâneas. Mas para a concretude dessa finalidade somente uma constituição ornada pela democracia ambiental assim como por uma cidadania ambiental, qual é a indumentária da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, qual culpado e para o qual a nação brasileira deve agradecer todos os dias, presentes e futuras gerações, senão o mago das letras jurídicas, políticas, legislativas e ambientais, eterno senador Bernardo Cabral, que há décadas quando ninguém sequer imaginava, já profanava em seus estudos e escritos ambientais, que água seria o ouro do século XXI.

Por fim, na atualidade, a grande hermenêutica da política ambiental é o texto constitucional brasileiro, pois nele é encontrado todo o fundamento para as decisões ambientais. Na Constituição Federal da

República Brasileira repousa forte arcabouço constitucional ambiental, que permitiu firme construção jurisprudencial, pois é a base dessa posição progressista e avançada do Direito Ambiental Brasileiro.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudencia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BRASIL, Constituição da República Federativa, promulgada em 1988.

BRASIL, Lei nº 6398/81. Dispõe sobre Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL, Lei nº 9.605/98. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL, Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BECK, Ulrich. *La société du risque: sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Aubier, 2001

_____. *A sociedade do risco: face a uma nova modernidade*. Barcelona: Paidós, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Edição – 8. tiragem, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido juicio sustantivo, al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: comentários ao art. 1º da Lei 6.938/81*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araujo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de Fábio Costa e Fernanda Barbosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MILARÉ, Edis. Direito ambiental: um direito adulto. *Revista de Direito Ambiental*. n. 15, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROSSATI, Horácio Daniel. *Derecho ambiental constitucional*. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLS, Mariana. *Derecho ambiental*. 1. ed. Buenos Aires: Ciencia y Cultura, 1999.

VALLS, Mario F. *Derecho ambiental*. 1. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.

A CONTRIBUIÇÃO DA MULHER NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE⁴²⁸

*Liana Belém P. Mendonça de Souza*⁴²⁹

É com grande alegria que hoje compareço a esta Conferência Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, cuja realização traduz mais uma vez a luta permanente de todos os países na busca de soluções efetivas para o grave problema ambiental no dealbar de um novo milênio.

Aqui, neste momento, tenho a honra de representar a Federação Internacional das Mulheres de Carreira Jurídica, designada que fui por sua Presidenta Dra. Teresa Faria, para falar-lhes sobre o papel da mulher na preservação do meio ambiente.

Mas tenho a honra também de falar aos Senhores e Senhoras como filha legítima da Amazônia. Uma região que hoje é o símbolo verde de uma nação, com oito milhões e meio de quilômetros quadrados de floresta tropical, e que todos temos sobretudo a obrigação de preservá-la como patrimônio da humanidade.

Fui magistrada, exercendo a judicatura durante 6 anos no interior do Amazonas. Conheço quase todas as suas regiões. Do empobrecido Vale do Juruá às áreas mais desenvolvidas do Estado.

Naveguei nos rios, furos e paranás do Alto Solimões. Percorri as matas e as várzeas do Médio-Amazonas e do Madeira. Sem nunca arrefecer o ânimo, sem qualquer desesperança, porque sempre entendi a magistratura como uma verdadeira missão sacerdotal, onde o Juiz tem que se dedicar à carreira por inteiro, com uma vida de renúncias, sobretudo em regiões tão longínquas e esquecidas do Poder Público. Mas para isso é preciso sobretudo vocação.

⁴²⁸ Discurso pronunciado na Conferência Rio + 20, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 2012.

⁴²⁹ Liana Belém Pereira Mendonça de Souza é desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e presidenta da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica.

Posso dizer, portanto, que conheço bastante esta parte do Brasil que hoje se tornou o grande desafio deste século, principalmente por ser estratégica sob todos os pontos de vista.

Em primeiro lugar, há a discussão sobre a biodiversidade que agora está sendo tratada em escala mundial. Nesse caso, levando-se em conta que as nossas florestas concentram 60% de todas as formas de vida do planeta, está faltando, evidentemente, a formulação de uma política do meio ambiente que concilie a preservação dos estoques genéticos com a ocupação e desenvolvimento sustentável da Amazônia.

Sobre esse assunto, entendo que também não pode haver posições extremadas: de um lado, a crença dos devastadores de que a floresta pode suportar impunemente sua destruição e, por outro, o fanatismo daqueles tipo o “Green Peace”, que condenam a derrubada de um único arbusto.

Ainda recentemente comemoramos o DIA MUNDIAL DO MEIO AMBIENTE, celebrado de várias maneiras (paradas, concertos, competições), a data e o motivo em todo o mundo para chamar a atenção política para os problemas e para a necessidade urgente de ações.

Se há um assunto que consegue igualar todas as pessoas nesse planeta é a questão ambiental; o que acontece de um lado, para o bem ou para o mal, vai sempre afetar o outro.

Podemos, cada um de nós, já fazer a nossa parte para a preservação das condições mínimas de vida na Terra, hoje e no futuro, ou seja, investir mais naquilo que temos de valioso que é a nossa inteligência, para aprender a consumir menos e que precisamos economizar os recursos naturais. E é sempre bom lembrar que o Brasil, identificado como um dos 9 Países-chave para a sustentabilidade do Planeta, já é considerado uma super potência ambiental.

Por isso, vale ressaltar mais uma vez, que todos nós homens e mulheres, independentemente de gênero, devemos assumir um compromisso conseqüente com os elementos naturais, para que não sejam mais tão desfigurados. Indistintamente, nesta hora, todos temos uma parcela de responsabilidade na conservação da harmonia ambiental, devendo sempre denunciar e levar ao conhecimento da opinião pública qualquer tipo de degradação que possa ocorrer. Não podemos mais

aceitar que a cada dia, aos poucos, tudo seja destruído, o que a natureza levou milhões de anos para edificar e deixar para a humanidade.

Temos o dever, mais do que isso, a obrigação de viver em constante harmonia com a natureza, buscando sua preservação a todo custo. Afinal, a melhoria da qualidade de vida das pessoas não deixa de estar estreitamente ligada ao meio ambiente em que vivemos. Antes, e acima de tudo é preciso dignificar a flora e a fauna. Qualquer agressão que se faça a tudo se faz, portanto, à própria vida. E dentro desse quadro é que a mulher tem também a sua responsabilidade.

Por outro lado, vale lembrar que ao longo da história, o vínculo das mulheres com a natureza se fundamenta, principalmente, devido ao seu papel reprodutivo e de educadora dos filhos. Portanto, a atenção das mulheres se prende, principalmente na luta por um ideal, enquanto que a ação dos homens se dá na parte política e pública.

A verdade é que hoje mulheres e homens são influenciados de forma diferente em relação ao meio ambiente. Sobretudo devido à posição que ocupam na sociedade, ao mostrar que há desigualdade na relação entre os dois.

Falar em mulher e ambiente, é falar de transformação social e ambiental, onde todos e todas, possam ter o mesmo direito de oportunidades e acesso aos recursos naturais de forma sustentável.

Enfim, nós mulheres, devemos não só desempenhar um papel de crítica ao modelo de desenvolvimento vigente no mundo, mas de proponentes na construção de alternativas de produção sustentável, com base nos conhecimentos que temos.

Contudo, é preciso lembrar também que a degradação da natureza está diretamente ligada à deterioração das relações humanas e à desigualdade.

Na “Declaração do Rio” em 1992 foi reconhecido que “nós desempenhamos um papel vital na defesa e no desenvolvimento ambiental”.

E é com este objetivo que hoje, as mulheres do Brasil e do mundo também aqui se encontram.

Finalmente, é boa essa advertência de que é preciso deter de uma vez por todas esses poluidores que vêm no lucro imediato e fácil o único sentido de sua existência, sem se preocuparem com a própria

vida humana sobre a terra e, por igual conosco e com os nossos filhos e netos.

É preciso que todos entendam, homens e mulheres do mundo que não haverá amanhã se essa ânsia avassaladora de destruição não for contida. Não haverá amanhã se os líderes mundiais de hoje não agirem com responsabilidade e equilíbrio.

Daí que não é possível se falar de justiça e sustentabilidade sem aduzir um importante aspecto no moderno ambientalismo que não poderia vingar sem a participação de notáveis mulheres que muito contribuíram para o seu desenvolvimento. A primeira é aquela que lançou as linhas mestras do conservacionismo hodierno e alertou a humanidade para o perigo dos agrotóxicos e seus efeitos letais para a natureza. Rachel Carlson bióloga, jornalista e escritora trouxe ao mundo o aviso de que as primaveras se tornariam cada vez mais silenciosas com a aniquilação da Fauna, e a destruição gradativa do próprio ser humano contaminado pelo veneno que ele próprio produziu.

A segunda personalidade feminina que gostaria de destacar é Gro Bruntland, de origem norueguesa, que se destacou como governante, eleita em fevereiro de 1981 em seu país de origem, trabalhando nos elementos relativos a saúde na organização mundial pertinente e atuando bravamente como representante da ONU na questão das mudanças climáticas. Gro tratou de enfatizar as primeiras noções de desenvolvimento sustentável e plantou uma sumaúma, árvore símbolo da floresta amazônica no parque do Mindú na cidade de Manaus em 1992.

Julia Butterfly Hill mostrou ao mundo que acreditar faz diferença e lutou pela vida de uma sequóia de 1.500 anos ameaçada por madeireiros. Após mais de 2 anos de permanência na copa da árvore gigante obteve sucesso e escreveu o legado de Luna (nome da árvore) como estímulo para que outros ambientalistas tomem a frente de causas similares. Outras mulheres bravas e destemidas poderiam ser elencadas. No Brasil uma defensora da Floresta Amazônica despontou de maneira trágica nos últimos anos. A irmã Dorothy Stang que defendeu os povos da floresta, se sacrificou por seus ideais de respeito ao meio ambiente e ao homem amazônico. Sua luta não foi em vão as balas que lhe crivaram o corpo também despertaram a atenção da comunidade internacional para as necessidades do heróico habitante da região que

precisa sentir que o poder público está ao seu lado, em especial a justiça que deve se preparar cada vez mais para apreciar e julgar questões ambientais e fundiárias que em pleno século XXI ainda estão candentes na maior floresta tropical do planeta.

Daí que a contribuição da mulher na preservação do meio ambiente deve ser contínua, permanente e eficaz. “Não tenhamos pressa mas não percamos tempo” segundo José Saramago. E, ainda “se não existe esforço não existe progresso” segundo Frederick Douglass.

Já Mahatma Gandhi pregava “a alegria está na luta, na tentativa, no sofrimento envolvido e não na vitória propriamente dita”.

Assim, nós mulheres, com a nossa capacidade de luta, de convencimento acrescido de nosso temperamento espiritual, temos força extraordinária de criar asas para voar, raízes para voltar e motivos para permanecer na luta pela preservação do meio ambiente mundial. Provando que a esperança não é um sonho, mas uma maneira de transformar os sonhos em realidade.

Finalmente, confio no resultado positivo deste evento e que traga melhorias efetivas para todo o Planeta Terra e, em especial para o nosso País.

No momento em que se comemoram, portanto, os 25 anos da Constituição brasileira de 1988, através deste livro, quero também, por meio do presente texto, homenagear a figura de seu Relator, o amazonense, Bernardo Cabral, cuja atuação foi de importância ímpar para que temas caros à cidadania, como o meio ambiente, encontrassem abrigo em nossa Carta Magna.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

*Robério Braga*⁴³⁰

Introdução

Estas notas, ao ensejo dos 25 anos da promulgação da Constituição da República, oferecem algumas reflexões sobre o conceito ou os conceitos de cultura adotados pelo constituinte federal de 1988, ao mesmo tempo em que registram a proteção constitucional concedida ao nosso patrimônio cultural e o direito conferido a todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes no País, ao usufruto e defesa desse patrimônio.

Não é apreciação original se tomados os mais variados estudos já desenvolvidos sobre o tema, mas pretende ser uma síntese que motive novas reflexões, apreciando cultura como bem, valor e patrimônio e ao mesmo tempo como expressão da identidade nacional, obrigação do Estado, direito e dever do cidadão.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, tem por fim expor apreciação diversificada de cultura e patrimônio cultural a partir dos conceitos incorporados à Constituição, nem sempre observados com atenção pelo leitor da Carta, assim como por aqueles que, sem maior preocupação com o sentido das expressões adotadas pelo constituinte, utilizam esses conceitos tomando o conjunto da norma. Análise mais detida pode demonstrar os vários sentidos aplicados à cultura e ao patrimônio cultural nacional, inclusive com a compreensão e reconhecimento do caráter multiétnico da nação.

O objetivo não é enveredar pelo conceito hierárquico de cultura, nem pelo sentido figurado que tal expressão pode imprimir às artes e enlevar o espírito, muito menos a tradução de virtudes, admiração e louvor. É sabido que ela pode exprimir as diferenças entre comuni-

430 Advogado, professor, pós-graduado em Administração e Política Cultural, Mestre em Direito Ambiental, ex-presidente do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas e da Academia Amazonense de Letras, e atual Secretário de Estado da Cultura, no Amazonas.

dades e grupos humanos, modelos e formas, ou aquilo a que os cultu-
rólogos consagraram como a forma das coisas que as pessoas têm em
mente, ou o que acontece ao homem e o que o homem faz. Trata-se do
que a Constituição consagra, e que se apresenta na amplitude de tais
impressões.

1. Breve retrospectiva histórica

Pode-se salientar, a título de revisão das constituições brasileiras,
que a defesa dos bens de interesse cultural surge com regra insculpida
na Constituição Política do Império do Brasil (1824), de longa existên-
cia e vigência por 65 anos, a qual determinou que o exemplar da Con-
stituição depois de assinado pelo Imperador, referendado pelo Secre-
tário de Estado e devidamente selado seria guardado em original no
Arquivo Público. Veja-se, por conseguinte, que tal medida reconhecia a
relevância da preservação de acervos de interesse cultural.⁴³¹

A Constituição de 1934, no alvorecer da chamada 2.^a República se
revestiu de certa confusão ideológica, própria daqueles anos de nova
transição política, de resistências à centralização de poder e de afagos
do governo central a todas as correntes que se constituíram no País.
Ela atribuiu competência concorrente a União e aos Estados-Membros
para legislar sobre cultura e fixou a necessária proteção às bele-
zas naturais e aos monumentos de valor histórico e artístico, inclusive
quanto à evasão de obras de arte, como uma novidade em razão dos
fatos que se sucediam em várias partes do mundo.⁴³²

Naquela Constituição o direito de propriedade surgiu de forma
diversa daquela com que foi inscrito na primeira constituição repu-
blicana (1891), quando podia ser exercido em toda a sua plenitude,
certamente como uma das resultantes de um texto naturalmente indi-
vidualista e liberal. Com a Constituição de 1934 o direito de proprie-

431 Art. 70. Assignada a Lei pelo Imperador, referendada pelo Secretario de Estado competente, e sellada com o Sello do Imperio, se guardará o original no Archivo Publico, e se remetterão os Exemplares della impressos a todas as Camaras do Imperio, Tribunaes, e mais Logares, aonde convenha fazer-se publica.

432 Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: (omisses) III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

dade “*não mais poderia ser exercido em desfavor do interesse social e coletivo*” como assinala Francisco Assis Alves.⁴³³

Mais adiante o mesmo diploma constitucional fixou ⁴³⁴ o papel da União, Estados e Municípios no estímulo às ciências, artes, letras e cultura em geral, renovando a incumbência de proteção dos objetos de interesse histórico e do patrimônio artístico do País. Em consonância com as preocupações mais modernas daqueles anos aduziu a assistência ao trabalhador intelectual como dever do Estado.⁴³⁵ Foram vários os princípios e regras de caráter político-social incorporadas à Constituição, notadamente privilegiando direitos sociais dos trabalhadores, atendendo às ciências, letras, artes, patrimônio histórico, e, de certa forma, traduzindo no corpo constitucional os interesses do poder central, uma ditadura que busca legitimar-se.

Não vale aqui analisar a fragilidade da técnica legislativa então adotada, nem cabe ressaltar com maior ênfase a influência da Constituição alemã, mas, tão somente destacar o regramento constitucional brasileiro adotado em defesa dos valores e bens culturais.

A Carta de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, que teve como paradigma a Constituição da Polônia (1921), embora totalitária, foi ela que fixou que os locais, paisagens e monumentos históricos, artísticos e naturais teriam proteção especial da Nação, aí compreendida a União, os Estados e os Municípios, aduzindo regra nova que foi considerar que os atentados contra estes bens teriam a equivalência de agressões contra o patrimônio nacional,⁴³⁶ fixando sanção particular. Neste aspecto também se diferenciou da Constituição de 1934.

Da mesma carta decorreu a prerrogativa do Poder Executivo e presidencial de editar Decreto-Lei como instrumento de substituição às leis, inclusive sobre matéria legislativa de competência da União,⁴³⁷

433 ALVES, Francisco Assis. *As Constituições do Brasil*. Brasília, [s.n] 1985. p. 36.

434 Art. 148. Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

435 Idem, idem.

436 Art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

437 Art. 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-

quando do recesso ou dissolução das casas legislativas federais, permissivo que foi utilizado para a expedição do Decreto-Lei n.º 25/1937 tratando da proteção dos bens de interesse para o patrimônio histórico e artístico nacional, matéria que de algum tempo tramitava no Congresso Nacional sem solução. Percebe-se que sua aplicação foi realizada de forma extravagante, porque a Carta da época, rigorosamente, não autorizava a utilização para os fins a que se destinou o decreto-lei em questão.

A Constituição de 1946, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, como esforço de conciliação do Estado liberal com o Estado social sem guardar simetria com os textos internacionais mais recomendáveis de seu tempo, fixou a mesma proteção do poder público aos valores culturais traduzidos em obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico e sobre os monumentos naturais e paisagens, aduzindo os locais de particular beleza, mas subtraiu a regra de que os atentados contra eles praticados seriam tratados como se fossem cometidos em relação ao patrimônio nacional. Como se vê, o constituinte tratou da proteção efetiva, inclusive sob o ponto de vista estético, quando fosse o caso, alcançando, se necessário, o direito de propriedade e impondo-lhe restrição em nome do interesse social. Aliás, deve-se ter presente que a garantia da propriedade está no corpo da lei e nos limites em que a legislação estabelecer.

A Constituição de 1967 definiu que o amparo à cultura é dever do Estado, repetindo a de 1946 ⁴³⁸ tal como depois foi considerado na

leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

Art. 14. O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas.

438 Art. 174. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - A lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior.

Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969,⁴³⁹ a qual se aduziu a regra do parágrafo único, semelhante à do art. 175 da Constituição anterior, mas incluindo as jazidas arqueológicas que ainda não haviam sido contempladas com tal proteção. Essa regra, reproduzida integralmente na Emenda Constitucional n.º 1/1969, ou na nova Constituição como querem alguns estudiosos do direito atentos à boa técnica, representava uma direta limitação ao direito de propriedade, sem que o proprietário tivesse qualquer possibilidade de impedir a ação protetora do Estado sobre o bem em seu domínio e de interesse coletivo.

A sanção daí decorrente surgiu fora do texto constitucional, igual para toda e qualquer pessoa que ferisse o patrimônio nacional, nele compreendido o que fosse de caráter federal, estadual ou municipal. Tratava-se da proteção do bem em qualquer esfera da organização do Estado.

A Constituição da República de 1969, ou a Emenda Constitucional n.º 1, assegurou que é dever do Estado a proteção aos documentos, as obras e locais de valor histórico e artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis e até as jazidas arqueológicas, tudo em nome da ordem nacional. Tratava-se de defesa do que, em sentido amplo, era a documentação de vida das sociedades para transmissão às futuras gerações, traduzindo uma época e fases da evolução da civilização. O que a Constituição fixou amplamente foi a proteção aos bens culturais, traduzidos em diversas espécies então reconhecidas como tal.

Na evolução da história constitucional brasileira podemos constatar uma razoável unidade de conteúdo, com a mesma causa geradora, em mandamentos que direta ou indiretamente objetivavam proteger

Art. 175. As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.

Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

439 Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

bens de valor histórico mediante a limitação aos direitos de propriedade.

Trata-se, a teor de tais regramentos, de proteção especial, portanto, diferenciada de outras que possam igualmente haver em matérias diversas, com características peculiares. Deve ser permanente, estável, que reclama providências particulares, e de amplo alcance para sua fixação e manutenção. Sua execução cabe ao Poder Público por preceito originado na Constituição de 1946,⁴⁴⁰ em lugar naturalmente do poder de império, direito de governo, de majestade ou regalia, como assinala Vicente Rao⁴⁴¹. É o exercício do poder discricionário que o Estado detém em meio às atribuições políticas e administrativas, limitadas somente pela ordem constitucional e legal englobando os entes federados como tal erigidos pelo constituinte, em que se incluem igualmente as entidades com personalidade jurídica própria originárias do Estado, como são as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, em razão de desempenharem funções delegadas pelo Poder Público, cabendo à União fixar as normas gerais.

2. Os vários sentidos da Constituição de 1988

Que sentido (ou sentidos) a Constituição da República de 1988 confere à cultura e ao patrimônio cultural brasileiro? Indiscutível que o tema assumiu proporções consideráveis na Constituição de 1988, sendo tratado em vários dispositivos, sob os mais diversos enfoques. Ora o constituinte reafirma condicionantes conhecidas e utilizadas em outras constituições, ora adota forma universalista e visão moderna, prevalecendo, entretanto, no mais das vezes, o caráter valorativo. Por isso mesmo cultura é tomada como bem, patrimônio, valor, etc.

Reverendo as constituições brasileiras é possível identificar que a de 1946 já adotava o conceito de cultura sob o ponto de vista jurídico, conforme se constata no artigo 174: “o amparo à cultura é dever do Estado”. Há, sem dúvida, neste caso, e logo à vista, o caráter paternalista originário do Estado Novo de cujo período decorre a principal legislação federal sobre o tema, mas fica demonstrado que o constituinte

440 Art. 175. As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.

441 RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. (s.l.:s.n.) t. II, 1960. p. 103.

considerava cultura como objeto de intervenção do Estado. Por via de consequência e no mesmo sentido emergem a proteção e o incentivo a tais bens como obrigação estatal, ambos a reafirmarem o entendimento de cultura como bem a ser protegido pelo Poder Público, segundo a ótica daqueles anos e que se estenderia até a Constituição de 1988.

Como assinalado anteriormente considerando cultura como bem jurídico, a Constituição de 1988⁴⁴² além de assegurar competência comum a União, aos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre a matéria, consigna, igualmente, a obrigação de proporcionar “meios de acesso” à cultura, além da educação, ensino e desporto, também tomados como objeto primordial. Tal sentido se completa com o artigo 215, que constitui seção própria e original posto que o constituinte federal estabeleceu que o Estado garantirá a todos os cidadãos residentes no território nacional o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, além de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Houve, por assim dizer, uma expansão expressiva no tratamento até então dispensado à matéria pelas constituições anteriores.

Assim sendo, nada mais será necessário para que, de forma natural e sem maiores discussões e à luz da Constituição, cultura se clarifique como objeto do direito. Ou seja, é um bem e como tal considerado constitucionalmente, por isso mesmo passível ou não de apreciação pecuniária.

Neste particular vale considerar o entendimento de que

Indiscutível que as culturas – assim mesmo, dito de forma pluralizada porque são múltiplas e variadas -, são sempre a tradução do ser, do fazer e do saber dos povos no cotidiano, nas relações de família, de trabalho, de convivência social, como de apreensão e expansão do conhecimento e da construção da própria história do homem em determinado momento quando as gerações se inserem no corpo da civilização.⁴⁴³

442 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

443 BRAGA, Robério. *As culturas como expressão da cidadania na pan-amazônia*. Conferência no Fórum Pan-Amazônico de Trabalho, Cultura, Cidadania e Justiça, realizado pelo Governo do

Outro viés a ser considerado é tomar cultura como patrimônio, concepção que emerge da Constituição-cidadã, a integrar, com outros valores, o patrimônio coletivo da sociedade nacional do mesmo modo que sucede com saúde, educação, segurança.

Tal entendimento não surge da impressão dos doutrinadores, ou do discurso retórico, mas do teor expresso na regra do inciso LXXIII do art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(omissões)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Trata-se, pois, de proteção garantida pela própria Constituição. Resta demonstrado da simples leitura do texto constitucional que, para o constituinte, a noção de bem aplicada ao patrimônio cultural alcança tudo o que possa ser objeto do direito, passível ou não de aferição econômica. Ao mesmo tempo resta clara a intenção de inserir a inviolabilidade de diversos direitos entre os quais o direito à vida, à segurança, à liberdade, à igualdade e à propriedade. A inviolabilidade destes dois últimos direitos (igualdade e propriedade) culmina, do mesmo modo que em relação a outros direitos constitucionalmente assegurados como acima demonstrado, na legitimidade conferida a qualquer cidadão, ou seja, qualquer do povo, para propor, quando entender adequado e necessário, ação popular com vistas a obter do Poder Judiciário a anulação de ato que fira ou possa vir a ferir de algum modo o patrimônio histórico e cultural, seja ele reconhecido como tal pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou até mesmo cumulativamente por

Amazonas e Tribunal Regional do Trabalho da 11ª. Região, em Manaus, no Centro Cultural dos Povos da Amazônia, em 29 de setembro de 2006. p. 7.

mais de um dos entes federativos. E pode fazê-lo com isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Indiscutível que a Constituição confere, do mesmo modo, com a clareza necessária, a todo e qualquer cidadão (nacional ou estrangeiro residente no país) o direito à propriedade, inclusive dos bens que sejam ou venha a ser tomados como integrantes do patrimônio histórico e cultural por quaisquer dos entes federativos. Nesse caso não cabe, nem à distância, discussão que não admita como possível a imposição a qualquer propriedade das restrições administrativas relativas à inscrição como patrimônio cultural. E não há falar, mesmo assim, que tal medida possa implicar em redução do direito de propriedade como um direito real por excelência, direito sobre coisa própria e não sobre coisa de outrem ou alheia. Muito menos é possível cogitar da impossibilidade de gravame de qualquer bem privado ou de ente público, por interesse do patrimônio histórico e cultural, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal. E não cabe porque os direitos de propriedade e do bem cultural convivem e são relevantes.

O tombamento de bem por interesse cultural ou histórico, público ou privado, não implica em prejuízo real ao direito de propriedade quanto aos direitos de usar, gozar, dispor e reaver, porque o proprietário não perde o direito aos direitos assegurados pela condição pura e simples de proprietário do bem. Apenas, todos os demais cidadãos podem, ao mesmo tempo e nos limites de cada um, gozar do bem protegido como referência cultural, como por exemplo, mediante a contemplação, quando inserido na paisagem urbana, e a que seja mantido conforme as condições originais que o identificam e lhe conferiram o *status* de que se trata.

Surgem a partir desse ponto várias questões relativas ao uso e gozo dos bens de interesse cultural por todos os cidadãos, previsto na Constituição da República. Usufruir e gozar dos bens de interesse do patrimônio cultural é direito de todo e qualquer cidadão, sejam eles traduzidos em bens materiais ou imateriais, portanto edificações, obras de arte, conjuntos urbanos, edificados ou naturais, assim como as criações científicas, artísticas e tecnológicas. E em nada isso há de ferir o direito de propriedade dos brasileiros natos e dos estrangeiros residentes no País, conforme previsão constitucional.

Outra discussão que se alonga em debates acadêmicos se refere aos desdobramentos das regras fixadas pela Constituição da República em relação ao patrimônio cultural quanto aos enfoques do patrimônio como o conjunto de direitos e obrigações passíveis de aferição monetária objetiva. E o faz sem restrição aos bens materiais edificados e considera que certas e determinadas formas de expressão da cultura, especialmente aquelas que se impõem como tradução de bem cultural imaterial, do que são exemplos os festejos populares, bailados, danças típicas, festas do folclore, lendas, festas populares, benzimentos, locuções tradicionais, pregões, superstições, literatura oral, sejam submetidas, de igual modo, a uma possível medida econômica.

O sentido de patrimônio que o constituinte conferiu ao bem cultural, entretanto, não poderia, em sentido amplo, ser tomado, neste caso em particular, unicamente como patrimônio mensurável de forma econômica. Sem dúvida que cultura é valor, e o é, notadamente, como valor de expressão da nacionalidade. Assim é que a Constituição a considera ao tratá-la como bem cultural, exatamente aquele que incumbe ao Estado e à sociedade identificar, reconhecer, inventariar, registrar, proteger, zelar, promover e defender, para seu próprio uso e gozo, inclusive.

Ao cuidar de cultura em si, ressalte-se, a Constituição de 1988 não a toma como atributo intelectual ou expressão da erudição. Indiscutível que esse sentido não pode ser desprezado em relação a indivíduos ou a pequenos grupos da sociedade, mas a Constituição se reporta à cultura como aquela que expressa a identidade nacional sob os mais variados aspectos, de ordem material e imaterial. Certamente porque ao mesmo tempo em que confere valor a cultura ao se referir a existência de valor cultural,⁴⁴⁴ ao assegurar o respeito a valores culturais,⁴⁴⁵ a Constituição também define como necessária à preservação de tais valores, o incentivo à produção e o conhecimento de bens e valores culturais.⁴⁴⁶ Como se não bastasse a Constituição cuida do chamado

444 Art. 123, III e IV

445 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

446 Art. 216. (omisses).

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

desenvolvimento cultural,⁴⁴⁷ e pretende ordenar as ações do Poder Público na relação com a sociedade por meio de um planejamento global e conjunto a que designa de Plano Nacional de Cultura.⁴⁴⁸

Outros aspectos devem ser considerados na presente apreciação. Quando o constituinte definiu que o ensino da História do Brasil deve levar em conta as contribuições das mais diversas culturas e grupos étnicos que contribuíram para a formação do povo brasileiro,⁴⁴⁹ estava de certa forma fixando outro viés com o qual deve ser observado o patrimônio cultural brasileiro, qual seja o de valores étnicos, excedendo, segundo analistas aos quais o autor se filia, o sentido mais amplo que possa ser conferido à cultura, tratada então com caráter universalista.

E esse mesmo sentido fica ainda mais explícito quando da observação detida do inteiro teor do *caput* do art. 216 e seus incisos I e II que, especificamente, consideram como patrimônio nacional e expressão da cultura as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, o que aclara definitivamente o objetivo do constituinte em abarcar como bens de valor do nosso patrimônio as traduções de cultura popular, afro-brasileira e indígena, portanto de outros grupos humanos participantes do processo civilizatório que não somente, nem principalmente, o de origem europeia ou de apossamento.⁴⁵⁰

447 Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

448 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V-valorização da diversidade étnica e regional.

449 Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

450 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Indiscutivelmente os valores de expressão da identidade de grupos humanos formadores da sociedade nacional se impõem sobre os conceitos jurídicos e constitucionais, nada mais relevante na realidade brasileira, e podem ser tomados em reforço ou como base de sustentação dos conceitos de cultura como bem, conjunto de bens e valor.

Essa consideração se amplia se for considerado o sentido que a Constituição da República confere às línguas nacionais,⁴⁵¹ valorizando e respeitando todas as que possam ser identificadas no território nacional, assim define porque elas expressam a diversidade desse cenário multicultural e multiétnico que se pode exprimir e usufruir, ainda que haja definido a língua portuguesa como o idioma oficial da República.⁴⁵²

3. A amplitude das normas atuais

A Constituição da República edificada como constituição-cidadã em 1988 e assim considerada pelos expressivos avanços no campo dos direitos individuais e sociais concede, como visto e com igual valia, fundada e respeitável proteção ao patrimônio cultural brasileiro, nos mais diversos aspectos de sua conformação.

Trata-se de uma proteção que alcança os bens de natureza material e imaterial considerados individualmente ou em conjunto, na forma do preceito constitucional, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos mais diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, entre os quais devem ser consideradas as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.⁴⁵³

451 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

452 Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

453 Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à

O entendimento de que se tratava de uma forma de proteção disposta em contraponto à proteção do patrimônio natural não tem cabimento, visto ser indispensável a associação e integração entre tais bens, afastada a preocupação de haver ou não intervenção humana na constituição desses acervos patrimoniais.

Para ser mais ampla e precisa, a proteção de que se trata é de competência concorrente da União, estados-membros, Distrito Federal e municípios. E mais, os entes federativos devem legislar não só sobre o patrimônio cultural como também sobre a responsabilidade por danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, o que se caracteriza como bastante diverso do tratamento da Constituição anterior. Desse modo, fica preservado o interesse federal no resguardo e proteção do bem cultural de expressão nacional, e o interesse estadual e local, quando o mesmo bem ou outro possa se traduzir em expressão regional, estadual ou municipal. Vale notar com relevância que a proteção constitucional advinda de 1988 inclui a necessária participação da sociedade para a consecução de seus objetivos. E o faz na exata compreensão do entendimento da UNESCO:

A coletividade nacional integralmente deve participar da proteção e da valorização do patrimônio cultural. Essa preservação e valoriza-

memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Parágrafo primeiro - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Parágrafo segundo - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Parágrafo terceiro - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo primeiro - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Parágrafo segundo - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

ção constituem um processo dinâmico que implica uma participação de todas as categorias sociais e uma ação propulsora constante e imaginativa.⁴⁵⁴

Dessa forma, ampliando e diversificando os institutos utilizados para a proteção do patrimônio cultural brasileiro a Constituição também estabelece instrumentos mais modernos e democráticos, na medida em que confere responsabilidade e participação da sociedade no trato de tais questões.

4. Os principais institutos

O mais antigo e conhecido dos institutos adotados para a proteção do patrimônio cultural é o do tombamento, tomado efetivamente como ato declaratório público do valor alcançado pelo bem em relação ao interesse coletivo, além de outros que ainda não se consolidaram na prática procedimental do Poder Público.

O termo tombamento tem origem no ano de 1378 e decorre diretamente do armazenamento dos primeiros documentos que o Rei mandava colecionar – o *RecabedoRegui* ou o Livro de Tombo – no qual se registravam as propriedades do Rei e os direitos que detinha sobre elas. Assim a expressão tombamento tem origem na conhecida Torre do Tombo, na qual D. Fernando I - O Formoso (1345-1383), nono rei de Portugal, instalou o arquivo do Rei, constituindo-se nos dias atuais em um dos mais consultados.

Tombamento é como se inscreve no Direito Português significando arrolar, inventariar, registrar no livro de tombo e guardar no arquivo correspondente, ou “*inventário autêntico de bens*” como assinala Antonio de Moraes e Silva.⁴⁵⁵ Essa expressão teria sido usada pela primeira vez no Código Civil português de 1876, a significar uma espécie de demarcação.

454 UNESCO. O homem e seu ambiente. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A proteção constitucional ao patrimônio cultural*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em: 16. abr. 2013.

455 SILVA, Antonio de Moraes e. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano Neves. 1878. vol. 2. p. 757.

Não basta tombar. É preciso que tal medida tenha o devido acompanhamento. O controle do tombamento se realiza no mínimo em quatro campos de abrangência: o estabelecimento de legislação que complemente a regra constitucional; uso ou aplicação pelo ente federado respectivo da imposição constitucional de proteger o bem de interesse cultural, até mesmo por via do tombamento; controle da regularidade dos atos constitutivos dessa que, em suma é uma limitação imposta ao direito de propriedade, quando se trata de bem edificado, especialmente; acompanhamento dos resultados e eficiência da adoção do tombamento em relação a bens específicos.⁴⁵⁶

Esse controle pode ser exercido por qualquer cidadão e pelo Ministério Público, mesmo quando no Município ou no Estado e Distrito Federal não haja legislação com esse fim, até para obrigar o Poder Público, nesse caso o Poder Executivo, a instituir lei específica que trate da matéria e mais, até mesmo a criar órgão público destinado especialmente a dar cumprimento ao dispositivo constitucional de proteção ao patrimônio cultural. Em havendo legislação específica já fixada no Município, por exemplo, qualquer do povo ou o Ministério Público, igualmente podem, com muito mais facilidade, adotar medidas judiciais para defesa de bens de interesse coletivo, de caráter representativo como bem cultural. Além, naturalmente, se houver tombamento efetivado, defender a sua integridade, sua conservação, visibilidade e fruição coletiva, agindo, inclusive, contra o proprietário que de qualquer forma e motivo promova ou permita a desfiguração, mutilação, deformação ou alteração do bem, que modifique o *status quo* que justificou o tombamento.

Em síntese apertada Diogenes Gasparini⁴⁵⁷ consagra que o tombamento é servidão administrativa, dotada de nome próprio, e instituída todas as vezes que o Poder Público decide preservar determinado bem, seja ele público ou particular, em face do valor artístico, histórico, cultural, turístico ou paisagístico que ele exprima.

O ato em si, puro e simples, também está submetido ao controle de que se trata e é possível constatar isso em medidas judiciais as mais diversas.

456 BRAGA, Robério. *O Instituto do tombamento e proteção do bem cultural*. Manaus: UEA Edições, 2007. p. 118-119.

457 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 651.

De igual modo, por via administrativa, o cidadão, nacional ou estrangeiro residente no País pode acionar os órgãos e entidades públicas responsáveis pela proteção de tais acervos de interesse cultural, e até de forma múltipla em relação aos entes federativos caso haja tombamento igualmente diversificado.

Não basta tomba e controlar ou fiscalizar o uso e a conservação. O ente que efetivou o tombamento de bem cultural assume o dever de agir em sua defesa, conservação, proteção e manutenção de condições que originaram o tombamento, sem considerar, neste caso, o domínio. Tal obrigação deve se dar de forma concorrente ou não com outro ente federativo que igualmente tenha considerado o mesmo bem como referência cultural.

Essa possibilidade de defesa e controle ultrapassa o cidadão, o Poder Executivo, o Ministério Público e alcança o Poder Legislativo até mesmo por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito. Ao Poder Judiciário poderão ser propostas as medidas judiciais conhecidas como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública, o interdito proibitório, a ação de nunciação de obra nova, as ações cautelares, ou as ações de fazer ou não fazer, tudo isso para fins de efetivo controle do tombamento.

O controle do tombamento como ato administrativo pode ser levado à apreciação judicial. Valioso o entendimento do ministro Antônio de Pádua Ribeiro⁴⁵⁸ a respeito, para quem *“as restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua função social, entre as quais se insere o tombamento, decorre do poder de polícia inerente ao Estado, que há de ser exercitado com estrita observância ao princípio da legalidade e sujeição ao controle de Poder Judiciário”*.

No exame da matéria deve ser aduzido o direito urbanístico, a gerir os interesses e conflitos decorrentes da ação do Poder Público no cumprimento de imposição constitucional, conforme previsão do art. 5,^o inciso II da Constituição da República.

Há também o inventário, que deve ser procedido de forma prévia ao tombamento e levado ao conhecimento dos cidadãos da comunidade

458 Recurso Especial nº 30.519-0 – RJ. In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 78, ano 8, fev., 1996: 153. *Apud* BRAGA, Robério. O instituto do tombamento e proteção do bem cultural. Op.cit.

em que o bem objeto do tratamento se insere, especialmente, no caso de imóveis. Isso porque os bens dispostos em inventário podem vir a ser considerados de valor especial para fins de tombamento. É o que consta do parágrafo primeiro do artigo 216 da Constituição da República, e que, indiscutivelmente, deve preceder ao tombamento, tomado este como medida de força e gravame ou restrição ao direito de propriedade, até porque, neste caso, o imóvel fica revestido de função social mais ampla que aquela naturalmente atribuída a qualquer outra propriedade. Basta, para explicitar tal circunstância, a compreensão de que o direito de propriedade que enfeixa em si mesmo conteúdo social e obrigações negativas e positivas, quando considerado em bem selecionado para fins de tombamento como patrimônio cultural tem acrescida a relevância de benefício à coletividade, mesmo com a natural preservação do direito do proprietário usufruir do bem sem prejuízo de qualquer outro direito, inclusive de transferência, doação e venda. A matéria é tratada na constituição brasileira de forma semelhante à das constituições italiana e espanhola,⁴⁵⁹ por exemplo, em cujas sociedades os bens de expressão cultural assumiram, de há muito, valor especial com sentido e maior repercussão econômica.

O inventário desse patrimônio tal como adotado pela Constituição independe de lei, cabendo aos órgãos públicos responsáveis pela preservação dos valores culturais promovê-lo, inclusive, como fonte de referência da identidade da comunidade em que ele se insere, e a partir do qual podem ser traçadas diretrizes de uso, conservação, preservação e restauro, quando for o caso.

A proteção, que é o objetivo maior previsto pela Constituição, se dá pela preservação, tomada esta no sentido traduzido pela professora Sônia Rabello de Castro⁴⁶⁰ para quem é na proteção ao patrimônio cultural que “podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação.” E há várias formas e possibilidades legais de preservação sob a

459 Trata-se da Constituição de 29 de dezembro de 1978. Logo no preâmbulo a Constituição assegura a promoção da cultura e da economia para garantir qualidade de vida digna. Em vários de seus artigos reconhece e protege a diversidade linguística como patrimônio cultural, assegura a participação de todos os cidadãos na vida cultural, econômica, política e social do País e a liberdade de criação artística, literária, científica e técnica.

460 CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 6

responsabilidade original do Estado, por meio de atividades administrativas as quais “sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma de preservação específica”.⁴⁶¹

O que mais se destaca na Constituição atual, neste particular, é ter excedido à fixação de institutos jurídicos destinados à preservação do patrimônio cultural brasileiro e identificado, dando relevância ao fato, que a participação da sociedade junto ao Poder Público se caracteriza como de fundamental importância para os objetivos pretendidos nos preceitos constitucionais. Reconhece a responsabilidade do cidadão de per si com os acervos patrimoniais nacionais, sejam eles de expressão ampla para o País ou restritos ao importante interesse local e estadual, e, como se não bastasse, como ressaltado alhures, concede-lhe o direito de agir em defesa de tais bens conforme o seu entendimento, buscando o Poder Judiciário.

5. Conclusão

A proteção do patrimônio cultural, entendido esse na sua amplitude conceitual como demonstrado, mereceu do constituinte federal de 1988 posicionamento mais amplo e preciso daquele que, historicamente, vinha sendo conferido pelas constituições anteriores, mesmo aquelas que, ao seu tempo, foram consideradas de vanguarda em vários temas, como a Constituição de 1946.

O bem cultural seja ele de caráter material ou imaterial, público ou privado, de expressão local ou municipal, estadual ou distrital e nacional, ou o que possa por razões peculiares acumular fundamentos que exijam a imposição de proteção de entes federativos em conjunto, todos estão albergados constitucionalmente e elevados à responsabilidade de uso, gozo e zelo de qualquer cidadão porque bem coletivo, a par da responsabilidade institucional do Poder Público. Neste aspecto é expressivo o avanço da Constituição da República, como relevante considerar outros meios de proteção por ela fixados além do tombamento que desde 1937 assumiu posição privilegiada e exclusiva na legislação infraconstitucional brasileira. Relevante a possibilidade de

⁴⁶¹ CASTRO. Sônia Rabello de. Op. cit., p. 5.

controle dessa proteção que surge da Constituição, também permitida ao cidadão.

No que se refere à proteção do patrimônio cultural, portanto, patrimônio comum do povo mesmo quando os bens protegidos se insiram com tal expressividade apenas em nível local, a Constituição da República corresponde à consagração de constituição-cidadã, tanto quanto se dá em relação aos direitos e garantias individuais e sociais que alberga.

Referências

- ALVES, Francisco Assis. *As Constituições do Brasil*. Brasília, [s.n] 1985.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 15. abr. 2013.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 15. abr.2013.
- _____.Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 15. abr. 2013.
- _____.Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 15. abr. 2013.
- _____.Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15. abr. 2013.
- _____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15. abr. 2013.
- CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- BRAGA, Robério. *O instituto do tombamento e proteção do bem cultural*. Manaus: UEA Edições, 2007.
- _____. As culturas como expressão da cidadania na pan-amazônia. Conferência no Fórum Pan-Amazônico de Trabalho, Cultura, Cidadania e Justiça, realizado pelo Governo do Amazonas e Tribunal Regional do Trabalho

da 11ª. Região, em Manaus, no Centro Cultural dos Povos da Amazônia, em 29 de setembro de 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. (s.l.:s.n.) t. II, 1960.

Recurso Especial nº 30.519-0 – RJ. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº 78, ano 8, fev., 1996: 153. *Apud* BRAGA, Robério. *O instituto do tombamento e proteção do bem cultural*. Manaus: UEA Edições, 2007.

SILVA, Antonio de Moraes e. *Dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano Neves. 1878. vol. 2.

UNESCO. O homem e seu ambiente. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A proteção constitucional ao patrimônio cultural*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>>. Acesso em: 16. abr. 2013.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO, REVISÃO E DESTOMBAMENTO

*Júlio Cezar Lima Brandão*⁴⁶²

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo analisar o processo administrativo de tombamento em nível federal, identificando as suas diversas fases, da individualização do bem, mediante realização dos estudos técnicos, no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan),⁴⁶³ até a homologação pelo Ministro de Estado da Cultura, com a possibilidade de interposição de recurso pelo proprietário e de revisão de ofício pelo Presidente da República.

Antes, porém, de adentrar-se às especificidades do tema em estudo, e com o escopo de firmar algumas premissas iniciais indispensáveis ao enfrentamento do tema central, foram realizadas concisas abordagens acerca da proteção constitucional do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro, bem como sobre a função social da propriedade, meio ambiente cultural, devido processo legal e a aplicação da Lei nº 9.784, de 29.01.1999⁴⁶⁴, ao processo administrativo de tombamento.

2. Breve histórico constitucional acerca da proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro

A Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, não fazia qualquer referência ao patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro.

462 Doutorando em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia. Advogado. Procurador do Estado do Amazonas.

463 O Iphan é autarquia federal constituída pela Lei nº 8.113, de 12.12.1990, e pelo Decreto nº 99.492, de 03.09.1990, com base na Lei nº 8.029, de 12.04.1990, vinculada ao Ministério da Cultura, tem sede e foro em Brasília, jurisdição em todo território nacional, e prazo de duração indeterminado (Decreto nº 6.844, de 07.05.2009).

464 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A primeira a se ocupar do tema foi a Constituição Republicana de 1891, promulgada em 24 de fevereiro. O legislador constituinte, por meio do art. 8º das Disposições Transitórias, obrigou o governo federal a adquirir a casa em que faleceu Benjamin Constant, um dos principais articuladores do levante republicano de 1889, e a colocar lápide em sua homenagem.

A Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 estabeleceu limites ao direito de propriedade em proveito da proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro: conferiu competência concorrente à União e aos Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, e para impedir a evasão de obras de arte; e atribuiu autoridade à União, aos Estados e aos Municípios para favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.⁴⁶⁵

Em grave retrocesso, a Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937, não condicionava o uso da propriedade privada ao interesse social ou coletivo, como fizera a sua antecessora. Contudo, tal qual a de 1934, colocou sob especial proteção e cuidado da Nação, dos Estados e dos Municípios, os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza.⁴⁶⁶

A Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro, foi confeccionada ao longo de oito meses e teve como subsídio os textos das Constituições de 1891 e 1934.⁴⁶⁷ A nova ordem constitucional garantiu o direito de propriedade e inovou admitindo o interesse social como fundamento para sua desapropriação e o bem estar social como condição efetiva para o uso da propriedade.⁴⁶⁸ Por determinação do seu art. 175 as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico,

465 Cf. arts. 10, III, e 148.

466 Cf. arts. 122, item 14, e 134.

467 CALDEIRA, Cesar; e ARRUDA, Marcos. *FASE-Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional em co-edição com Projeto "Educação Popular para a Constituinte"*. Rio de Janeiro, CLIP Produções Gráficas e Jornalísticas, 1986, p. 29-33.

468 Cf. arts. 141, § 16, e 147.

bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficavam sob a proteção do Poder Público.

O art. 172 da Constituição de 1967, inspirado no art. 175 da Constituição anterior, também colocou sob a especial proteção do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas, e inseriu a função social da propriedade dentre os fundamentos da ordem econômica brasileira.

Por fim, a Constituição da República vigente, promulgada a 5 de outubro de 1988, ampliou as medidas de proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro e erigiu o tombamento, o inventário, o registro, a vigilância e a desapropriação a categoria de instrumentos constitucionais de proteção desse rico acervo patrimonial, material e imaterial, como veremos mais adiante.⁴⁶⁹

3. Função social da propriedade privada

A Constituição Federal de 1988 assegurou aos brasileiros e estrangeiros o direito de propriedade condicionado ao cumprimento de sua função social e manteve – da mesma forma que a Constituição de 1946 – o interesse social como fundamento da desapropriação para fins de reforma agrária e a função social da propriedade – tal qual a Constituição de 1967 – como alicerce da ordem econômica.⁴⁷⁰

Além disso, criou nova modalidade de expropriação, em que o pagamento da indenização também pode ser feito em títulos da dívida pública, prevendo, ainda, uma hipótese de desapropriação sem indenização, que incidirá sobre glebas de qualquer região do País, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.⁴⁷¹

A Constituição vigente trouxe consigo elementos inovadores ao inserir a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais, como princípios da ordem econômica, ao lado da função social da propriedade, com o objetivo único

469 Cf. art. 216 da CF

470 Cf. arts. 5º, XXII e XXIII, e 184, da CF.

471 Cf. arts. 182, § 4º, III, e 243, da CF.

de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.⁴⁷²

É indubitável que o constituinte de 1988 optou de forma clara e inequívoca pelo modo de produção capitalista, conforme se depreende da leitura das expressões “livre iniciativa”, “livre concorrência”, “propriedade privada”, contidas no texto constitucional.⁴⁷³

Entretanto, os direitos inerentes à propriedade privada – nela compreendida os meios de produção indispensáveis ao pleno desenvolvimento da ordem econômica – para serem constitucional e legalmente exercidos devem sempre buscar o bem-estar econômico, social e ambiental do proprietário e de toda a coletividade.

Nesse contexto, de acordo com a Constituição vigente, a função social da propriedade rural é cumprida quando esta atende, simultaneamente, segundo os critérios e graus de exigências estabelecidas em lei, à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, dentre outros. A propriedade urbana, por sua vez, cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressa no plano diretor, sob pena de parcelamento e edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, progressivo no tempo, desapropriação ou confisco, quando se tratar de atividades econômicas ilegais como culturas de plantas psicotrópicas.⁴⁷⁴

Desse prisma não se afastou o atual Código Civil – Lei 10.406, de 10.01.2002 – editado sob a égide da Constituição vigente. É bem verdade que, a exemplo do anterior, não trouxe o conceito de propriedade, limitou-se a enunciar os direitos do proprietário. Contudo, em plena harmonia com a ordem constitucional vigente, assevera que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que seja preservada a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas, e veda, ainda, ao proprietário a prática de atos que não lhe traga qualquer comodidade, ou utilidade, e que possam prejudicar outrem.⁴⁷⁵

472 Cf. art. 170, V, VI e VII, da CF.

473 Cf. arts. 1º, IV, 5º, XXII, e 170, da CF.

474 Cf. arts. 182, §§ 2º e 4º, 186, IV, e 243, da CF.

475 Cf. art. 1.228 do CC.

Na atualidade, o Direito reconhece ao proprietário o poder sobre a coisa e o domínio. Encerra, sem dúvida, os mesmos atributos originários, ou seja, o direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa de quem injustamente a possui ou detenha. Todavia, a propriedade privada suporta inúmeras e severas limitações e restrições constitucionais e legais “tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação”.⁴⁷⁶

A propriedade, em termos constitucionais e infraconstitucionais, evoluiu de uma concepção puramente individualista e sem limites para uma concepção social e limitada. Ao tempo em que a atual ordem constitucional garante o direito de propriedade, impõe-lhe a função social; ao tempo em que assegura a propriedade privada dos meios de produção, exige-lhe o cumprimento de sua função social e o respeito ao meio ambiente.

A função social da propriedade, enfim, significa que o “o proprietário deve utilizar-se de sua propriedade conjugando, ao seu interesse particular, o interesse social”. O direito de propriedade está “condicionado a dois fatores independentes: fator aquisitivo da propriedade, segundo o qual será proprietário aquele que adquirir de forma legítima, conforme a lei, e um fator de caráter contínuo, segundo o qual é preciso que o proprietário use esta propriedade de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena”.⁴⁷⁷

4. Meio ambiente cultural

A vigente Constituição garante a todos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o erige à categoria de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.⁴⁷⁸

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de novíssima dimensão, de titularidade coletiva e de

476 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 67.

477 GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162.

478 Cf. art. 225 da CF.

natureza transindividual, uma vez que diz respeito a todo o gênero humano, cabendo ao Estado e a própria coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo, em benefício das presentes e futuras gerações.⁴⁷⁹

Meio ambiente, por definição legal, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.⁴⁸⁰ Compreende-se nessa definição legal, os “organismos e elementos naturais e culturais, vivos e não-vivos”.⁴⁸¹

Nessa perspectiva, o conceito de meio ambiente abrange o natural e o artificial, abarcando a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora – os denominados recursos ambientais⁴⁸² – e o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. Essa “integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais”.⁴⁸³ O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou esse conceito, cuja compreensão é a de que o meio ambiente abrange os aspectos natural, cultural, artificial e laboral.⁴⁸⁴

O meio ambiente cultural é artificial, em regra.⁴⁸⁵ Mas, também pode ser natural, uma vez que a Constituição incluiu entre o patrimônio cultural brasileiro os sítios de valor arqueológico, paleontológico e ecológico que, a toda prova, não representam obra do homem. O sistema constitucional vigente ampliou a compreensão de patrimônio cultural brasileiro ao incluir na sua definição os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos

479 STF – ADI 3.540-MC – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03.02.2006. No mesmo sentido: STF – MS 22.164 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 17.11.1995. Consulte-se a definição de direitos difusos estabelecida pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

480 Cf. art. 3º, I, da Lei 6.938, de 31.08.1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

481 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

482 Cf. art. 3º, V, da Lei 6.938/81.

483 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

484 Cf. STF, ADI 3.540-MC.

485 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, p. 21.

formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.⁴⁸⁶

Importante compreender que o meio ambiente cultural é formado “por bens, valores e tradições aos quais as comunidades emprestam relevância, porque atuam diretamente na sua identidade e formação”.⁴⁸⁷ Esses bens traduzem “a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania”.⁴⁸⁸

Daí a expressão patrimônio cultural ou bem cultural, assim entendido como “aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante”.⁴⁸⁹

A Constituição de 1988 conferiu, ainda, ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a obrigação para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.⁴⁹⁰

Desses instrumentos, o que interessa ao estudo desenvolvido é o tombamento federal, de competência da União, realizado por meio do Iphan.

5. Devido processo legal no âmbito do processo administrativo

O processo administrativo é o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo. O procedimento é o modo de realização do processo, é o rito processual.⁴⁹¹ Nesse

486 Cf. art. 216 da CF.

487 ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997, p. 27.

488 FIORILO, Celso Antônio Pacheco; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 57.

489 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36.

490 Cf. art. 216, § 1º, da CF.

491 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 634; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006,

sentido, o que caracteriza o processo administrativo é a atuação dos interessados, em contraditório, “confrontando seus direitos ante a Administração”.⁴⁹²

Destarte, para que o processo administrativo de tombamento seja válido é indispensável a observância do disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição, ou seja, de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Franco afirma, com autoridade, que esses princípios constitucionais “nor-teiam o agir do Estado, exigindo que qualquer intervenção na liberdade ou no patrimônio de outras pessoas deve ser precedida de um processo, mas não de qualquer processo: indispensável que seja o *processo devido*, sendo esse processo requisito tanto da atuação jurisdicional como da atuação administrativa do Estado, pois em ambas é possível o resultado de influenciar na liberdade ou no patrimônio das pessoas”.⁴⁹³

Evidentemente que o devido processo legal no tombamento não pode se resumir a uma simples concessão de prazo para impugnação, como previsto no Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937,⁴⁹⁴ e tampouco deve ser reduzido a um mero formalismo processual. Ao contrário, seu conteúdo deve ser interpretado de forma abrangente, uma vez que “as decisões que possam culminar na privação da liberdade ou da propriedade sejam formadas na intimidade de uma relação jurídica constituída pelos interessados e na qual tenham as mesmas oportunidades de se manifestar”.⁴⁹⁵ No processo administrativo restritivo de direito individual, como é o processo de tombamento, deve-se observar “todos os demais princípios processuais, como são exemplos o contradi-

p. 600.

492 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 189

493 FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.

494 Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

495 PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos e ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 161-2.

tório, ampla defesa, julgador natural, duplo grau, celeridade e duração razoável do processo”.⁴⁹⁶

O STF, quando chamado a se manifestar acerca do alcance e aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo, não titubeou em assentar o entendimento segundo o qual essas garantias não se resumem a um simples direito de manifestação no processo. O direito de defesa envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador e aplicados em todos os procedimentos administrativos.⁴⁹⁷

496 PETIAN, Angélica. *Op. cit.*, p. 161-2.

497 Confira-se a ementa do acórdão, proferido no AI 481.015: “EMENTA: Agravo de instrumento. 2. Procedimento Administrativo. Exclusão de vantagens salariais de servidores públicos. Direito de defesa. Não observância. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. Precedentes. 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (STF – AI 481.015 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 08.09.2006). No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou: “[...] Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretendeu assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). [...] Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação [...], que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação [...], que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados [...], que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas [...]. Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador [...], que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção [...], pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento [...], como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas [...]. É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões [...]. Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo

Em outra ocasião, o STF enfatizou que a autoridade administrativa não pode atuar de maneira abusiva ou arbitrária desconsiderando “o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo [...], a fiel observância do princípio do devido processo legal”. Prossegue a Corte Suprema enfatizando que se trata de princípio essencial em que se reconhece “uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos”.⁴⁹⁸

Portanto, torna-se evidente que nos processos administrativos, em geral, e especificamente no processo administrativo de tombamento, deve-se garantir ao proprietário do imóvel, público ou privado, o devido processo legal, sob pena de nulidade do ato de tombamento.

6. Tombamento

O tombamento é ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe restrições à propriedade, pública ou privada, impregnada de excepcional valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico, ou que seja portadora de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, com o objetivo de protegê-la “para que não sofra a ação deletéria do tempo ou das pessoas”.⁴⁹⁹

É forma de intervenção do Estado na propriedade privada,⁵⁰⁰ assim como as limitações e servidões administrativas, a ocupação temporária e a requisição de imóveis, a edificação e o parcelamento compul-

estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de 'observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados' (inciso VIII) e de 'garantia dos direitos de comunicação' (inciso X)''.

498 STF – AI 241.201 AgR – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 20.09.2002. Confira-se, ainda: STF – MS 24.268 – Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes – DJ 17.09.2004; e STF – RE 426.147 AgR – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 05.05.2006.

499 CRETELA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 889.

500 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 150.

sórios e a desapropriação. Contudo, seu objetivo não é expropriar o bem, uma vez que não deve impedir o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio (uso, gozo e disposição). Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tombamento significa preservar, acautelar, sem que o ato administrativo importe em transferência da propriedade, como ocorre na expropriação.⁵⁰¹

Marés de Souza Filho leciona que o bem cultural “tem em si uma evocação, representação, lembrança, isto é, sobre a materialidade do bem existe uma grandeza imaterial que exatamente lhe dá o conteúdo cultural. O bem cultural pode ser uma cachoeira, uma casa ou uma obra de arte, mas a sua qualidade cultural não está na sua materialidade, e sim no que ela representa. Não é o material da casa, nem a água da cachoeira, nem a tela e as tintas que revestem a materialidade de valor cultural, mas o que de forma intangível o ser humano lhe atribuiu, seja como beleza, seja como evocação mística ou lembrança histórica. Portanto, todo valor cultural é uma imaterialidade. Muitos bens culturais, para existir, dependem de um bem material, que chamamos de suporte”.⁵⁰²

O tombamento, portanto, protege a coisa para que ela mantenha a sua condição de suporte indispensável à manifestação do bem cultural. Sem esse suporte o bem cultural perecerá. Marés de Souza Filho defende que esse suporte é objeto do direito de propriedade, individual, porém, o bem cultural tem natureza coletiva.⁵⁰³

Em decorrência dessa dicotomia – suporte e bem cultural – surgem as tensões entre os direitos fundamentais envolvidos no processo de tombamento em concreto: o direito individual de propriedade e o direito difuso de preservação da memória coletiva.

A doutrina é unânime em dizer que o tombamento é restrição parcial,⁵⁰⁴ uma vez não deve impedir o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio (uso, gozo e disposição) sobre a coisa.⁵⁰⁵

501 STJ – RMS 18.952/RJ – Rel^a. Min^a. Eliana Calmon – DJ 30.05.2005.

502 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. *Revista de direitos difusos*. Vol. 42. São Paulo: IBAP, 2007, p. 46.

503 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção*, p. 49.

504 CRETELA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 889; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 150.

505 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 150.

Em razão disso, criou-se uma discussão, na doutrina e na jurisprudência, se o tombamento geraria direito à indenização do proprietário. É certo que o tombamento, em regra, não motiva indenização, uma vez que a propriedade está obrigada ao cumprimento de sua função social. Não mais se admite ou se tolera a propriedade absoluta que tudo pode. No caso específico do tombamento, não há dúvidas de que a propriedade cumpre sua função social quando serve de suporte para um determinado bem cultural.

Acontece, porém, que se o tombamento aniquilar por completo a possibilidade de disposição do bem ou “esvaziar o seu conteúdo econômico”,⁵⁰⁶ o proprietário deverá ser indenizado, uma vez que restará caracterizada a desapropriação indireta.

O tombamento não pode ter natureza punitiva. Como bem assevera Dallari, “o direito repele interpretações absurdas. Seria evidente absurdo e flagrante injustiça ‘punir’ o dono do bem tombado, pelo ‘crime’ de o haver preservado. Pretender que se possa tomar sem indenizar acarreta um formidável estímulo à destruição”.⁵⁰⁷

Se o bem tem relevância para a comunidade o ônus da preservação deve ser distribuído entre toda a coletividade, representada pelo Poder Público.⁵⁰⁸ Aliás, o STJ tem decidido no sentido de que basta que o tombamento inviabilize a utilização natural do bem ou que traga prejuízos ao proprietário para que o poder público seja obrigado a indenizá-lo.⁵⁰⁹

Esse entendimento muito se assemelha ao que é professado por Figueiredo. A referida autora defende que, se após o tombamento o bem ficar com a utilização apenas parcialmente reduzida, o poder público deverá constituir servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Por outro lado, se nenhum prejuízo ocorrer ao proprietário, nada haverá de ser inde-

506 STF - RE 134.297 - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 22.09.1995.

507 DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento. Temas de direito urbanístico 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

508 Cf. DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento*, p. 13.

509STJ - REsp 1.120.228/SC - Rel^a. Min^a. Denise Arruda - DJe 24.11.2009; e STJ - REsp 1.100.563/RS - Rel^a. Min^a. Denise Arruda - DJe 01.07.2009; e STJ - REsp 220.983/SP - Rel. Min. José Delgado - DJ 25.09.2000.

nizado.⁵¹⁰ Trata-se de entendimento que busca conciliar os interesses conflitantes decorrentes do ato de tombamento.

O tombamento não pode ser compreendido como se fosse um limite interno ao direito de propriedade, como acontece, por exemplo, com as áreas de preservação permanente, instituídas por lei, de forma genérica e atingindo propriedades indeterminadas.⁵¹¹ De forma diametralmente oposta, o tombamento é realizado por ato administrativo, de forma individualizada e determinada, e por isso mesmo, dependendo do caso concreto, obrigará a sociedade, por meio do Poder Público, a indenizar o proprietário.

É importante ressaltar que a responsabilidade civil objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, fundamenta-se exatamente no risco e na solidariedade. Como bem salienta Meirelles, para compensar a “desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública”.⁵¹²

Por outro lado, Bandeira de Mello entende que existem situações “em que o tombamento não suscitará dever algum de indenizar”, uma vez que o “gravame não acarretará dano econômico. É o que sucede, *e.g.*, quando, pelo significativo valor histórico e artístico de toda uma cidade ou de grande parte dela (como em Ouro Preto, Parati etc.), esta é tombada em sua inteireza ou na fração, onde se concentrem os imóveis de valia para o patrimônio histórico e artístico. Nestes casos é deferido um tratamento jurídico uniforme à comunidade dos prédios da cidade, os quais não perdem valor”.⁵¹³

É importante registrar, a guisa de comparação, que a Constituição Federal confere ao Poder Público, nas três esferas políticas, competência para criar espaços territoriais especialmente protegidos, dentre estes as unidades de conservação, em terras públicas ou privadas, com o fito de conservar e preservar o meio ambiente natural, mas não tolera

510 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 306.

511 Cf. art. 4º da Lei nº 12.651, de 25.05.2012 (novo Código Florestal).

512 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 611.

513 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Tombamento e dever de indenizar. Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 361.

o confisco, e a legislação infraconstitucional obriga a desapropriação para a criação de determinados espaços territoriais que aniquilem por inteiro o direito de propriedade, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.⁵¹⁴

A tensão entre direitos fundamentais – direito de propriedade e direito de preservar a memória coletiva – deve ser abrandada com a utilização do princípio da concordância prática ou da harmonização. Por esse princípio, o aplicador das normas constitucionais, “em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos” deve adotar “a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.⁵¹⁵ O STF também tem adotado a técnica da ponderação de valores, mas desde que o método não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.⁵¹⁶

Assim, diante do caso concreto, existindo tensão insuperável entre os direitos do proprietário e o direito difuso ao bem cultural, a questão deve, sem dúvida, resolver-se pela indenização do proprietário, tendo em vista que esta solução atende satisfatoriamente aos direitos em conflito.

514 Cf. art. 225, § 1º, III, da CF, combinado com os arts. 10, § 1º, 11, § 1º, 12, § 2º, 13, § 2º, 17, § 1º, 18, § 1º, 19, § 1º, e 20, § 2º, da Lei nº 9.985, de 18.07.2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação).

515 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174-5.

516 Nesse sentido, o voto condutor do acórdão proferido na ADI 3.540-MC, do Ministro Celso de Mello: “[...] atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito de obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais [...] e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [...]. Isso significa, portanto, [...], que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, **‘hic et nunc’**, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...] –, a utilização do método da ponderação de bens e interesse não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito a preservação do meio ambiente”.

Cuidar do patrimônio cultural é tarefa de todos os entes integrantes da federação brasileira. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos, competindo-lhes ainda impedir a evasão, a destruição, e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural. Cabe concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Os Municípios têm competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.⁵¹⁷

Destarte, faz-se necessário compreender-se, adotando-se como paradigma o princípio da predominância do interesse, uma das técnicas de repartição de competência entre os entes federativos, adotada pelo legislador constituinte, que a União deve cuidar do tombamento de bens “representativos da formação da cultura nacional”, de bens impregnados de referência cultural nacional, localizados em qualquer parte do território nacional; os Estados-membros e o Distrito Federal devem tomar os bens “representativos da expressão de valores que identifiquem a composição cultural que lhes sejam próprias”, isto é, os bens com referência regional, e, finalmente, os Municípios devem tomar bens de referência cultural local.⁵¹⁸

Neste sentido, seria ilógico, posto que diverge do interesse nacional, a União tomar, como patrimônio da Nação, a Capela de Santo Antônio, também conhecida como Capela do Pobre Diabo, por exemplo. É inconteste que a pequena igreja não possui qualquer importância nacional ou identificação cultural entre amapaenses ou gaúchos. A indiferença nacional, contudo, não lhe retira a característica de bem cultural merecedor de proteção local.

O fato de determinado bem não possuir uma referência cultural de relevo nacional não significa que não seja importante para a memória coletiva de uma pequena comunidade, de um município, ou que não sirva para contar a história dos derrotados ou de um distinto grupo ét-

517 Cf. arts. 23, III e IV, 24, VII, e 30, I e II.

518 Nesse mesmo sentido: BRAGA, Robério dos Santos Pereira. *O instituto do tombamento e proteção do bem cultural*. Manaus: UEA, 2007, p. 94.

nico da Amazônia. O intolerável é a atuação da União com supremacia sobre as demais entidades federativas, fato que a própria essência do pacto federativo não admite.

Sendo assim, a União ao tombar determinado bem deve demonstrar a sua excepcionalidade nacional, a sua vinculação a fatos memoráveis de interesse da nação ou que o bem é portador de referência à identidade, à ação e à memória de um dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira também como expressão nacional, como exigem o art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei 25/37 e o art. 216, *caput*, da CF/88.

Exemplo dessa suposta “supremacia”, em franca violação ao pacto federativo, aconteceu em 2010, no Estado do Amazonas, quando a União, por meio do Iphan, resolveu tombar grande extensão da cidade de Manaus, denominada de Centro Histórico, sem levar em consideração que no perímetro delimitado todos os prédios públicos e privados de valor cultural já haviam sido tombados. O curioso desse tombamento é que entre um prédio e outro existem extensos espaços contendo inúmeros prédios sem nenhum significado cultural e com intensa atividade comercial.

O que se observa, na verdade, é uma estratégia geopolítica do governo federal cujo objetivo é interferir e influenciar diretamente nas decisões locais. Outra consequência desse tombamento foi deslocar para a justiça federal a competência para processar e julgar os conflitos que guardem relação com o patrimônio histórico e cultural tombado.

Fixadas essas premissas iniciais, e antes de se adentrar na processualística do tombamento propriamente dito, é preciso enfrentar a questão acerca da possibilidade de aplicação da Lei nº 9.784/99, ao processo de tombamento.

7. Aplicação da Lei nº 9.784/99 ao processo administrativo de tombamento

A Lei nº 9.784/99 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

O art. 69 dessa Lei estabelece que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os seus preceitos.

Os procedimentos específicos a serem obedecidos no âmbito do processo administrativo de tombamento em âmbito federal estão previstos no Decreto-Lei nº 25/37, no Decreto-Lei nº 3.866, de 29.11.1941,⁵¹⁹ na Lei nº 6.292, de 15.12.1975,⁵²⁰ e na Portaria Sphan nº 11, de 11.09.1986.

Nesses instrumentos legais foram estabelecidos procedimentos concisos, dúbios, sem qualquer possibilidade de dilação probatória, além da apresentação de mera impugnação por parte do proprietário do bem. São diplomas legais ultrapassados, sob a ótica procedimental, pois desconhecem por completo os modernos institutos da consulta e audiência públicas e não contemplam as fases de produção de prova e de alegações finais, como ocorre com a Lei nº 9.784/99.

Isso ocorre porque são originários de épocas em que as liberdades públicas eram corriqueiramente desrespeitadas pelo Estado autoritário que os expediu. Os decretos-leis foram forjados sob a égide de uma Carta outorgada por um ditador; a lei e a portaria foram editadas em pleno regime militar, sob o manto da famigerada Emenda Constitucional nº 1/69 que alterou a Constituição de 1967 do início ao fim.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo, da forma imposta pela ordem constitucional vigente, passa ao largo das disposições desses diplomas jurídicos.

Destarte, diante da concisão acerca dos procedimentos do tombamento contidos nos vetustos diplomas legais citados – o Decreto-Lei nº 25/37 estabeleceu todo o procedimento em um único artigo dividido em três itens – não paira dúvida alguma de que a Lei do Processo Administrativo Federal se aplica integralmente – e não apenas subsidiariamente – ao processo administrativo de tombamento federal.

Salienta-se que, seria ilógico afastar a aplicabilidade de uma lei federal que contempla institutos modernos de Direito Administrativo, em benefício de uma portaria autoritária e tecnicamente ultrapassada, como é a Portaria Sphan nº 11/86.

519 Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

520 Dispõe sobre o tombamento de bens do Iphan.

Note-se que o art. 69 da Lei nº 9.784/99 faz uso da expressão “subsidiar”, que significa auxiliar, ajudar. Ocorre que o auxílio legislativo propugnado não afasta a obediência ao princípio da hierarquia das leis. Não há lógica alguma em se sustentar que a uma lei federal deva ser afastada em detrimento de um ato administrativo, como é o caso da Portaria Sphan nº 11/86. Com relação ao Decreto-Lei 25/37, em face de origem e concisão processual, a Lei nº 9.784/99 terá aplicação total e imediata.

8. Processo administrativo de tombamento

8.1. Considerações introdutórias

Este tópico em por objetivo identificar e sistematizar as diversas fases do processo administrativo de tombamento federal, tendo como paradigma o Decreto-Lei nº 25/37, o Decreto-Lei nº 3.866/41, a Lei nº 6.292/75, e, eventualmente, a Portaria Sphan nº 11, de 11.09.1986, em cotejo com as determinações constitucionais vigentes e em sintonia com a Lei nº 9.784/99.

O tombamento federal incide sobre coisa, móvel ou imóvel, pública ou privada, cuja conservação seja de interesse público nacional, em virtude de sua vinculação a fatos da história nacional, por seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico nacional, ou que seja portadora de referência à identidade, à ação e à memória de um dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e far-se-á de maneira voluntária ou compulsoriamente. Também podem ser tombados os monumentos naturais, bem com os sítios e paisagens notáveis, assim dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana, e, ainda, os sítios de valor arqueológico, paleontológico e ecológico.⁵²¹

O tombamento será voluntário quando a proposta de tombamento partir do proprietário do bem, público ou privado, ou quando o dono anuir, por escrito, após a notificação, com a iniciativa federal.⁵²²

521 Cf. art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 25/37; e art. 216, V, da CF.

522 Nesse sentido, o disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 25/37: “*Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo*”

Obviamente que no tombamento voluntário não haverá necessidade de se expedir notificação para assentimento ou impugnação, na forma preconizada no art. 8º, item 1, do Decreto-Lei nº 25/37, uma vez que a iniciativa do tombamento é do proprietário. Contudo, caberá ao poder público federal analisar se o bem reúne, ou não, as condições descritas e exigidas pela Constituição Federal e na legislação infra-constitucional.

O processo, então, será encaminhado para a realização de estudos técnicos ou para a apreciação dos estudos que tenham sido eventualmente produzidos e apresentados pelo proprietário, juntamente com o pedido de tombamento.

Na hipótese de tombamento compulsório, sempre de iniciativa do poder público federal, os estudos técnicos realizados diretamente pelo poder público, ou ao seu pedido, acompanharão a notificação do proprietário para que este, em não anuindo com o tombamento, possa contestá-lo, exercitando o seu direito ao contraditório e a ampla defesa. O tombamento compulsório não significa ausência do devido processo legal.

Se não houver impugnação, o processo segue para a inscrição no livro de tombo competente. De outro modo, havendo impugnação, o processo administrativo se tornará litigioso, uma vez que o proprietário estará em confronto com a Administração, que se obrigará a analisar e decidir a sua pretensão de forma motivada, sob pena de nulidade.

Observe-se que o Decreto-Lei nº 25/37 utiliza a expressão “tombamento compulsório”, quando melhor seria denominá-lo de litigioso, uma vez que há uma pretensão da administração resistida pelo particular, ou pelo poder público de outra esfera política, que, uma vez notificado, impugna o processo deduzindo suas razões de mérito, especialmente.⁵²³

O tombamento de bem público, de que cuida o art. 5º do Decreto-Lei nº 25/37 também será voluntário ou litigioso. Será voluntário quando se tratar de bens pertencentes ao ente político que deflagra

proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo”. Nesse sentido: STJ – CC 106.413/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJe 09.11.2009.

523 Nesse sentido: “Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa”.

o processo de tombamento. Aliás, representaria um grave desprezo à lógica dos fatos se o ente político resolvesse impugnar a sua própria iniciativa, todavia nem sempre é o que ocorre neste país.

Por outro lado, quando se tratar de bem público pertencente à esfera política diversa da que pretende realizar o tombamento – a União pretendendo tomar bem de Estado-membro, por exemplo – e houver a impugnação o processo deixará de ser voluntário para se tornar litigioso. Portanto, será necessário garantir-se ao ente político proprietário do bem objeto de tombamento o devido processo legal, o contraditório e a mais ampla defesa.

O que nos interessa, pois, nesse breve estudo é o tombamento de iniciativa do poder público no seu viés litigioso.

8.2. Identificação e individualização do bem

A identificação e individualização do bem ou do conjunto de bens, móveis ou imóveis, a ser tombado, é feita por meio de estudos técnicos que demonstrem a condição de patrimônio cultural do bem.⁵²⁴

Na hipótese de o tombamento se referir a bem ou bens imóveis, do estudo constará a descrição minuciosa do bem com sua área, entorno, estado de conservação, documentação fotográfica, plantas, identificação de seus proprietários, certidões de propriedade e de ônus reais e, principalmente, a apreciação de mérito acerca de seu valor cultural.⁵²⁵

De acordo com o STJ para que um bem seja tombado deve restar configurado o seu valor histórico ou artístico nacional⁵²⁶ e “não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade [mineira] de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem”.⁵²⁷

524 Cf. art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 25/37, combinado com o art. 216 da CF.

525 Cf. art. 4º, § 2º, da Portaria Sphan nº 11/86.

526 STJ – REsp 436.253/MG – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 20.09.2004.

527 “ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – TOMBAMENTO GERAL – CIDADE DE TIRADENTES – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM – PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL – DESRESPEITO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IPHAN – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada. Precedente. 2. É incongruente a alegação da recorrente de que o bem não foi individualizado no tombamento, se sabia claramente das restrições impostas pelo Decreto-Lei n. 25/37, uma vez que, inclusive, solicitou autorização ao

Quando se tratar, porém, de tombamento de bem ou bens móveis, do estudo constará a descrição minuciosa do objeto ou da relação detalhada de peças integrantes da coleção, com indicação do material empregado, dimensões e demais características, assim como informações sobre a localização, proprietário ou responsável pela guarda dos objetos e seu estado de conservação, documentação fotográfica e análise de seu valor cultural.⁵²⁸

O estudo técnico, elaborado pelo próprio Iphan, ou por outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, será o mais detalhado possível e realizado pela superintendência estadual em cuja jurisdição o bem se localizar.⁵²⁹

O art. 7º da Portaria nº 11/86 estabelece hipótese de dispensa de instrução técnica em caso de urgência decorrente de ameaça iminente à integridade do bem que se pretende tomar, sem respaldo no Decreto-Lei nº 25/37. Essa dispensa dificulta sobremaneira o direito de defesa do proprietário, além de ignorar o princípio da motivação a que a Administração está obrigada por força do art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99.

Além disso, se o bem sofre ameaça iminente o ente político tem o poder/dever de manejar as medidas de polícia administrativa ou ajuizar as ações judiciais tendentes a garantir a sua integridade, enquanto os estudos técnicos ou a própria instrução processual não se finalizam. O que não se tolera é o sacrifício do direito do proprietário em conhecer as razões técnicas que levaram a Administração a considerar sua propriedade como patrimônio cultural. Outra opção à dispensa da instrução técnica é a expropriação, mediante pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. A dispensa dos estudos técnicos pode configurar-se precipitada, uma vez que se o tombamento não estiver suficientemente motivado ou a motivação estiver divorciada dos fatos o ato poderá ser invalidado pela via judicial.⁵³⁰

IPHAN para a realização da obra e desrespeitou os limites estabelecidos pelo órgão. [...] Recurso especial conhecido em parte e improvido (ST) – REsp 1.098.640/MG – Rel. Min. Humberto Martins – DJe 25.06.2009).

528 Cf. art. 4º, § 2º, da Portaria Sphan nº 11/86.

529 Cf. arts 6º e 11 da Portaria Sphan nº 11/86.

530 STJ – AgRg no Ag 546.569/RJ – Rel. Min. José Delgado – DJ 19.04.2004; e STJ – AgRg no REsp 201.386/RJ – Rel. Min. Francisco Falcão – DJ 11.06.2001.

O tombamento deve buscar apoio nos estudos técnicos e estes não podem se fundamentar em informações genéricas. Devem, na verdade, especificar a importância da preservação do bem a ser tombado.⁵³¹ Ultimados os estudos, o Iphan, por meio do Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização, emitirá pronunciamento acerca da proposta de tombamento.⁵³²

Se a área técnica do Iphan manifestar-se contrariamente à proposta, o processo seguirá diretamente para o presidente da autarquia que determinará o seu arquivamento, reestudo ou submissão ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Em sendo favorável, o parecer do órgão técnico, o processo seguirá para a Procuradoria Federal da autarquia para exame e parecer, sob o prisma da legalidade, motivação e instrução do ato administrativo.⁵³³

Na sua manifestação, a Procuradoria Federal recomendará ao Presidente do Iphan a notificação do proprietário, com os esclarecimentos acerca das implicações decorrentes do tombamento, para anuir ao tombamento, no prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, querendo, impugná-lo, oferecendo, dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação; do Município onde o bem se achar localizado; e dos demais interessados.⁵³⁴

8.3. Notificação do proprietário e demais interessados

A notificação tem por objetivos cientificar o proprietário da intenção da administração em tomar o seu bem e colher a sua anuência ou impugnação e deve conter, no que couber, todos os requisitos do art. 26, § 1º, da Lei 9.784/99,⁵³⁵ ou seja, identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; finalidade da intimação; data, hora e local em que deve comparecer; se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; e indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes. Encontrando-se

531 STJ – REsp 401.719/MG – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 02.02.2004.

532 Cf. art. 12 da Portaria Sphan nº 11/86, c.c. o art. 17, III, do Anexo I Decreto 6.844, de 07.05.2009.

533 Cf. arts. 12, 13 e 14 da Portaria Sphan nº 11/86; c.c. art. 14, II, do Anexo I, do Decreto 6.844/09.

534 Cf. art. 9º, item 1, Decreto-Lei nº 25/37; c.c. arts. 15, I; 17, *caput*, da Portaria SPHAN nº 11/86.

535 Cf. art. 26, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

o proprietário em lugar incerto e não sabido será notificado por meio de publicação oficial.⁵³⁶

Conforme exposto anteriormente, se não houver impugnação dentro do prazo assinalado na notificação, o Presidente do Iphan determinará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.⁵³⁷ Havendo impugnação, o poder público deverá instruir o processo.

8.4. Defesa e instrução: a impugnação do tombamento

A impugnação é verdadeira defesa administrativa, em função da garantia constitucional inserta no art. 5º, LV, da Constituição, e deve ser apreciada e decidida pela Administração Federal. Esclareça-se que, por determinação do art. 48 da Lei 9.784/99, a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

A defesa uma vez recebida será encaminhada ao órgão técnico competente do Iphan, no caso o Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização, para que examine as razões deduzidas pelo proprietário, especialmente quanto ao mérito, ou seja, se o bem tem ou não relevante valor cultural de modo a justificar o seu tombamento.⁵³⁸

Após esse percurso, o processo será mais uma vez encaminhado à Procuradoria Federal para opinar sobre os aspectos legais eventualmente suscitados pelo proprietário. Em seguida a advocacia pública encaminhará os autos, com parecer, ao Presidente do Iphan.⁵³⁹

Conforme exposto, invocando o entendimento da Suprema Corte, as garantias do contraditório e da ampla defesa conferem ao proprietário do bem em processo de tombamento o “direito de ver seus argumentos considerados” de modo a exigir “do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas”. Caso isso não ocorra, o processo de tombamento será nulo de pleno direito.

536 Cf. art. 26, § 4º, da Lei nº 9.784/99.

537 Cf. art. 9º, item 2, do Decreto-Lei nº 25/37.

538 Cf. art. 9º, item 3, do Decreto-Lei nº 25/37, c.c. o art. 17, § 2º, da Portaria Sphan nº 11/86.

539 Cf. art. 17, § 2º, da Portaria Sphan nº 11/86.

A questão é saber se na fase de instrução do processo administrativo de tombamento haveria espaço para a realização de consultas e audiências públicas.

8.5. Consulta e audiência públicas

É inquestionável que o poder público pode abrir consulta ou convocar audiência pública para permitir a ampla participação da comunidade no processo de tomada de decisão acerca do tombamento de bem público ou privado. Em não o fazendo, o particular ou os interessados poderão requerê-las demonstrando justo interesse e relevância.

A consulta e a audiência públicas são formas de participação popular no processo administrativo de tombamento. Ambas encontram fundamento constitucional de validade no § 1º do art. 216 da Constituição, que obriga o Poder Público a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e outras formas de acautelamento e preservação, com a colaboração da comunidade.

Na correta avaliação de Nohara “mesmo que o debate aberto pareça, às vezes, improdutivo, do ponto de vista dos tecnocratas que conduzem relevantes processos administrativos, [...] a participação do povo deve ser prática incentivada, pois ela viabiliza, na essência, a efetivação do cerne do Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento a dignidade humana. Só é verdadeiramente ‘digno’ aquele que é retirado da condição de *objeto* das decisões alheias e alçado a categoria de *sujeito*. A participação, portanto, conclama à cidadania e implica assumir responsabilidade pela influência em múltiplos aspectos do destino da coletividade”.⁵⁴⁰

Ao inserir a participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro, outro não foi o objetivo do legislador constituinte que não o de conferir à sociedade participação ativa e papel relevante no processo de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Por isso, a expressão “com a colaboração da comunidade” não deve ser amesquinhada de modo a transformar a sociedade em mera delato-

540 NOHARA, Irene Patrícia. *Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meio de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos*. In *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82.

ra das agressões sofridas pelo patrimônio cultural brasileiro. Também não convence o entendimento de que a coletividade já se faz representada no processo de tombamento em virtude do Conselho Consultivo ser formado por treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do Iphan.

O objetivo da norma constitucional é incentivar a comunidade a se manifestar diretamente – por meio de consulta – e a debater – em audiência pública – em todos os processos de tombamento em que o interesse geral e a relevância da questão se façam presentes, sem intermediação ou representação de qualquer ordem, como ocorre nas audiências públicas para analisar projetos de grande impacto ambiental ou nas consultas populares para a criação de unidades de conservação.⁵⁴¹

A Lei 9.784/99 disciplinou a realização de consulta e audiência públicas no âmbito do processo administrativo federal. O art. 31 do referido diploma legal, determina a realização de consulta pública quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral. Nesse caso, o órgão competente, mediante despacho motivado, abrirá período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.⁵⁴²

A consulta pública compreende os direitos de examinar os autos e oferecer alegações escritas. Essas alegações serão analisadas e respondidas fundamentadamente e levadas em consideração quando por ocasião da tomada de decisão pelo Conselho, sob pena de nulidade.

A audiência pública, disciplinada no art. 32 da Lei 9.784/99, destina-se ao debate público acerca da matéria do processo. Será realizada antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade competente, diante da relevância da questão. As questões debatidas na audiência pública

541 Cf. Resolução CONAMA nº 9, de 03.12.1987; e art. 22, § 2º, da Lei nº 9.985/2000.

542 Cf. art. 31, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.784/99.

também merecerão atenção do Conselho quando por ocasião da tomada de decisão acerca do tombamento.

Assim, a consulta e audiência públicas servirão, por exemplo, para identificar interesses nem sempre republicanos, evitando-se que o público administrador decida pelo tombamento de bem para prejudicar ou privilegiar específico e certo interesse individual,⁵⁴³ ou, até mesmo, impedir que o instituto do tombamento possa ser utilizado “como instrumento de oposição política ou apenas para satisfazer ou conter desvarios ultraconservacionistas”.⁵⁴⁴

A interpretação pela não aplicação dos arts. 31 e 32 da Lei 9.784/99 ao processo administrativo de tombamento, ao argumento de que a Portaria Sphan nº 11/86 não contempla tais institutos ou fases, findaria por restringir a participação popular nos processos destinados à promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, além de inverter a ordem de hierarquia das leis conferindo autoridade maior ao ato administrativo – portaria – do que à lei.

Além disso, sabe-se que a interpretação isolada e literal de artigos e textos de leis não é a mais adequada. O intérprete deve, na recomendação do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, buscar o fim social a que a lei se destina.

É possível buscar-se, ainda, no Estatuto da Cidade, o fundamento infraconstitucional para a realização de debates, audiências e consultas públicas, no âmbito do tombamento, que é um dos instrumentos da política urbana.⁵⁴⁵ A gestão democrática da cidade pressupõe a participação popular na tomada de decisões.

Bucci ressalta que “a valorização do processo administrativo, conferindo relevo e forma jurídica à participação dos cidadãos na Administração Pública, é tendência que se verifica no mundo inteiro”.⁵⁴⁶ Destaca que “no direito administrativo europeu, o Tribunal de Justi-

543 FRANGETTO, Flávia Witkowski. A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (arts. 29 a 35). *Comentários à lei federal de processo administrativo (Lei nº 9.784/99)*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 155.

544 DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento*, p. 11.

545 Cf. arts. 4º, V, “d”, 43, II, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

546 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade. Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 332.

ça das Comunidades Européias (TJCE) considera a audiência pública como ‘princípio procedimental inerente ao Estado de Direito’.⁵⁴⁷

Expõe a autora que no Direito pátrio “os debates, audiências e consultas públicas dão margem a que se realizem princípios constitucionais relacionados à atuação do Poder Público, tais como o da prestação de informações de interesse geral, presente tanto no art. 5º, XXXIII, como no princípio da publicidade, do art. 37 da Constituição Federal. Também se relacionam com esses institutos participativos o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e o da ampla defesa (art. 5º, LV), sem falar nos demais princípios do art. 37, no controle por via de ação popular (art. 5º, LXXIII), e tantos outros”.⁵⁴⁸

Portanto, a realização de consultas e audiências públicas no processo administrativo de tombamento são corolários do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁵⁴⁹

A questão a ser enfrentada é se os atos administrativos de abertura de consulta e de convocação de audiência públicas são atos vinculados ou discricionários, em face das expressões “poderá” e “a juízo da autoridade”, insertas nos arts. 31 e 32 da Lei 9.784/99.⁵⁵⁰

Meirelles leciona que atos administrativos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização; ao passo que os discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de sua realização.⁵⁵¹

De acordo com Bandeira de Mello, identifica-se a discricionariedade quando os motivos que legitimam a prática do ato estão descritos

547 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, p. 332.

548 BUCCI, Maria Paula Dallari, *op. cit.*, p. 332 e 333.

549 A Justiça Federal do Amazonas, ao julgar a ação por meio da qual o Estado do Amazonas pedia a anulação do tombamento do Encontro das Águas dos rios Negro e Solimões, decidiu, acatando nossa tese, pela realização de audiências públicas. Sobre esse tombamento recomenda-se a leitura do capítulo 21 do livro de nossa autoria intitulado *Direito ambiental: o Amazonas em Juízo*, publicado pela Editora da Amazônia.

550 Assim redigidos: “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver *assunto de interesse geral*, o órgão competente *poderá*, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. [...] Art. 32. Antes da tomada de decisão, a *juízo da autoridade, diante da relevância da questão*, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (grifou-se).

551 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 156 e 160.

por meio de palavras vagas, relativas a conceitos imprecisos, fluidos e indeterminados.⁵⁵²

Nesse contexto, as expressões “poderá” e “a critério da autoridade” parecem conferir ao administrador liberdade para abrir ou não consulta pública ou para convocar ou não a audiência pública. Ocorre que essas expressões aparecem acompanhadas das frases “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral” e “diante da relevância da questão”, relativizando a discricionariedade da atuação do público administrador.

Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade “é sempre e inevitavelmente *relativa*”, uma vez que, “em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto na lei”.⁵⁵³

Assim, no caso concreto, evidenciado o interesse geral e a relevância do tombamento, a autoridade pública não se poderá furtar de abrir consulta e de convocar audiência pública no âmbito do processo administrativo de tombamento. Como se cuidam de conceitos fluidos, imprecisos, o público administrador deverá, casuisticamente, identificar os motivos que legitimarão a participação da comunidade. Contudo, na hipótese de omissão do público administrador, os interessados poderão demonstrar a existência dos requisitos autorizadores e exigir a realização da consulta e audiência públicas. Para indeferir o pedido formulado, o público administrador deverá demonstrar fundamentadamente a ausência desses requisitos.

552 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

553 BANDEIRA DE MELLO. *Op. cit.*, p. 82. Ao dissertar sobre a relatividade, em face das expressões vagas, conclui Bandeira de Mello: “É **relativa**, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas ‘zonas de certeza positiva’ e ‘certeza negativa’, nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. [...] Isto é, o agente público estará sempre ‘vinculado’ ao campo de certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma inteligência desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dados tempo e lugar. Assim, também, não poderá atribuir-lhes sentido desligado do contexto em que se alocam e de sua ubicação na lei e na inteireza da ordenação jurídica em que estejam encartadas. Segue que a discricção administrativa relativa a qualquer ato praticado a partir de supostos normativos fluidos estará adstrita a um espaço todo ele circundado de vinculação. [...] Nota-se, pois, também neste aspecto, que vinculação e discricionariedade se entrelaçam” (BANDEIRA DE MELLO, *Op. cit.*, p. 84-5).

Importante, também, lembrar que antes do processo encaminharse para deliberação final do Conselho deve-se facultar ao proprietário e demais interessados prazo para oferecimento de alegações finais.⁵⁵⁴

Na sequência, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento.⁵⁵⁵

8.6. Decisão colegiada: o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural

O Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural é órgão colegiado integrante da estrutura do Iphan, a quem cabe a sua presidência. Integram-no instituições públicas e privadas, além de treze representantes da sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação da autarquia federal. Esses membros são indicados pelo presidente do instituto e designados pelo Ministro de Estado da Cultura.⁵⁵⁶

Ao Conselho compete examinar, apreciar e decidir sobre questões relacionadas ao tombamento, ao registro de bens culturais de natureza imaterial e à saída de bens culturais do País e opinar acerca de outras questões relevantes propostas pelo Presidente.⁵⁵⁷

O proprietário do bem e os demais interessados, se houver, serão previamente intimados notificados do dia, local e horário de reunião do Conselho Consultivo que deliberará sobre o tombamento do bem. Isso porque, de acordo com o art. 28 da Lei nº 9.784/99, devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

O Conselho Consultivo deve ser dotado de regimento interno com regras claras e imparciais sobre a distribuição de processos, julgamento público, sustentação oral, por exemplo. Somente dessa forma garantir-se-á a imparcialidade do julgamento.

Como a decisão a ser proferida pelo Conselho afetará o direito de propriedade, além de impor encargos ao proprietário, deverá ser mo-

554 Cf. arts. 2º, X; 3º, III, e 44, da Lei nº 9.784/99.

555 Cf. art. 9º, item 3, do Decreto-Lei nº 25/37.

556 Cf. arts. 3º, I, "b"; 7º e 8º do Anexo I do Decreto nº 6.844/09.

557 Cf. art. 11 do Anexo I do Decreto nº 6.844/09.

tivada, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. E, como órgão, colegiado, deverá lavrar a respectiva ata ou termo escrito.⁵⁵⁸

Importa ressaltar que a decisão final sobre o tombamento é competência do Conselho Consultivo, uma vez que ao Presidente do instituto compete apenas assinar os atos de tombamento de bens culturais e submetê-los ao Ministro de Estado da Cultura para homologação. Expedidos os atos pelo Presidente da autarquia, os autos seguirão para homologação do Ministro de Estado da Cultura.⁵⁵⁹

8.7. Homologação

A homologação é a última fase do processo administrativo de tombamento, introduzida pela Lei nº 6.292/75. No Ministério da Cultura o tombamento será, ou não, homologado, sempre de forma fundamentada.⁵⁶⁰ Entender-se de forma diferente, ou seja, pela impossibilidade de não se homologar o tombamento, findaria por transformar o Ministério da Cultura em mera chancelaria das decisões adotadas no âmbito do processo de tombamento.

Por certo, não pode ser essa a melhor interpretação. Não pudesse o Ministro discordar do que foi decidido pelo Conselho Consultivo, questionar-se-ia qual seria o objetivo da remessa dos autos ao Ministério ao qual o Iphan está vinculado.

Na verdade, o tombamento é daqueles atos que a doutrina denominou de complexo, ou seja, “o que se forma pela conjugação de vontade de mais de um órgão administrativo”.⁵⁶¹ Logo, é evidente que o Minis-

558 Cf. art. 50, I e II, § 3º, da Lei nº 9.784/99.

559 Cf. arts. 11 e 21, IX, do Anexo I do Decreto nº 6.844/09, c.c. o art. 1º da Lei nº 6.292, de 15.12.75.

560 Cf. art. 1º da Lei nº 6.292/75.

561 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 163. Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO.

1. O tombamento constitui ato complexo que, como bem sabido, caracteriza-se pela manifestação sucessiva de dois ou mais órgãos da administração, quer singular, quer coletivo. 2. O ato de tombamento só se completa com o ato de homologação e não retira ele do particular a sua propriedade, mas tão-só, no interesse do bem cultural a ser preservado, limita o seu uso, sob determinados aspectos como, por exemplo, demolição ou modificação de fachada. 3. É o tombamento a intervenção do Estado no domínio da propriedade privada, frise-se, tão-só para preservá-la no interesse, por exemplo, histórico, artístico ou paisagístico. 4. Apelação e remessa providas, para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC. [...]” (TRF1 – AC 94.01.07553-0/PA – Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias – DJ 21.08.1997). Confirmam-se ainda: TRF1 – AC 1999.01.00.007341-7/MT – Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza (conv.) – DJ 18.03.2004; e TRF1 – AC 1999.01.00.005008-4/MT – Rel. Juiz Federal

tro de Estado da Cultura pode, motivadamente, discordar do Conselho Consultivo, impedindo a formação do ato administrativo. Dessa homologação cabe recurso para o Presidente da República.

9. Recurso e revisão: o destombamento

A parte final do item 3 do art. 9º do Decreto-Lei nº 25/37 vedava expressamente a interposição de recurso tendente a combater a decisão proferida pelo Conselho Consultivo do Iphan sobre o tombamento. Contudo, o Decreto-Lei nº 3.866/41 conferiu competência ao Presidente da República para rever de ofício ou em grau de recurso o tombamento federal.⁵⁶²

A disposição do Decreto-Lei nº 3.866/41 encontra, na atualidade, ressonância na Lei nº 9.784/99 que confere aos administrados o direito de recorrer das decisões administrativas, em face de razões de legalidade de mérito.⁵⁶³

O recurso deve ser dirigido ao Ministro de Estado da Cultura, o qual, se não reconsiderar a homologação no prazo de cinco dias, o encaminhará ao Presidente da República,⁵⁶⁴ que disporá de trinta dias para decidir,⁵⁶⁵ a partir do recebimento dos autos. O Presidente da República poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente o tombamento.⁵⁶⁶

O Decreto-Lei nº 3.866/41 estabelece ainda a hipótese de revisão de ofício do tombamento, ou seja, aquela que independe de provocação do proprietário ou de interessados. O decreto-lei confere ao Presidente da República, enquanto Chefe da Administração Pública Federal, a iniciativa de rever o ato de tombamento, “atendendo a motivos de interesse legítimo”. Evidentemente, que essa revisão espontânea deve

Wilson Alves de Souza (conv.) – DJ 09.10.2003.

562 O Decreto-Lei nº 3.866/41: “O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, o cancelamento do tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, de acordo com o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937”.

563 Cf. arts. 2º, parágrafo único, X; arts. 56 a 65.

564 Cf. art. 56, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

565 Cf. art. 59, § 1º, da Lei nº 9.784/99.

566 Cf. art. 64, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

se fundamentar, tal qual o recurso, em razões de legalidade e de mérito. Só nessas hipóteses, enfim, é que se pode falar em destombamento.

10. Conclusões

A propriedade evoluiu de uma concepção puramente individualista e sem limites para uma concepção social e limitada. A função social da propriedade significa que o proprietário deve utilizar sua propriedade conjugando, ao seu interesse particular, o interesse social da coletividade. A propriedade deve sempre buscar o bem-estar econômico, social e ambiental do proprietário e de toda a coletividade.

O meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, compreendendo os organismos e elementos naturais e culturais, vivos e não vivos. Por isso abrange o meio ambiente cultural, ou seja, aquele formado por bens, valores e tradições aos quais as comunidades emprestam relevância, porque atuam diretamente na sua identidade e formação.

O processo administrativo de tombamento exige a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da mais ampla defesa, sem as quais o processo será nulo de pleno direito.

O tombamento: a) é ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe restrições à propriedade, pública ou privada, impregnada de excepcional valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico, ou que seja portadora de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, com o objetivo de preservar a memória coletiva nacional, em benefício das presentes e futuras gerações; b) é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, com o propósito de proteger a coisa para que ela mantenha a sua condição de suporte indispensável à manifestação do bem cultural; c) origina tensões entre os direitos fundamentais envolvidos no processo de tombamento: o direito individual de propriedade e o direito difuso de preservação da memória coletiva; d) em regra, não gera direito à indenização, uma vez que a propriedade está obrigada ao cumprimento de sua função social.

Na hipótese de o tombamento aniquilar por completo a possibilidade de disposição do bem ou esvaziar o seu conteúdo econômico, o proprietário deverá ser indenizado, uma vez que estará caracterizada a desapropriação indireta. Se o bem tem relevância para a comunidade o ônus da preservação deve ser distribuído entre toda a coletividade, representada pelo Poder Público.

A Lei nº 9.784/99 aplica-se ao processo administrativo de tombamento, uma vez que a legislação infraconstitucional vigente estabelece procedimentos concisos e dúbios, e neles não se observa a possibilidade de qualquer dilação probatória, além da apresentação de singela impugnação. Esses diplomas legais estão ultrapassados e não há razoabilidade alguma em se afastar a aplicabilidade de uma lei federal que contempla institutos modernos de Direito Administrativo, em benefício de instrumentos jurídicos autoritários e tecnicamente ultrapassados.

Identificam-se as seguintes fases do processo de tombamento federal:

a) *identificação e individualização do bem*. Nesta fase, são realizados os estudos indispensáveis à caracterização do bem como patrimônio cultural;

b) *notificação do proprietário do bem*. O proprietário será notificado para anuir ou impugnar o tombamento, no prazo de quinze dias. Se anuir o processo se encerrará imediatamente com a inscrição da coisa no livro de tomo competente. Se impugnar o processo será instruído;

c) *defesa e instrução*. Nesta etapa o processo com a impugnação serão encaminhados ao órgão técnico para manifestação sobre as razões de mérito contidas na impugnação. Em seguida, os autos seguirão à Procuradoria para análise dos aspectos de legalidade. Na instrução, serão realizadas consultas e audiências públicas, uma vez identificado o interesse geral e a relevância do tombamento. A Administração está obrigada a intimar o proprietário para o oferecimento de alegações finais;

d) *decisão colegiada*. Esta decisão é de competência do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. No Conselho, os autos devem ser distribuídos a um relator. O Conselho deve intimar o proprietário, cientificando-lhe do dia, local e horário da reunião deliberativa. A deci-

são deverá ser motivada, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Em sendo favorável ao tombamento, os autos serão encaminhados ao Presidente do Iphan que expedirá os atos e submetê-los-á ao Ministro de Estado da Cultura para homologação.

e) *homologação*. É a última fase do processo administrativo de tombamento, introduzida pela Lei nº 6.292/75. Cabe ao Ministro da Cultura a decisão final sobre o tombamento, uma vez que cuida de ato complexo.

No processo de tombamento admite-se ainda o *recurso* e a *revisão*. O proprietário pode recorrer do tombamento ao Presidente da República, em face de razões de legalidade de mérito. Sem não houver recurso voluntário, nada impede que o Presidente da República, de ofício, possa rever o tombamento, desde que o faça fundamentadamente.

A legislação infraconstitucional que disciplina o tombamento necessita ser revista e atualizada posto que oriundas de épocas autoritárias em que os direitos e garantias fundamentais não passavam de ficção.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

*Nilce Elaine Byron Ramos*⁵⁶⁷

1. Colocação do problema

A Constituição Brasileira de 1988, no *caput* de seu art. 226, consagra a família como sendo a “base da sociedade” e dispõe que a mesma “tem especial proteção do Estado”.

Para efeito da proteção do Estado, o § 8º do referido artigo estabelece: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Como se vê, o Texto Constitucional dedicou especial atenção ao tema da violência doméstica, cuja prática, quando voltada contra a mulher, encontra reprimida pela Lei n. 11.340, de 07.08.2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”⁵⁶⁸.

Nesta obra, em que se homenageia o ilustre relator da Constituinte, J. Bernardo Cabral, por ocasião da celebração dos 25 anos da chamada “Constituição Cidadã”, o presente estudo versa a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares.

567 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Criminologia pela UNINILTON LINS. Professora da disciplina Psicologia Jurídica no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Policial Civil. Bacharel em Direito pela UNINILTON LINS. Psicóloga voluntária do CHAMe (Centro Humanitário de Apoio a Mulher), na Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas.

568 A Lei n. 11.340/2006 ganhou este nome em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que por vinte anos lutou para ver seu agressor (seu marido) preso. Maria da Penha, em visita a Manaus, na Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, relatou a sua história, mas é possível encontrar facilmente o relato de seu caso na internet. Ela era casada com Heredia Viveiros e durante todo o período foi vítima de agressões e ameaças. Em 1983, Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de homicídio praticada pelo seu marido que na época alegou que havia se tratado de uma tentativa de roubo. Deste fato, a consequência foi que Maria da Penha ficou paraplégica, porém, Heredia Viveiros não se conformou e tentou novamente matá-la, desta vez eletrocutada na banheira.

2. Conceito de violência doméstica e familiar

Antes de adentrar nas espécies de violência doméstica, cabe conhecer o seu conceito. A partir do conceito legal, previsto na lei específica de proteção à mulher, far-se-á uma observação do que seja a violência doméstica e familiar.

No art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) encontra-se o conceito legal, sendo a violência doméstica identificada nos comportamentos danosos que ocorrem no “âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, tenham ou não essas pessoas vínculo familiar”. Mas a lei também protege a mulher da violência praticada por pessoas que já tenham tido vínculo afetivo com esta (ex-cônjuge, ex-companheiro e ex-namorado).

Poder-se-ia dizer que a violência familiar é mais ampla que a doméstica, pois por família não se entende apenas o grupo de pessoas que moram sob o mesmo teto. A lei menciona outros casos abrangidos por ela para que assim a mulher esteja mais protegida nos casos mais comuns de violência.

Fernández (2003, p. 107) define a violência doméstica entre cônjuges como toda conduta de abuso de um homem para uma mulher, sendo dentro ou fora do casamento, citando os conflitos que ocorrem no período de separação e divórcio. O autor chama atenção para algo bem comum também na realidade brasileira, ou seja, os casos nos quais a violência acontece quando o casal não está convivendo afetivamente. Mesmo durante os rompimentos, é comum acontecer episódios violentos, reforçando a ideia já discutida de que a frustração pode ser motivação para agressividade.

Ainda sobre as confusões terminológicas já citadas, Teles (2007, p. 39) em seu livro “O que são Direitos Humanos das Mulheres” diz que algumas pessoas “pensam que basta substituir a palavra mulher por gênero”. Porém anos antes, a mesma autora (2003, p. 19) diz que “a violência de gênero pode ser entendida com “violência contra a mulher”. A autora pode ter reformulado sua ideia primeira, ou apenas em sua obra anterior citava inúmeras formas de nomenclaturas para denominar a violência contra a mulher. Dentre estas, ainda cita a “violência intrafamiliar”, sendo este termo criticado, segundo a au-

tora, porque esconderia a violência contra a mulher. Sabe-se que na violência familiar podem existir outras vítimas, mas o grande número corresponde as mulheres (sejam elas crianças, adolescentes, adultas ou idosas).

Usar o termo violência intrafamiliar seria posicionar a mulher junto com as demais vítimas, incluindo como se todas as vítimas fossem frutos da mesma dinâmica de violência, o que não é uma afirmação verdadeira. A violência contra a criança e contra o idoso envolve uma outra complexidade de fatores.

Falou-se anteriormente sobre os dados históricos sobre a violência contra a mulher e a dificuldade de coletá-los. Porém, a coleta de dados a respeito da violência já sofreu algumas mudanças, mesmo que ainda não sejam suficientes⁵⁶⁹. A partir de 2006, os serviços de saúde públicos e privados passaram a ser obrigados a registrar os atendimentos de vítimas de violência doméstica. Esses dados passaram a ser cadastrados no sistema da Vigilância de Violência e Acidentes. A partir desses dados, citados pelo curso de atendimento a mulheres vítimas de violência da SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública) pode-se afirmar que dentre as mulheres vítimas de violência, a maioria são adultas na faixa etária de 20 a 59 anos.

Sobre o termo “violência doméstica”, já foi dito que este também não envolve somente as mulheres, mas outros grupos vulneráveis (idosos, crianças). Este termo vem chamar a atenção de que nem sempre o lar é um lugar de proteção. Hodiernamente, espera-se que o lar seja um ambiente que proteja seus membros, porém esta expectativa também é uma construção social e histórica.

Como exemplo, cita-se um parágrafo do prefácio da obra de Ariès (2006, p. XXI) que demonstra a evolução do sentimento de família, sentimento este visto como norma e esperado pela sociedade, nos dias atuais: “É normal que num espaço tão privatizado tenha surgido um sentimento novo entre os membros da família, e mais particularmen-

569 “A transmissão da cultura ocorreu tanto de modo informal (tradições, arte, rituais e crenças) como de modo formal (a partir da escrita). Mais recentemente na nossa História, a civilização vem servindo-se de tecnologias cada vez mais sofisticadas para informação e formação da opinião pública, desde o advento da imprensa. Entretanto, ainda que os meios de comunicação avancem a passos cada vez mais largos, o conteúdo das mensagens difundidas não acompanha tal ritmo” (Severo, 1995, p. 23).

te entre a mãe e a criança: o sentimento de família, ‘essa cultura’, diz R. Goldthwaite, “centralizava-se nas mulheres e nas crianças, com um interesse renovado pela educação das crianças e uma notável elevação do estatuto da mulher...Como explicar de outra forma a fascinação, a quase obsessão pelas crianças e pela relação mãe-criança, que talvez seja o único tema realmente essencial ao Renascimento, com seus putti, suas crianças e seus adolescentes, suas madonas secularizadas e seus retratos de mulheres?”

Neste momento, é importante saber que independentemente da abordagem histórica, há sim a obrigação legal de preservar o ambiente sadio para o desenvolvimento da família, sejam os membros de qualquer idade. Esta obrigação é da família que precisa cuidar do idoso, da criança, da mulher e de quem mais estiver na família, pois existem leis que obrigam este cuidado⁵⁷⁰.

3. Espécies de violência

Várias são as formas de violência doméstica contra a mulher e para efeitos legais, podem-se encontrar as suas espécies na Lei 11.340/2006. A violência em questão tem ainda muito mais formas de se apresentar do que é mencionado na lei, mas a intenção é contextualizar na legislação pátria, daí a necessidade de analisar cada tipo de violência, citadas nos incisos do art. 7º. da Lei Maria da Penha.

Muitas formas de violência existiram na evolução histórica das sociedades. Muitas formas foram toleradas e ainda são em alguns países. No ambiente doméstico, a violência não aparece de maneira isolada, não sendo manifesta uma espécie por vez. Schraiber (2007, p. 805) cita que aproximadamente 20% dos casos apresentam a associação entre a violência psicológica, física e sexual.

A violência aparece em um complexo fenômeno que a teoria classificou para fins didáticos. E ainda, diversas são as combinações das espécies de violência que aparecerão. Mas mesmo assim, vale identificar cada tipo de violência mencionada no texto legal.

570 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069, de 13.07.1990) e Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003), por exemplo.

3.1. Violência física

De acordo com o inciso I, art. 7º. da Lei 11.340/2006, a violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher. Esse tipo de violência é o mais visível, pois deixa feridas e hematomas facilmente verificáveis por qualquer pessoa mesmo que não seja perita na área. Mesmo assim, nesses casos, a mulher deverá ser submetida ao exame de corpo de delito, no Instituto Médico Legal, para que por meio do laudo haja comprovação posterior da lesão sofrida. Mas a lei também admite a utilização dos boletins médicos de atendimento em hospitais.

As formas de violência física, na prática, a partir da análise informal de boletins de ocorrência da Polícia Civil do Estado do Amazonas, geralmente é praticada por meio de chutes, empurrões, puxões de cabelo, tapas, sem a utilização de instrumentos. Porém, nos crimes que envolvem a lesão corporal grave e homicídios, serão encontrados objetos na prática do delito, como armas brancas e de fogo.

Sobre a questão dos instrumentos utilizados nos crimes, Blay (2008, p. 108) que fez pesquisa específica sobre assassinato de mulheres em São Paulo, analisou formalmente boletins de ocorrência e o resultado é bem parecido com que se verifica na realidade manauara: “mata-se principalmente com armas de fogo”. Analisando homicídios e tentativas de homicídios, a autora informa que 7 em cada 10 agressões são cometidas com revólver.

Muitas vezes a violência física é resultado de um padrão de esquiva e evitação que não é saudável. Markman (1996, p.9) explica o que é esquiva e evitação. Quando um casal está frente a um assunto difícil, muitas vezes, um levanta uma discussão e o outro não deseja conversar sobre o assunto, praticando a evitação. E em alguns casos, para que o assunto termine logo, aquele que tentou evitar, mas não conseguiu, age por meio da esquiva, concordando com algo que foi dito para que o assunto termine. A esquiva pode ser uma resposta saudável, se o intuito for evitar a violência física. Markman (1996, p.13) explica que quando o casal não sabe administrar a esquiva, podem chegar a episódios de violência física, sendo comum entre homens e mulheres, mas sendo mais perigoso nos homens. A partir desta abordagem de Markman, pode-se dizer que muitos homens podem utilizar a violên-

cia física para enfim acabar com o assunto que não desejam abordar com suas companheiras.

Voltando a analisar o extremo da violência física, o homicídio, a contribuição da pesquisa de Blay (2008, p. 67) é indispensável. A pesquisadora afirma que a vítima mulher está inserida em todas as classes sociais. Também ressalta que o cenário dos assassinatos de mulheres são recorrentes. Para afirmar isso, a autora recorre à literatura histórica e diz que houve apenas a ampliação do rol dos criminosos. Estes não incluiriam apenas o marido ou amante, mas também outras pessoas que a mulher tem ou teve relação afetiva (namorados, companheiros, ex-namorados, ex-noivos, dentre outros).

Diz a autora (2008, p. 84) que apesar do enorme esforço do movimento feminista, além da mobilização de vários setores dos operadores do Direito, estimulando a denúncia, este tipo de crime (homicídio) tem aumentado. A Secretaria Nacional de Segurança Pública, como dito anteriormente, em seu curso de atendimento às mulheres em situação de violência informa que apesar dos índices apontarem os homens envolvidos como vítimas em crimes de homicídios, estes são vítimas nos espaços públicos, vítimas da violência urbana. Mas no caso das mulheres, a violência fatal ocorre majoritariamente dentro de casa.

No entrelaçamento das espécies de violência contra a mulher, a violência física aparece como o “auge” da violência, principalmente quando se trata de homicídios. Tentando evitar que se chegue a este ponto, é que se compreende imprescindível a prevenção por meio da mediação.

3.2. Violência psicológica

A violência psicológica está disposta no inciso II, do art. 7º da Lei 11.340/2006 e este dispositivo legal foi bem abrangente ao descrever o que seria a violência psicológica. Para o legislador seria “entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”.

A violência psicológica é verificada mediante “ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante,

perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.

Foward (1989, p.54) opina que a diferença entre a violência física e a psicológica está nas armas utilizadas. A autora chama a atenção para a utilização do termo abuso, ensinando que não utiliza o termo para situações comuns nos relacionamentos. O termo abuso deve ser utilizado para “descrever a perseguição sistemática de um parceiro a outro”.

Faz-se necessária essa explicação, pois não se pode ser fantasioso no sentido de acreditar que exista uma relação íntima perfeita no sentido que o homem nunca tenha feito uma crítica a mulher que a chateasse ou mesmo a magoasse. Ou em uma situação de fragilidade na qual a mulher se sinta humilhada por um comentário de seu par. Como foi explicada, a violência psicológica irá se caracterizar pela continuidade das atitudes masculinas que venham a ferir psicologicamente a vítima.

Pode-se citar um dos casos, que foram averiguados de maneira informal em Requerimentos de Medidas Protetivas. A vítima mencionava que por não aceitar a separação, o ex-namorado a perseguia na faculdade, ligava para suas colegas de sala, fazia “campanas” e a perseguia constantemente. A vítima estava gestante, mas quando percebeu que o agressor a proibia de visitar familiares, resolveu romper o namoro. O agressor ficou tão transtornado, que chegou a ameaçar que iria sequestrar o filho assim que a vítima saísse da maternidade. Foi a partir dessa ameaça, que a mesma optou em procurar os órgãos competentes.

Este exemplo é interessante para demonstrar que muitas vezes a violência psicológica já está acontecendo, mas como é subjetiva, é preciso esperar que a vítima se manifeste. É diferente da violência física na qual as pessoas ao redor da vítima conseguem detectar a agressão com maior facilidade, pelas marcas aparentes.

Fiorelli (2009, p. 226) explica que “as características diferenciadoras da violência psicológica devem ser compreendidas para que se entenda sua importância e a extensão dos danos que pode ocasionar”. As instituições envolvidas não devem desprezar os fatos que parecem corriqueiros, pois podem ser o anúncio de futuro assassinato.

A própria Maria da Penha, em entrevista dada no programa de televisão de canal aberto⁵⁷¹ no dia da mulher em 2011, mencionou o exemplo de uma juíza do Ceará que não deferiu medidas protetivas para a mulher que havia sido violentada pelo marido, antes de falar com o mesmo. Esta mulher foi morta antes do dia da audiência. Não se sabe qual o tipo de violência essa mulher sofreu, mas queremos sinalizar que a violência ocorre gradativamente, sendo preciso que providências sejam tomadas desde os primeiros episódios.

A violência psicológica tem relação direta com a próxima modalidade de violência que será abordada: a sexual. Um dos exemplos segundo Fávero (2010, p. 275) é a coerção verbal para o ato sexual.

3.3 Violência sexual

A violência sexual, antes de tudo, precisa ser diferenciada de problemas sexuais. Os problemas sexuais são comuns nas relações e merecem atenção e estudo. Mas se diferenciam, pois há casais que vivem harmoniosamente e mesmo assim, tem problemas sexuais. Ruiz (1991, p. 43) explica que “as disfunções sexuais não são por si mesmas, uma manifestação de discórdia”.

Passa a ser violência sexual, quando pela falta de entrosamento, o problema de um dos membros do casal passa a ser dos dois e estes não conseguem lidar com aquela dificuldade, extrapolando o que acreditam ser conveniente em uma relação sexual. Ressaltamos que é difícil codificar o que seria certo ou errado em uma relação sexual, pois hoje se tem conhecimento de variadas modalidades de relações sexuais, que dependendo de um “contrato” do casal podem ser vistas apenas como uma variação ao comum.

A violência sexual, de acordo com o inciso III, do art. 7º. da Lei 11.340/2006 é definida como: “qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação,

571 Programa Mais Você do dia 08 de março de 2001, com a apresentadora Ana Maria Braga.

chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”.

Antes de abordar a questão dos direitos sexuais, deve-se lembrar que a violação dos direitos reprodutivos também é uma forma de violência sexual. Temas ligados à gravidez, aborto, ou métodos contraceptivos são contemplados no art. 7º da Lei 11.340/2006.

Historicamente, o tema da concepção sempre esteve rodeando as mulheres, seja para estimular a ter filhos ou não. A situação de infertilidade citada biblicamente com Sara, Ana e Raquel, por exemplo, tem como consequências conflitos internos e também interpessoais para as mulheres. E a infertilidade, neste contexto, sempre é atribuída à mulher, e não a qualquer influência masculina. Outro exemplo é Sansão, o nazireu. Nazireu significa que Sansão foi consagrado a Deus desde o ventre, e a história conta que sua mãe, cujo nome a Bíblia não menciona também era estéril. A mulher se considerava completa quando conseguia cumprir com as expectativas sociais relacionadas à procriação.

Buscando o controle da fertilidade ou estimulando que a mulher tivesse muitos filhos, percebe-se que na Idade Antiga esse era um tema muito importante. Posteriormente, com a entrada da mulher no mercado de trabalho, o tema da procriação ganhou outra forma. A exigência passou a ser outra, a cobrança de que a mulher não tivesse tantos filhos⁵⁷², para que pudesse ocupar seu lugar no espaço público. Aquelas que resolvessem quebrar com o paradigma da mulher moderna arcariam com a dupla jornada de trabalho, incrementada pela criação dos filhos.

A Lei 11.340/2006 não quis mencionar somente sobre as violações aos direitos sexuais, e quando incluiu os direitos reprodutivos, quis dar a mulher oportunidade de escolher entre ter ou não filhos, quando e como. Assim, qualquer atitude que tire esse direito da mulher é uma espécie de violência sexual.

Tem-se conhecimento de caso atual, por meio da experiência profissional e da pesquisa que resultou no relato de experiência do CHA-Me (Centro Humanitário de Apoio à Mulher), no qual a mulher não

572 Ressalta-se, porém, que logo na entrada da mulher no mercado de trabalho, os filhos destas também foram utilizados com mão de obra, mas aos poucos, esse contexto foi se modificando e a mulher passaria a ter menos filhos.

desejava ter filhos, mas o namorado recusava qualquer tipo de prevenção. Então, a mulher que não podia tomar anticoncepcionais, acabava tendo que tomar contraceptivos de emergência, causando danos ainda mais graves ao seu corpo.

Essa situação é um exemplo de violação aos direitos reprodutivos da mulher. Quem deve decidir sobre o melhor momento desta engravidar é ela mesma. Agora, é claro que, em se tratando de ter filhos, este tipo de assunto deve ser discutido entre o casal, pois ter filhos gera consequências para ambos os genitores. E também, não se pode deixar de pensar na criança a ser gerada. Se a mulher quer ter um filho, o diálogo com aquele que será seu companheiro nessa responsabilidade poderá evitar conflitos futuros.

Pergunta-se se a rejeição sexual do homem em relação a sua mulher teria sido incluída pelo legislador como forma de violência sexual. Dentre às várias maneiras de verificar a violência sexual, deve-se observar que o legislador não mencionou a rejeição da mulher como uma forma de violência sexual. Apesar de envolver a sexualidade, a rejeição entre outros problemas, poderá ser inclusa na categoria da violência psicológica e moral, pois geralmente acompanham palavras e comentários que denigrem e ofendem a mulher. Mesmo assim, cabe a observação de que a relação sexual vai sendo alterada com o passar do tempo que o casal permanece junto. Essa alteração se não for bem administrada, poderá vir a acarretar violência sexual.

Como dito anteriormente, problemas sexuais e violência não têm o mesmo sentido. E as modificações quanto ao apetite sexual ocorrem na maioria dos relacionamentos. Sobre as modificações da vida sexual, Goldim (2010, p.25) dentro de uma abordagem psicanalítica assim explica: “A paixão acaba (se sublima) e se converte em amor. A matéria-prima de toda sublimação é o sexo, que por isso diminui, ou melhor, vai adquirindo novas formas: família, filhos, interesses econômicos etc. Preocupação, cuidado e consideração são os sentimentos que predominam no amor ex-passional”.

Continua o autor dizendo que nos casos em que a sublimação ocorre de maneira intensa, pode apagar toda a atração sexual entre parceiros. Não se pode dizer que apesar de ser comum, essas modificações não tragam conflitos. Porém, não necessariamente precisam trazer a violência. Nessa mesma linha de raciocínio, cita-se Foward (1989, p.

68) que diz: “Mesmo que a excitação sexual diminua ou mude com o tempo, ainda há compreensão para com os sentimentos da outra pessoa”. A autora, porém explica que com o misógino⁵⁷³ ocorre justamente o contrário, pois com o passar do tempo e o prolongamento da relação, este homem dá menos importância aos sentimentos da mulher, estando mais propenso a criticar o potencial de atração da mulher. Entre os inúmeros casos atendidos pela autora, cita este que passa a ser transcrito: “Gerry disse que eu não poderia corresponder a suas necessidades porque não sou loura. E também dizia que meu corpo era feio e flácido e meus seios, caídos. Apontava as cicatrizes dos partos e comentava que eram horríveis, insistia que minha bunda não era bastante empinada. A situação chegou a um ponto em que eu me sentia envergonhada de tirar a roupa na frente dele. Era então que ele dizia: ‘Se você fosse uma mulher de verdade, isso não a incomodaria’” (Foward, 1989, p. 69).

Esse tipo de violência enquadra-se mais na violência psicológica, mas lembrando, deve ser nítida a noção que nem sempre a violência ocorrerá em uma só modalidade, muito pelo contrário, o comum é que apareçam mais de uma das formas.

A questão é verificar de que maneira essa conduta de rejeição pode repercutir na violência sexual dita pelo legislador. Quando a mulher rejeita a relação sexual por qualquer motivo, enseja em alguns casos episódios violentos. Ocorre que às vezes, existe a rejeição quanto às necessidades individuais da mulher, muitas vezes de saúde física e também quanto as suas necessidades sexuais propriamente ditas. Assim, muitos agressores, desrespeitam suas companheiras forçando a ter relações sexuais, quando as mesmas não estão dispostas ou, não respeitando as necessidades próprias da mulher quanto a sua individualidade.

No mesmo caso citado acima, no qual o agressor é Gerry, percebe-se um encadeamento das modalidades de violência, pois além de denegrir a imagem da mulher, apontando características dela que para ele são desfavoráveis, este mesmo homem deseja ter relações sexuais com ela, independente de seus sentimentos. Quando a vítima, neste caso analisado, tem vergonha de se despir em frente ao companheiro,

573 Misógino é aquele que tem ódio ou desprezo ao sexo feminino.

este declara que ela precisa ser “mulher de verdade”. Como já foi explanado, o agressor quebra a auto-estima da mulher e quando passa para outra modalidade de violência ela está tão fragilizada que se sente compelida a aceitar tal violência. No caso que se está analisando, a vítima pensa: “Para que eu seja mulher de verdade, preciso me expor e não demonstrar incômodo”. Passa a vítima a participar de uma relação sexual desagradável, para não dizer violenta.

Outro exemplo de violência sexual a ser citado acontece, quando o companheiro pode forçar a mulher a praticar sexo anal, quando a mesma não tem vontade ou não entende como sendo uma prática correta. Ao mesmo tempo, outro homem, pode não respeitar as necessidades da parceira de também realizar os seus desejos, resumindo-a a um objeto sexual, que deve estar disposta para ser usada de acordo com a vontade e “estilo” desse homem.

Até então, abordou-se a violação dos direitos reprodutivos e violência sexual ligada aos aspectos psicológicos, mas existem formas bem violentas que atingem a sexualidade das mulheres. Não são praticadas por cônjuges, mas por outras pessoas, justificadas pela cultura. No contexto mundial, a título de exemplificação, podemos citar a mutilação genital feminina praticada em alguns lugares e que é uma das formas grosseiras de violação aos direitos das mulheres. Este tipo de violência causa danos não somente físicos, mas também psicológicos, e atinge o órgão sexual da mulher a proibindo de sentir prazer. Rocha (2009b, p. 28) explica as várias formas de mutilação feminina: “Na infibulação, por exemplo, eles cortam o clitóris, os grandes e pequenos lábios e suturam toda a área, que só será aberta pelo marido após o casamento. Em algumas aldeias, chegam a retirar, também a musculatura por trás do clitóris, até atingir o osso”.

Teixeira (2010, p. 668) traz dados da Anistia Internacional que informa que “cerca de 135 milhões de crianças (meninas) e mulheres em todo o mundo já sofreram mutilação genital e a cada ano milhares correm o risco de sofrê-la -6.000 ao dia”. Essa prática acontece em mais de 28 países africanos, além do Oriente Médio. Esse exemplo é claro de violação ao direito sexual da mulher, e a autora chama a atenção que essa prática ocorre em alguns países por grupos de imigrantes que tem essa prática em sua cultura. Mas ainda há outros casos, pelas

sociedades ditas “civilizadas” que de modo muitas vezes disfarçado proibem também o prazer da mulher.

O objetivo desse estudo não é violência sexual praticada por desconhecidos, por isso se restringe nas violências praticadas nas relações íntimas de afeto atuais, e também em casos nos quais a mulher já teve alguma relação com o agressor.

Para encerrar sobre a violência sexual, cita-se um último exemplo, que pode parecer estranho, pois muitas pessoas não veem como estupro, mas que aparece muito nas verbalizações das vítimas de violência. Muitas são as queixas de mulheres que são estupradas pelos seus maridos e namorados, pois estes desejam fazer sexo, sem ter o mínimo de higiene necessária para realizar tal ato. Diante da negação da prática sexual, estes homens forçam a relação, tornando-a ainda mais desprazerosa, ou melhor, extrapolando a questão da falta de prazer, desencadeando dessa forma o sentimento de dor (física e psicológica). Esse fato também acontece quando os parceiros têm o vício do alcoolismo.

Não se pode concluir esta abordagem da violência sexual, sem registrar a dificuldade existente, para provar, quando a mesma aconteceu, mas apesar de ser difícil, não é impossível. A dificuldade da prova parece desestimular a mulher a denunciar o crime, trazendo limitações, para verificar a estatística sobre a violência sexual, bem como a promoção de políticas públicas específicas.

3.4. Violência patrimonial

A violência patrimonial, também presente na Lei Maria da Penha, é entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Muitas vezes a violência patrimonial é uma ameaça de violência física implícita. Quebrar os objetos é suficiente para manter a mulher oprimida. Foward (1989, p. 55) diz que a insinuação é clara. É como se o homem dissesse: “Hoje quebrei os vidros, amanhã posso quebrar seu braço”.

No dia-a-dia, verifica-se que a violência patrimonial atinge todas as classes sociais, pois o que está em questão não é o valor econômico

do bem atingido, mas muitas vezes o significado que este bem carrega. Pode-se citar o caso concreto do homem que danifica o computador ou telefone celular da mulher, trazendo prejuízos financeiros e profissionais para esta.

Além desse caso, muitas vezes o agressor pode danificar bens que tenham valor sentimental para a mulher, como por exemplo, um presente dado por um parente, uma obra de arte, um diário de recordações, fotos, dentre outros objetos.

Analisando um dos casos atendidos em seu consultório a Dra. Susan Foward (1989, p. 55) narra um relacionamento no qual eram comuns episódios de violência patrimonial e psicológica. Desta análise, transcreve-se um trecho que explica sobre os aspectos inconscientes do misógino: “Não estou sugerindo que homens como Nate planejam conscientemente seus ataques. A maior parte dos comportamentos cruéis e opressores são motivados por forças que estão além da percepção consciente. Não obstante, os adultos devem assumir a responsabilidade por seu comportamento, não importam quais sejam os demônios que se agitam em seus íntimos”.

Sendo assim, o que a autora quis explicar é que por mais que se utilizem abordagens, para compreender de que modo o fenômeno da violência nasce e se desenvolve o objetivo da explicação não é justificar o comportamento violento e livrá-lo das consequências.

Assim também a abordagem do presente estudo não é apontar a compreensão dos conflitos como forma de exclusão de responsabilidades legais dos agressores, mas como uma forma de prevenção a novos episódios de violência. Tantas vezes, um telefone é quebrado, uma roupa é rasgada e a única providência tomada é aceitar que o agressor compre novos objetos. O ressarcimento é importante, mas a compreensão do conflito com o escopo de inibir a violência é bem mais.

3.5 Violência moral

A violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Da mesma forma como o Código Penal tipifica estas condutas, a Lei Maria da Penha também assim busca punir o fato concreto. A Lei Maria da Penha não veio criar novos tipos penais, mas dar tratamento diferenciado, quando a vítima é mulher.

Percebe-se que na maioria das vezes que ocorre a violência moral, ocorre pela não aceitação do término do relacionamento, ou quando a mulher vai reivindicar algum direito seu pendente como pensão para os filhos, partilha de bens entre outras questões.

Muitas pessoas, utilizando o senso comum, dizem que os casais precisam aprender a conversar, dialogar. Porém, a maioria dos casais parece não ter habilidades, para realizar tal ato. Goldin (2010, p. 8) diz que, quando se trata de sentimentos, as palavras são imprecisas e às vezes os amantes usam palavras que ofendem ou desculpam. Este autor explica que pela impotência do discurso, muitas vezes as palavras são ditas em tom mais alto, sendo gritadas e repetidas pelas partes que estão envolvidas a fim de que sejam ouvidos.

Acontece que muitas vezes além dos fatos que são utilizados nas discussões de casais (“jogar na cara”), aquele que faz o uso da palavra, escolhe termos que claramente ofendem a outra parte. São as chamadas “palavras de baixo calão”, muito citadas nos boletins de ocorrência em distrito policiais.

Foward (1989, p. 37) esclarece que a violência por meio de palavras pode ocorrer de várias maneiras. Pode ser violência por falar gritando, ou em virtude do conteúdo das falas. Também quanto ao conteúdo pode ser uma violência por um insulto feito à mulher, ou ainda, por críticas incessantes, que muitas vezes não são feitas com a voz alta. Além disso, a autora cita outras técnicas manipuladoras que não são facilmente visualizadas, que chama de “técnicas da meia-luz”. A nomenclatura “meia-luz” é uma alusão ao filme *À meia-luz* com Charles Boyer e Ingrid Bergman, sendo que a autora observa que ao contrário do personagem de Boyer, o misógino não planeja o seu comportamento.

Entre essas técnicas, Foward (1989, p. 59), cita três maneiras de serem verificadas nos casos concretos: “negativa, alteração dos fatos e transferência de culpa”.

Por meio da técnica negativa, o misógino age como se o fato não tivesse acontecido, sendo mais comum a utilização por meio de adictos de álcool e drogas. A mulher não consegue enfrentar o problema, pois não dá para resolver o conflito com alguém que não admite o ocorrido.

Há ainda a alteração dos fatos no qual o misógino não nega o fato, mas relata do modo como melhor convém. E a última técnica: trans-

ferência da culpa. Nesta técnica o misógino alega que seu comportamento é uma reação ao comportamento da mulher. Assim, se livra do desconforto da culpa e faz com que a mulher acredite que as deficiências no caráter são dela e que isso faz com que a relação não dê certo.

Dentre os casos estudados por Foward (1989, p. 56), um chama a atenção pela riqueza de detalhes. Neste caso pode-se perceber tanto a violência moral, pois a mulher é injuriada quanto a violência psicológica, devido a humilhação sofrida:

“Eu me sentia esgotada, tentando concluir a tese do curso. Tivemos uma semana de chuvas excepcionalmente fortes e a garagem ficou inundada, sem que eu soubesse. Estava datilografando a tese quando Mark entrou e disse que queria me mostrar uma coisa. Segui-o obedientemente até a garagem e descobri que a água encharcara algumas caixas de papelão com roupas que eu estava guardando para o Exército da Salvação. Mark começou a gritar comigo: ‘Sua idiota insensata e liberada! Tudo que sabe fazer é sentar à porra da máquina de escrever. Não se importa com casa ou comigo, não quer saber o quanto tenho trabalhado’. Enquanto ele gritava, eu tentava tirar as caixas da água. Mark não parava de berrar: ‘Você pensa que é o máximo! Acha que é boa demais para se preocupar com a casa!’ Depois de tirar todas as caixas da água, voltei para dentro da casa e ele me seguiu, me criticando o tempo todo. Eu não conseguia escapar. Fiquei tão transtornada que não consegui terminar de bater a tese, de tanto que minhas mãos tremiam”.

Independente da classificação legal, tanto a violência moral, como a violência psicológica podem ter como consequência danos psíquicos, ou seja, a instalação de transtorno psicológico. Aznar (1998, p. 5) menciona que, às vezes, a coação psicológica, mesmo que sem lesões físicas, pode trazer mais consequências para a mulher.

O dano psíquico será caracterizado quando a partir da violência, houver a instalação de um transtorno mental, desde que tenha nexos causal com a agressão sofrida pelo seu parceiro na relação íntima de afeto⁵⁷⁴.

574 Parece estranho falar de relação íntima de afeto e violência porque as pessoas estão acostumadas pela teoria do afeto a pensar em bons sentimentos. Mas o afeto não corresponde somente ao cuidado, carinho e amor.

4. Conclusão

Nas legislações brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 era comum perceber a consagração da superioridade do homem. Verucci (1998, p. 93) cita o exemplo do Código Civil de 1916 que dava o comando único da família ao marido. Além disso, diz a advogada que a mulher era marcada pela incapacidade jurídica relativa, se igualando aos índios, pródigos e menores de idade.

No entanto, após a promulgação da “Constituição Cidadã”, que expressamente consagrou a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I), a legislação passou a acompanhar a tendência mundial, tendo, inclusive, o Código Civil de 2002 modificado o conceito de “pátrio poder” para “poder familiar”.

Por tudo quanto foi exposto no presente estudo, pode-se, concluir que, frente à violência nas suas mais diversas modalidades, foi preciso muita luta para que a mulher conseguisse ter direitos fundamentais declarados. Além disso, foi necessário que a mulher lutasse mais uma vez, para que, além de declarados, tivesse seus direitos protegidos.

Nesse contexto, a Carta de 1988 apresenta-se, pois, como um importante marco na luta contra a violência contra a mulher em todas as suas formas.

Referências

- ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família*. Rio de Janeiro: LTC, 2006.
- AZNAR, Pilar Matud (et al). *Violência en el Hogar: el maltrato a la mujer*. Canárias: Comares, 1996.
- BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: USP. Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2008.
- FERNANDEZ, David Lorenzo Morillas. *Análisis criminológico de delito de violencia doméstica*. Cádiz: Universidad Servicio de Publicaciones, 2003.
- FIORELLI, José Osmir. *Psicologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FORWARD, Susan. *Homens que odeiam suas mulheres e as mulheres que os amam*. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.
- GOLDIN, Alberto. *Freud explica a dois*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

- MARKMAN, Howard. *Como fortalecer seu casamento: atitudes positivas para preservar um amor duradouro*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- RUIZ, Alfredo. *Psicologia do casal e da família*. São Paulo: Paulinas, 1991.
- SCHAIBER, Lilia Bilma. *Violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
- TEIXEIRA, Carla Noura. A mulher e os tratados internacionais de direitos humanos. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Cláudia Pompeu Torezan (coord.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- VERUCCI, Florisa. A mulher no direito de família. In: NAZARETH, Eliana Ribert; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (coord.). *Direito de família e ciências humanas: cadernos de estudos n. 2*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

MANIFESTAÇÕES POPULARES DE JUNHO/2013 NO CONTEXTO DE 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: POR UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE NO BRASIL

*Raimundo P. Pontes Filho*⁵⁷⁵

Resumo

Este artigo tem o propósito de discutir as características, temas principais e possíveis consequências sociopolíticas das manifestações populares ocorridas em junho de 2013, nas ruas de muitas cidades pelo Brasil, no contexto dos vinte e cinco anos da atual Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988.

Palavras-chave: Manifestações Populares; Constituição Federal; Estado; Sociedade.

Introdução

Manifestações populares, sem atrelamento partidário nem sindical, tomaram as ruas de muitas cidades do país, a partir de junho de 2013, reivindicando a solução de antigos problemas sociais em contraposição aos bilhões gastos em preparação à copa do mundo de futebol, coincidentemente no contexto de 25 anos de promulgação da Constituição Federal.

Imprescindível refletir, nesse cenário, acerca das consequências políticas e sociais desses levantes populares pelos quatro cantos do Brasil, como também sobre o que são, em essência, essas manifestações do povo nas ruas. O que são? O que as motivou? O que preten-

575 Professor universitário e Delegado de Polícia, graduado em Ciências Sociais e em Direito pela UFAM (Universidade Federal do Amazonas), mestre em Direito Ambiental pela UEA (Universidade do Estado do Amazonas) e doutorando em Sociedade e Cultura pela UFAM.

dem? Quais as suas características? Apresentam elementos revolucionários? Como estaria sendo encaminhada essa revolução sem armas? Aonde pretende nos levar essa nova onda política introduzida pelas manifestações do povo brasileiro nas ruas? E muitas outras questões que orbitam em torno do que ocorreu nas vias públicas, a partir de Junho/2013, no país.

Como diria Brecht, “Tantos relatos. Tantas perguntas...” Mas é preciso perguntar até que se esclareça e se possa entender o que está realmente acontecendo no país inteiro, que transformação o Brasil está experimentando, nesse contexto dos 25 anos da Constituição de 1988, cuja celebração se dá com os protestos do povo nas ruas.

1. Retrospecto das Manifestações populares de Junho/2013

As manifestações populares que sacudiram o país, a partir de junho/2013, cujo estopim foram os aumentos da tarifa de ônibus em várias cidades assomado à enérgica reação da polícia militar aos primeiros protestos, deixaram governos, imprensa, analistas, políticos e organismos da sociedade, todos perplexos diante do desenrolar dos acontecimentos. Num propósito de registro desse processo, reconstituímos a seguir, partindo inúmeras fontes de jornais e revistas locais e nacionais, os principais momentos dessas manifestações. Trata-se de um breve retrospecto dos fatos:

- 1. Antecedentes:** registram-se ainda no ano anterior (2012), em Natal/RN, as primeiras manifestações contra o aumento do preço das passagens de ônibus. O anúncio da elevação da tarifa deu-se em 27/08/2012 e, dois dias depois, em 29/08, ocorreu a primeira manifestação, que reuniu mais de duas mil pessoas e foi reprimido pela polícia. No dia seguinte, 30/08, novo protesto, agora sem confronto com a polícia. Em setembro/2012, a prefeitura de Natal revogou o aumento da passagem. Em Porto Alegre, no início de 2013, ocorreram protestos contra o aumento da tarifa de ônibus. Em maio/2013 ocorreram manifestações em Goiânia após anúncio do aumento de tarifa de transporte coletivo. Desse modo, o cenário para o tu-

multuado junho/2013 já estava formado, seguindo como que uma tendência natural.

2. **06 de junho:** primeira manifestação em São Paulo, organizada pelo MPL (Movimento Passe Livre) contra o aumento da tarifa do transporte público, reuniu entre 500 e 2.000 pessoas, sofreu enérgica repressão por parte da polícia militar que utilizou gás lacrimogêneo e balas de borracha. Três estações de metrô e sessenta e cinco ônibus foram depredados. Cerca de quinze pessoas foram detidas e dezenas ficaram feridas em confronto com a polícia. Nesse mesmo dia, outras capitais são campo de protestos: Rio, Goiânia e Natal, tendo havido depredações e confrontos com a polícia.
3. **07 de junho:** no dia seguinte, demonstrando força, o MPL levou mais 4.000 pessoas às ruas da capital paulista, fechando novamente importantes vias públicas, tendo sido depredados doze ônibus e ocorrido confronto com a polícia. Alguns manifestantes acabaram detidos e o governador de São Paulo declarou que “É uma atitude absurda. A polícia tem que agir, não pode se omitir”, fazendo alusão aos atos de vandalismo.
4. **10 de junho:** no Rio de Janeiro, manifestantes incendiaram cones de trânsito e o lixo, tendo sido presas ao menos 31 pessoas, numa noite agitada.
5. **11 de junho:** o terceiro protesto em São Paulo reuniu aproximadamente 3.000 pessoas, começando a repercutir nas redes sociais e internacionalmente. A violência aumenta, há barricadas, quebradeiras e confrontos com a polícia. Policiais foram agredidos e lesionados com paus e pedras. Cerca de vinte manifestantes foram detidos.**13 de junho:** manifestantes tomaram ruas de Porto Alegre, Rio de Janeiro e São Paulo. Nesta última, o movimento passe livre tomou o centro da cidade, alcançando por volta de 5.000 pessoas. Manifestantes entraram em confronto com a polícia. Dezenas de pessoas sofreram ferimentos, incluindo manifestantes, jornalistas, pessoas que não tinham nada a ver com a manifestação e policiais. Cerca de 47 ônibus foram depredados e 234 pessoas detidas. A polícia fez uso de gás lacrimogêneo e de balas de borracha. A partir dessa noite, iniciaram-se contundentes críticas à ação

da polícia, inclusive a condenação da repressão pela Anistia Internacional. O governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, e o prefeito da capital paulista, Fernando Haddad, recusaram-se a rever o preço da tarifa dos transportes enquanto uma pesquisa apontou que a população apoiava as manifestações.

6. **14 de junho:** contabilizou-se o saldo dos protestos da noite anterior: *Folha de S. Paulo* comunicou que sete jornalistas seus foram atingidos durante os protestos; da agência Futura/Press, o fotógrafo Sérgio Silva teve o olho direito lesionado, correndo o risco de perder a visão; o fotógrafo Filipe Araújo, do jornal *O Estado de S. Paulo*, foi atropelado por uma viatura; o fotojornalista Fernando Borges foi detido e o repórter Vagner Magalhães, agredido; o repórter da *Carta Capital* Piero Locatelli foi preso. Na tentativa de desviar-se da responsabilidade, Alckmin disse que “os manifestantes não cumpriram o acordo” e Haddad que “não ficou bem para a polícia”.
7. **16 de junho:** a presidente Dilma Rousseff foi vaiada na abertura da Copa das Confederações e a Gaviões da Fiel (torcida do clube de futebol paulista Corinthians) divulgou apoio às manifestações, todavia, não convocou os torcedores. Em resposta, o site da torcida organizada foi invadido por defensores dos protestos, que deixaram uma mensagem: “vem pra rua!”. O MPL estudava processar o Estado de São Paulo pela repressão policial aos manifestantes. Os gastos da administração pública com a Copa foram alvo de novos protestos no Rio e em Brasília. Em outros países, comunidades de brasileiros também se manifestaram, como ocorreu na Irlanda e em Nova Iorque.
8. **17 de junho:** ocorreu a adesão de outras capitais aos protestos populares, que se difundiram pelo país. Cerca de 65 mil pessoas realizaram manifestação em São Paulo. No Rio, alcançou-se a quantidade de 100 mil manifestantes. Em Brasília, manifestantes ocuparam no final do dia a cobertura do edifício-sede do Congresso Nacional. Em outras capitais, como em Belo Horizonte e em Porto Alegre, também ocorreram manifestações. Perplexos, os políticos assistiram centenas de milhares de pessoas irem às ruas das principais cidades do país,

protestando não apenas contra o preço das tarifas de ônibus, mas também contra a corrupção na política, no Congresso e nos partidos, contra a Copa, contra a PEC 37, contra a má qualidade de serviços públicos. Foram as manifestações mais expressivas desde as ocorridas, em 1992, a favor do impeachment do então presidente Collor.

9. **18 de junho:** aturdidos pela força dos protestos, governantes começaram a reduzir as tarifas. Em quatro capitais, é anunciado-se a redução da mesma. Em São Paulo, o prefeito Fernando Haddad admitiu que a decisão sobre o reajuste das tarifas “não é técnica, é política mesmo”, acenando um recuo. Manifestantes voltam às ruas aos milhares nas principais cidades do país e não poupam partidos, governos nem oposição. Em São Paulo, uma horda revoltosa acuou a guarda civil metropolitana, pôs fogo num carro de TV e saqueou lojas pelo centro da cidade. Na cidade de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, vândalos quebraram vidros da prefeitura e depredaram um relógio que fazia contagem regressiva para a Copa. Em Juazeiro do Norte, o prefeito é sitiado pela população dentro de uma agência bancária. A presidente Dilma Rousseff disse que o Brasil “acordou mais forte” e assegurou que o seu governo ouve “as vozes da rua”. No exterior, brasileiros reuniram-se para protestar em Londres e Lisboa.
10. **19 de junho:** protestos prosseguem em SP e no RJ com bloqueios de rodovias. Em Fortaleza, ocorre manifestação horas antes do jogo da seleção brasileira contra o México, no Castelão. Contrariados, o governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, e o prefeito da capital, Fernando Haddad, cederam à exigência do MPL e revogam o reajuste das tarifas. O prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, fez o mesmo. Nenhum soube esclarecer de onde sairá o dinheiro para cobrir a despesa, mas Haddad antecipou que “investimento fica comprometido”.
11. **20 de junho:** as manifestações em quase todo o país alcança a marca de mais de 1 milhão de brasileiros nas ruas. Manaus tem sua primeira grande manifestação nesse contexto, saindo Centro da cidade e indo até a Arena da Amazônia enquanto outro grupo encaminhou-se para a prefeitura. Em São Paulo,

após o anúncio da revogação do aumento da tarifa do transporte coletivo, era para ser a festa da vitória do MPL, entretanto, houve protestos contra os gastos da Copa, a corrupção na política, dos políticos e dos partidos brasileiros, bem como ocorreram confrontos entre manifestantes que alegavam apartidarismo e os que empunhavam bandeiras de partidos. No Rio de Janeiro, foram duas horas de marcha e quatro de destruição, com ataques a prédios públicos e confrontos com a polícia, com pelo menos 62 ficaram feridos. Em Brasília, manifestantes afrontaram a polícia, depredaram o prédio do Itamaraty e da Catedral Nacional. Em Porto Alegre, manifestantes entraram em confronto com a Tropa de Choque. Em protestos desse dia ocorreram também as primeiras mortes: um estudante, em Ribeirão Preto/SP, e uma garí, em Belém/PA.

- 12. 21 de junho:** o MPL declarou que não convocará mais manifestações em São Paulo e criticou as ações contra os partidos. Contudo, nessa altura dos acontecimentos, a causa do MPL fora engolida por outras demandas, tais como saúde, educação, segurança etc. Em São Paulo, fecharam-se rodovias de acesso aos aeroportos, e, no Rio, fechou-se a via amarela. À noite, em cadeia nacional, a presidente Dilma Rousseff fez pronunciamento de dez minutos, no qual afirmou que escuta a voz das ruas, mas que não iria transigir com a violência e a arruaça, defendendo o primado da lei e da ordem. Na ocasião anunciou pacto pela melhoria dos serviços públicos no país, convidando governadores e prefeitos a dele participarem.
- 13. 22 de junho:** o pronunciamento de Dilma Rousseff não cessou as manifestações populares, que prosseguiram pelo país. Em Belo Horizonte, uma manifestação reuniu mais de 60 mil pessoas e terminou novamente em confrontos com a polícia. Em Salvador, o protesto começou horas antes do jogo entre Brasil e Itália, pela Copa das Confederações, na Arena Fonte Nova. O Movimento Passe Livre revisou a posição do dia anterior e avisou que, mesmo com a redução das tarifas, vai continuar nas ruas.
- 14. 24 de junho:** manifestações continuaram e, em Porto Alegre, um protesto de cerca de 10 mil pessoas acabou em confron-

to com a polícia. Cerca de quinze pessoas foram presas. No Rio de Janeiro, aproximadamente mil pessoas protestaram no centro da cidade. Houve também protestos e bloqueios de estradas em São Luís, Goiânia, Belém e pelo menos cinco cidades do interior de São Paulo: Campinas, Marília, Pederneiras, Bauru e Campos de Jordão. Em Cristalina (GO), duas mulheres morrem atropeladas no momento em que tentavam bloquear a BR-251. A presidente Dilma Rousseff reuniu-se com 26 prefeitos e 27 governadores e propôs cinco pactos, entre eles um plebiscito para autorizar a instalação de uma Constituinte toda dedicada à reforma política, proposta que é imediatamente contestada por juristas, oposição e até membros da base aliada. O MPL é convidado para uma reunião com a presidente Dilma Rousseff, tendo divulgado antes carta em que critica o tratamento conferido pelo governo aos movimentos sociais, atacando a “máfia dos transportes” e requerendo a desmilitarização da polícia.

- 15. 25 de junho:** os protestos seguiram ocorrendo pelo país: sem-teto, grupos de esquerda e o movimento passe livre (MPL) protestam na zona sul de São Paulo. Ao longo das estradas, manifestantes bloquearam a Via Dutra, Raposo Tavares e Castello Branco (no interior de São Paulo); a BR-290 (nos arredores de Porto Alegre); o Anel Rodoviário da BR-381 (na região metropolitana de BH); e a BR-251, em Goiás. Houve também protestos no Rio, Niterói, Aracaju, Florianópolis e Sumaré (SP). Em relação ao comportamento da administração central, menos de um dia após haver proposto plebiscito para nova Constituinte, o governo desistiu da Constituinte e anunciou que remeterá ao Congresso uma proposta de plebiscito para que a população decida sobre os pontos centrais da reforma política. Não se sabe que tipo de consulta daria conta da complexidade do tema nem da possibilidade de concretizar uma reforma até outubro, a tempo de vigorar já nas eleições de 2014. Sob a pressão das ruas, o Congresso acelerou as votações e anunciou o cancelamento do recesso parlamentar para que os parlamentares pudessem apreciar, na quinzena seguinte, uma longa pauta de propostas, muitas das quais

adormecidas há anos nas gavetas do Congresso. Na Câmara, em sessão que entrou pela madrugada, os deputados derrubaram a PEC 37; aprovaram texto que destina os royalties do pré-sal para a saúde e a educação; e votaram novas regras para a partilha do Fundo de Participação dos Estados. Após reunião com a presidente Dilma Rousseff, o presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, propôs: “Já que a nossa democracia peca pela falta de identificação entre eleito e eleitor, por que não permitir que o povo escolha diretamente em quem votar?” Defendeu, com isso, o presidente do STF uma reforma política que mitigasse o poder dos partidos e admitisse a existência de candidaturas avulsas.

16. 26 de junho: ocorreram manifestações em diversas cidades pelo país. Belo Horizonte assistiu à maior das manifestações do dia, com mais de cem mil pessoas, na qual um manifestante morreu ao cair de um viaduto quando fugia da polícia. Cerca de nove pessoas ficaram feridas e 26 acabaram detidas. A polícia impediu que um grupo alcançasse o estádio do Mineirão. Em silêncio, manifestantes chutaram 594 bolas sobre o espelho d’água à frente do Congresso, uma para cada deputado (513) e senador (81). Com isso, ocorreram protestos também em Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Manaus, Belém, Recife. Nesse momento, em função da queda da participação popular na maior parte dos protestos, em virtude do acolhimento da redução das tarifas e de outros pleitos, começou-se a se perceber uma certa fadiga nas manifestações. A presidente Dilma Rousseff recebeu representantes de oito centrais sindicais, em mais uma etapa da sequência de encontros em resposta aos protestos de rua. O encontro, entretanto, terminou sem deliberação e com críticas de sindicalistas.

17. 27 de junho: manifestações em diversas cidades: Fortaleza, Porto Alegre e Salvador resultam em cem detidos. A maior parte das prisões foi realizada na capital cearense, nas adjacências da Arena Castelão, onde ocorreria o jogo entre a Espanha e a Itália, pela semifinal da Copa das Confederações. Ocorreram ainda protestos no Rio, Florianópolis e João Pessoa, entre outras cidades. De outro lado, de acordo com os ministros

da Educação, Aloizio Mercadante, e da Justiça, José Eduardo Cardozo, o governo deverá mandar ao Congresso uma proposta de plebiscito contendo apenas as bases da reforma política. Em votação simbólica, o Senado aprovou requerimento que permitirá ao projeto do passe livre para estudantes tramitar em regime de urgência. A frenética ‘agenda positiva’ do Congresso deixou evidente, por contraste, a letargia histórica da Câmara e do Senado. Em apenas dois dias, sete relevantes matérias foram aprovadas em plenário.

18. 30 de junho: encerrando as manifestações de junho/2013, cerca de 3 a 5 mil pessoas protestaram no entorno do Maracanã, no Rio, contra a concessão do estádio à iniciativa privada. O ato terminou na praça Afonso Pena, por volta de 14h, sem incidentes com a polícia. Horas depois, mais pessoas voltaram às ruas com máscara ou camisetas sobre o rosto. Ao se aproximarem do estádio, depararam-se com cordão de seguranças. Policiais foram atacados com pedras e bombas caseiras e revidaram bombas de gás lacrimogêneo e balas de borracha, tendo ainda apoio de blindados, do batalhão de choque e do batalhão de ação com cães. Nas cidades de São Paulo e de Salvador registraram-se também protestos, mas sem incidentes e já com baixa adesão.

Esses foram os principais acontecimentos, em termos gerais, que marcaram o processo deflagrado em junho 2013, a partir das manifestações populares nas ruas em muitas cidades pelo país. Embora não tenham prosseguido no mês seguinte, julho/2013, com as proporções com que ocorreram no mês anterior, não se pode dizer que simplesmente desapareceram, pois o processo ainda não teve desfecho, está em andamento. Além disso, manifestações pontuais continuaram a ocorrer: protestos dos caminhoneiros, bloqueando estradas em seis estados (SP, MG, MT, SC, BA, ES); no Rio de Janeiro, protestos fechando avenidas, protestos em frente à residência do governador, Sergio Cabral, e protesto em ventos pinçados, com alvo específico, como no caso do casamento da neta de um dos maiores empresários do setor de transportes urbanos do Rio, Jacob Barata, conhecido como “rei do ônibus”.

O chamado “dia nacional de luta com greves e mobilizações”, ocorrido em 11/07/2013, convocado pelas principais centrais sindicais, não teve as mesmas características nem atingiu as proporções daquelas ocorridas em junho/2013, mobilizadas a partir das redes sociais. Sequer o público que delas participou se assemelhava a este do dia nacional de luta. Não houve o mesmo vigor nem a mesma jovialidade deste dia em relação aqueles dias. O dia nacional de luta, antes, evidenciou a perda de força e de representatividade dos sindicatos e dos meios tradicionais de comunicação perante à população, principalmente daquela que foi às ruas protestar contra uma série de coisas, incluindo a má qualidade dos serviços públicos e da política brasileira, demandando transporte, saúde, educação de qualidade e por reforma política, dentre outras pautas.

Percebe-se que o processo de participação popular, manifesto nas ruas por todo o país, ainda está aberto, em curso, e que, em grande medida, seu recrudescimento dependerá da maneira como for conduzido pelos poderes e pelos governos do país as respostas às grandes demandas apresentadas pelo povo nas ruas. Demandas essas que não constituem, na realidade, nenhuma inovação. Pelo contrário, são pleitos bastante antigos, mas que por não terem sido devidamente atendidos pelo Estado tomam agora feição de relevância e urgência maior, pois assim os fez prevalecer a população nas manifestações de rua por país a fora.

Todas essas são variáveis e aspectos a serem considerados para efeito de uma leitura e análise mais pormenorizada sobre o processo em curso e aonde ele pode nos levar, coincidentemente a partir desse contexto de celebração de 25 anos da Constituição Federal vigente. Portanto, há uma série de questões postas e as respostas não existem. Cumpre-nos prosseguir na busca, ciente de que a realidade é dinâmica e que a cada momento podem ocorrer alterações que tornam inviável qualquer pretensão de se obter respostas definitivas.

2. Manifestações populares e movimentos sociais

As manifestações populares tomaram as ruas de muitas cidades brasileiras, em junho/2013. A insatisfação popular com a qualidade dos serviços públicos, com a corrupção nos poderes públicos e com o

regime de coisas em vigor tomou forma nos protestos que se difundiram por todo o país ao longo do mês de junho. Em razão disso, pode-se dizer que essas manifestações constituem-se em movimento social? De que tipo? Como se formou? Envolve quais segmentos? Como se organiza? Quais os seus reais objetivos?

Algumas formulações sobre movimento social foram introduzidas pela sociologia clássica. Para Émile Durkheim, essa categoria designava a transição de formas de solidariedade simples para formas de solidariedade mais complexas, decorrentes da crescente divisão social do trabalho. Max Weber considerava os movimentos sociais fatores propulsores de modernização da sociedade, em especial da sociedade capitalista. Já Karl Marx entendia serem eles organizações racionais da classe trabalhadora, vinculadas a sindicatos e a partidos dedicados a resistir à exploração e a suplantarem o capitalismo, transformando as relações sociais de produção. Contudo, diante do que temos acompanhado desde a primavera árabe, passando pelo “ocupe Londres”, pelo “ocupe Wall Street” e pelo que ocorreu no Brasil, em junho/2013, vê-se que há limitações nos modelos sociológicos clássicos para explicar esses mais recentes movimentos sociais.

Os intérpretes dos “novos” movimentos sociais, o sociólogo argentino Ernesto Laclau, o italiano Alberto Melucci e o próprio Alain Touraine, francês, questionaram a ideia de que apenas as classes teriam capacidade de se configurar em sujeitos sociais na luta pela conquista e efetividade de direitos, fossem eles sociais, econômicos, humanos, ecológicos, políticos etc.

Não vimos manifestações de caráter classistas nem coordenadas por partidos ou por sindicatos nos protestos de junho/2013. Elas transcenderam essas exauridas organizações sociais, bem como reuniram gente de distintos estratos sociais, expressando uma variedade de causas e de pautas, sob coordenações difusas, a partir de redes sociais, e da virtualidade chegaram à realidade das ruas.

Esse cenário de manifestações acabou sendo campo fértil a inúmeras “teorias da conspiração” anti e pró-governo, ao lado da reflexão sobre movimentos sociais, entretanto, o processo em curso ainda está indefinido e imprevisível, carecendo de respostas à enormidade de questões levantadas por esse agitado redespertar da sociedade nacional. A sociedade brasileira, nesses dias de junho, recobrou o poder

soberano originário e exigiu qualidade e segurança política por parte de seus representantes.

3. Características das manifestações populares de Junho/2013

Algumas características dessas manifestações e protestos de junho/2013, no Brasil, merecem ser destacadas para efeito de uma reflexão. Por esse motivo, ressaltamos os pontos a seguir.

3.1 A expressiva participação popular nas manifestações

Não foram poucos os que participaram dos protestos de junho/2013 no Brasil. Na realidade, no início, foram milhares, pouco depois, com a expansão dos movimentos, dezenas de milhares, em seguida, centenas de milhares, principalmente entre os dias 17 de 21 junho quando ocorreram manifestações todos os dias, em muitas cidades, inclusive em Manaus (20/07). Muito embora as cifras variem, estima-se que, nesse dia, quando somados todos os que participaram dos protestos por todo o país, chegou-se aos milhões de manifestantes, distribuídos entre os estados nos quais ocorreram as sublevações populares. Algo que não se via desde as manifestações populares que culminaram com o impeachment do ex-presidente Fernando Collor, em 1992. Tal situação deixou o governo e seus analistas atordoados, sem compreender o que estava ocorrendo, semelhante ao que ocorreu, na França, por ocasião da queda da Bastilha, quando o poder institucionalizado ficou sitiado e sem respostas.

3.2 Como foram articulados os protestos de junho/2013?

O principal veículo empregado para articular essas sublevações populares de junho/2013, no Brasil, sem dúvida, foram as redes sociais, inclusive em suas distintas fases. O estopim foi a anúncio do aumento das tarifas de transporte coletivo (ônibus) em São Paulo. O movimento passe livre (MPL) usou de maneira bastante eficaz a rede social do Facebook e direcionou os protestos para solução do aumento dos preços das passagens de ônibus. Logo, foram diversos os grupos que passaram a discutir e a se organizar pelas redes sociais na internet.

De forma célere, as manifestações foram se difundindo por todo o país, alcançando as ruas de mais de 380 cidades brasileiras, ampliando a pauta de reivindicação que passou a exigir também o fim da corrupção, a qualidade dos serviços públicos, principalmente quanto ao transporte, à saúde e à educação públicas, e a reforma política. Nesse ponto, as manifestações não admitiam sequer expressões partidárias ou sindicais, deixando transparecer um certo antipartidarismo e não somente um apartidarismo.

Nesse sentido, as sublevações populares apresentaram ao menos duas fases principais. Na primeira, cujo foco central foi a questão do preço das passagens de ônibus, houve menor participação popular, não apoio por parte da mídia dos meios tradicionais de comunicação de massa, e violentos conflitos entre os manifestantes e a força policial. Numa segunda fase, caracterizada pela ampliação da pauta de reivindicações, incluindo o fim da corrupção, reforma política e pela qualidade dos serviços públicos essenciais, deu-se grande participação popular, ampla cobertura midiática a favor dos protestos e contra o vandalismo, e menos repressão policial e confrontos com a polícia.

À medida na qual foram sendo atendidos os pleitos principais, o processo entrou num espiral de fadiga/enfraquecimento, aparentemente exaurindo-se a partir de julho/2013. Os governos federal, estaduais e municipais empenharam-se para encontrar uma solução para o problema do preço das tarifas de veículos de transportes públicos, a presidente propôs um pacto pela qualidade dos serviços públicos essenciais e suscitou um plebiscito para discutir e orientar a reforma política. Com isso, os protestos foram esvaziando, perdendo força e até aqui (fim de julho) não ocorreram mais sublevações populares com as características das realizadas em junho/2013.

Enfim, apesar de inúmeras “teorias da conspiração” forjadas para explicar a articulação das sublevações populares, foram principalmente as redes sociais e a internet que tiveram um papel relevante e propulsor nas articulações dos protestos, as quais, embora de maneira dispersa, serviram para reunir, motivar e mobilizar tanta gente para participar das manifestações ocorridas no país, em junho/2013.

3.3 Qual o perfil predominante dos que participaram das manifestações? Quem eram eles?

Em que pese “todos” os segmentos etários e sociais terem participado das manifestações, jovens, adultos, idosos e até crianças, deve-se observar-se que houve um perfil que predominou nesses protestos.

Diversos grupos discutiram e se organizaram via redes sociais. Segundo registros de jornais, nas primeiras manifestações tais grupos eram constituídos predominantemente de jovens, principalmente estudantes universitários e, em número menor, de estudantes do ensino médio. De acordo com o Instituto Datafolha, a maioria dos manifestantes teria menos de 25 anos (53%), teria nível superior, completo ou incompleto (77%), e teria se informado do ato pelo Facebook (85%). A grande maioria, 84%, não teria preferência partidária (84%). Entre estes jovens este posicionamento seria de 22% enquanto na população em geral seria de 5%.

Ao longo de todo o processo de sublevações populares, em junho/2013, tornou-se nítida a prevalência dos jovens nos protestos, sem desconsiderar, todavia, que a participação de muitos adultos, idosos e mesmo de crianças nas ruas, pelas diversas cidades do país, conferiu ainda maior jovialidade e vigor às manifestações.

3.4 Pautas principais das manifestações populares

Em relação às pautas principais das manifestações populares que se difundiram por todo país, tornou-se evidente que iniciaram com reivindicação pela redução da tarifa do transporte público, principalmente dos ônibus. À medida que os protestos foram se generalizando pelo país, passou-se a demandar pela qualidade de outros serviços públicos essenciais, além do transporte coletivo: saúde, educação, segurança, combate à violência. Pouco depois, quando as manifestações já tinham tomado conta do país, pleiteou-se o combate à corrupção e à impunidade, a não aprovação da PEC 37 e a reforma política. Algumas vezes, ao lado dessas pautas mais frequentes e gerais, também apareceram eventualmente pautas específicas, tais como: diminuição de impostos, demarcação de terras indígenas, polêmica redução da menoridade penal etc. Gradualmente, foi ficando claro que as sublevações do povo nas ruas não era somente uma insatisfação efêmera, mas também de

uma profunda aspiração por uma nova relação entre o Estado e a Sociedade brasileira, marcada pelo respeito aos direitos do cidadão, por uma efetiva democracia participativa e pela qualidade das instituições democráticas, dentre as quais dos serviços públicos e das instituições que compõem política nacional.

3.5 Partidos políticos, sindicatos e meios tradicionais de comunicação perderam força

As manifestações populares deflagradas pelas ruas do país, em junho/2013, empregando as redes sociais como meios de comunicação, articulação e organização de grupos participantes dos protestos, evidenciaram a significativa perda de força das mídias e meios de comunicação de massa tradicionais, bem como das lideranças dos sindicatos e dos partidos políticos.

Houve uma espécie de apequenamento dos sindicatos, dos partidos político, dos meios de mídia, de imprensa e de comunicação tradicionais em face do uso das redes sociais pelos novos movimentos sociais, os orquestraram e fizeram culminar em os protestos e manifestações toda a insatisfação reprimida, levando idosos, adultos, crianças e principalmente jovens às ruas por todo o país.

Obviamente, era preciso um estopim. E o anúncio do aumento na tarifa dos transportes públicos serviu para essa finalidade, principalmente diante da enorme contradição de um país que admite gastar dezenas de bilhões de dólares com um torneio mundial de futebol e é incapaz de melhorar a qualidade do transporte coletivo e de outros serviços públicos a quem está pagando a conta. Ser submetido a condições sub-humanas no transporte público, pagar muitos impostos, e não ser levado em conta no momento em que demanda serviços públicos, assistindo ainda o mal uso de recursos do tesouro público por governos e representantes políticos que vivem fora da realidade. O povo entendeu que foi a “gota d’água”. E, em todo país, foi pra rua protestar. Não foi necessário a convocação por nenhum partido nem sindicato, muito menos mobilização pelos grandes grupos de comunicação, emissoras de TV ou de rádio. O povo foi às ruas porque chegou “no limite”. Era preciso fazer alguma coisa.

Com isso, ficou evidente a perda de força dos tradicionais veículos de mediação institucional (partidos, mandatos, sindicatos) que tem sua representatividade, legitimidade e credibilidade questionadas a todo instante, agora de maneira pública, ostensiva e contundente. Da mesma forma as mídias, imprensa e meio de comunicação de massa tradicionais se apequenaram. Isso sinaliza que pode estar ocorrendo, ainda que de forma imprecisa, porém célere, uma mudança cultural no país, cujo ponto de partida é o amplo acesso à informação via internet e às interações via redes sociais, o que influencia, sem dúvida, na mudança de mentalidade. Nesse novo contexto, por fim, a população brasileira talvez não se mantenha tão dependente desses velhos veículos de comunicação nem dos de mediação institucional para exigir qualidade dos serviços públicos, da vida política nacional e suas instituições de representação, como também reivindicar uma nova relação entre Estado e Sociedade.

3.6 Potencial revolucionário

Apesar das ostensivas declarações contrárias à política, os manifestantes promoveram um dos mais relevantes acontecimentos políticos na recente história do Brasil. Disseram não ao que aí está, refutando as ações dos Poderes Executivos nas esferas municipal, estadual e federal, bem como as do Poder Legislativo nos três níveis. E quando se abordou acerca da impunidade no país, também o Judiciário foi criticado. Vê-se que começou a se esboçar uma nova concepção de realidade nacional e de relação entre Estado e sociedade a partir desses protestos de rua, ocorridos por todo o país, que inclui a qualidade dos serviços públicos prestados à população e da mediação política.

Os “políticos” ainda estão perplexos e resistentes em aceitar que o povo nas ruas não queira mais, não aceite mais isso que está aí e não que eles transformaram a política e a mediação institucional. O povo não quer esse sistema de mero “troca-troca” que não tem resultado em maior cidadania nem qualidade de vida. Os manifestantes disseram que não se sentem representados por esses políticos nem por esse sistema eleitoral. Querem uma democracia mais participativa, querem uma condição de cidadania mais efetiva. Os representantes políticos, entretanto, não admitem essa possibilidade de uma transformação mais profunda do sistema e tentam encenar várias ações, jogar com

o tempo, usar de astúcias, promessas e outros velhos ardis que fazem dos políticos brasileiros essa caricatura mórbida de homens públicos. Contudo, esse comportamento tende a provocar a consciência e a paciência de um povo ávido por mudanças, podendo converter um processo pré-revolucionário, transitivo para algo novo, num efetivo movimento em direção a transformações mais profundas e céleres.

A ardilosa astúcia dos representantes políticos pode vir saturar a aquiescência do povo e conduzir a um processo de mudança do potencial ao ato revolucionário em si, com todas as possibilidades e consequências que dele possam resultar, perdendo-se a oportunidade de resolver os problemas e tensões pela via transitiva, dialógica e controlável desse contexto atual. Dependendo das respostas e de como for administrado esse processo, não se pode negar a possibilidade rupturas mais profundas, inclusive com possíveis expressões de violência organizada. É quando muitas vezes se perde o controle definitivo das coisas e se mergulha num processo revolucionário tumultuado, intenso e, quase sempre, armado. Esses são contextos que podem levar à quebra da ordem pública, ao caos na ordem social e a um processo de desestruturação violento, que hoje não se deseja. Tais contextos de ruptura profunda com a ordem estabelecida não se dão sem que ocorram quase sempre graves consequências sociais e humanas, ocasionando trágicos resultados. Nesse sentido, importa evitar toda essa confusão imprevisível enquanto existir essa possibilidade, devendo o Estado mediar e conduzir de forma transparente, responsável e dialógica essa situação com a sociedade em movimento de protesto nas ruas.

Por essas razões, é de fundamental relevância atentar para o que está ocorrendo nos protestos de rua pelo país, seus pleitos e reivindicações, pois eles refletem e representam o efetivo poder social, constituído das forças sociais que dão base a todo poder em nossa sociedade e ordenamento – o povo.

É interessante notar que, em que pese a ordem constitucional vigente, parece estar em andamento, nas ruas pelo país a fora, a formação social de uma nova constituição nacional. Independentemente do poder constituído que aí está e vige, a nova constituição não se encontra prevista em nenhuma normativa anterior e seus editores não foram investidos por nenhuma norma jurídica. Formam-se no processo social em andamento. Eles apenas são os titulares legítimos do po-

der soberano e podem simplesmente fazer acontecer a nova ordem. Particularmente, entendo que não precisamos de uma outra ou nova constituição, pois a atual admite a convivência aberta e a liberdade de expressar, de fazer oposição, de se manifestar. Entretanto, não se pode concluir que esse é o entendimento do povo que está nas ruas. Ao contrário, pelo que se percebeu do processo em curso, estão buscando realmente refundar a ordem, fazendo nascer uma constituição das ruas, ainda que num momento transitivo como o que estamos acompanhando. Portanto, há um potencial revolucionário, em andamento a partir dos protestos de junho/2013, no Brasil, que não deve ser ignorado.

3.7 Conclusões provisórias

A característica maior desses protestos de junho/2013, no Brasil, ao lado do uso das redes sociais como meio para articulação e mobilização de multidões, que do virtual chegaram à realidade das ruas, foi o fato deles não terem sido conduzido nem dirigidos predominante por partidos políticos nem sindicatos nem líderes “salvadores da pátria”.

É compreensível que muitos membros de partidos e de sindicatos tenham participado do movimento passe livre e das manifestações, todavia, não foram os partidos nem os sindicatos que comandaram essas sublevações do povo. Antes, em verdade, foram essas instituições de mediação política conduzidas pelos protestos de rua, os quais pautaram de forma descentralizada e espontânea, a partir das redes sociais, as sublevações das ruas. Nem por causa desse caráter difuso e voluntarista, os protestos deixaram de coincidir nos principais pleitos, de modo que a sociedade entendeu e ficou ciente de quais são: o combate à corrupção e à impunidade, a qualidade dos serviços públicos essenciais (transporte, saúde, educação, segurança) e a reforma política. Pautas que não constituem nenhuma novidade para quem vive no Brasil.

Desse modo, pode-se destacar, ainda que de maneira geral e de modo preliminar, que foram essas as principais características dessas manifestações populares ocorridas em junho/2013, no Brasil: a) deflagradas a partir do anúncio de aumento no preço das passagens de ônibus; b) articuladas via redes sociais da internet, inicialmente lideradas pelo movimento passe livre, evidenciando a perda de força

dos meios de comunicação e de imprensa tradicionais; c) comando descentralizado, não submetido nem direcionado por partido político nem sindicado; d) protestos difusos com convergências de pautas ou pleitos principais, embora tenham sido expostas eventualmente algumas pautas específicas; e) antipartidarismo e apartidarismo, mas não apolítico: embora tenham negado “ser político” o processo deflagrado com as manifestações populares, estes manifestantes promoveram o maior conjunto de atos genuinamente político dos últimos tempos no Brasil; f) potencial revolucionário.

Enfim, cumpre frisar o caráter preliminar desses elementos característicos das manifestações populares aqui ressaltados, podendo haver ainda outros não necessariamente aqui apontados. Há muitas outras questões a serem refletidas e examinadas. O processo ainda está em curso.

4. Manifestações populares à luz da Constituição Federal em vigor

A Constituição Federal vigente, promulgada em 1988, resultado do processo de reabertura política do Brasil, recém-egresso de um regime político fechado, dirigido por militares, num contexto de debate entre os partidários do liberalismo, do socialismo e da socialdemocracia, conferiu ao povo brasileiro a condição de fonte de todo poder:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

O povo é titular do poder soberano, de forma inalienável, podendo exercê-lo de forma direta ou indireta, via representantes eleitos. Prevê ainda, no art. 5º, o direito à livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato, o direito de expressão intelectual, artística, científica,

o direito de locomoção, o direito de reunião e o direito de associação, dentre outros. Assegura, no art. 14, o direito ao voto direto e secreto, ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular, como instrumentos de democracia direta, embora estes últimos sejam raros e estejam submetidos a regras rígidas e obstrutivas. Apenas o voto é empregado com regularidade efetivamente, contudo, somente ele não tem sido suficiente para aprimorar a experiência democrática, apesar de sua altíssima relevância. Ainda assim, mesmo que todos esses meios de democracia direta concretamente funcionassem, o problema fundamental não é realmente esse.

O problema essencial é que os representantes acostumaram a se considerar donos do poder do soberano, donos do mandato que exercem e a se porem acima das leis, inclusive praticando ações ignóbeis. Para agravar o cenário, o sistema eleitoral e representativo que adotamos contribui para potencializar os vícios dos representantes eleitos. O resultado é tudo o que está aí e para o qual o povo reivindicou nas ruas, durante as manifestações, a sempre urgente e sempre adiada reforma política, o combate à impunidade e à corrupção.

Muitos julgam ser necessária a convocação de uma nova Constituinte para elaborar a reforma política e, quiçá, uma nova Constituição. Outros, aos quais me incluo, pensam que isso não é necessário; que a reforma política pode ser feita sem ser necessária a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte; e que a atual Constituição resguarda o poder soberano do povo, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos do Estado brasileiro. Existe previsão legal suficiente e adequada para legitimar toda manifestação popular, social, política e partidária, dentre outras. Além disso, a Constituição atual pode ser, como tem sido, emendada. Por essas razões, não concebo ser necessária uma nova Constituição.

Mesmo assim, em caso de riscos à democracia e ilegitimidades, no artigo primeiro, a atual Constituição Federal prevê o fundamento para resgatar em favor do povo, a qualquer tempo, o poder soberano que por ventura lhe tenha sido usurpado, bem como prevê o artigo quinto e o artigo catorze direitos, garantias e instrumentos de democracia direta. Em que pese a formalidade e a rigidez no qual ainda estão submersos esses direitos, garantias e instrumentos, carecendo de maior efetividade – o que é um problema de alteração via de emenda ou de

aplicação de direitos e garantias –, eles já estão previstos na Constituição.

Em síntese, a atual CF reconhece a legitimidade de todas essas manifestações populares, a liberdade de realizá-las, desde que se resguarde a lei, a ordem pública e o patrimônio público e privado, além de prevê os demais direitos e garantias do povo, inclusive o de resistir às arbitrariedades, aos abusos, e de exigir pleno cumprimento das disposições constantes na própria Constituição Federal, podendo ser ainda emendada, em rito próprio.

Nessa perspectiva, em nosso entendimento, não é imprescindível que se elabore uma nova Carta Política para o país, mesmo porque não é a simples existência da lei que, por si só, muda a realidade, transformando-a para melhor ou para pior. Aplicar a lei é fundamental para que ela tenha efetividade e se possa construir a realidade que se almeja. E isso depende de que as forças e os segmentos sociais, econômicos, políticos, culturais se ponham em movimento na direção dos princípios, objetivos e prioridades firmados no pacto nacional. Mesmo assim, diante do exposto, a palavra final permanece sendo a do povo, legítimo titular do poder soberano. E se ele, enfim, ignorando tudo o que se fez até aqui para edificar um regime aberto no país, pretender refundar o pacto nacional, tecendo social e juridicamente uma nova Constituição, tem ele esse imprescritível e inalienável direito.

Considerações finais

Procuramos nesse artigo refletir acerca do significado das manifestações populares que sacudiram o Brasil, em junho/2013, discutindo sobre suas características, temas principais e possíveis consequências sociopolíticas no contexto dos vinte e cinco anos da atual Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988.

Ao final desse percurso, cumpre-nos interrogar: para onde vai país? bastará a reforma política? com ou sem Constituinte? correremos o risco de uma outra centralização e fechamento político do país? ou estamos mais expostos ao risco de uma anarquia experimentalista e negligente? quais as perspectivas sociais, políticas e econômicas do Brasil?

Essas e muitas outras questões não podem ser respondidas sem a efetiva e qualitativa participação do povo, seja nas ruas seja nas instituições com as quais interage. As manifestações deixaram claro que o povo almeja uma nova ordem de coisas, desde a qualidade dos serviços públicos, passando pela economia e eficácia de suas instituições política, até a revisão da relação entre o Estado e a sociedade numa perspectiva cidadã.

Nós, cidadãos brasileiros, estamos cansados de tanta injustiça e miséria num país tão rico, de tanto descaso para com a qualidade de vida do mais humilde ao mais graduado nacional, de tanto vício da cultura “de levar vantagem em tudo e sobre todos” sobre a cultura da decência, de tanta corrupção e mal uso de recursos públicos, de tanta formalidade, “bossalidade” e cinismo num país de aspirantes a plutocratas, mas que ainda nem aprendeu a respeitar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Os manifestantes brasileiros exigiram nas ruas apenas que se faça o óbvio. E foi isso que as manifestações populares de junho/2013 trouxeram à tona e revelaram – o surpreendente “óbvio”. E por quanto tempo terá a sociedade brasileira que protestar pelo “óbvio”? A resposta é simples: o povo terá de ir às ruas, retomar o poder e o reformar quantas vezes forem necessárias até que o “óbvio” seja finalmente providenciado e realmente oportunizado a todos os cidadãos. É o mínimo que o cidadão pode exigir. Retome-se, por conta disso, a lição de Rudolf von Ihering: “todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta” (1999, p. 1). Lutemos, enfim, pelo direito ao “óbvio”!

Desse modo, esta limitada reflexão, por ocasião dos 25 anos da CF, apontou talvez mais perguntas do que respostas, mais problemas do que soluções. É que no caminho para se chegar a estas precisamos inevitavelmente passar por aquelas. Assim, tecemos essa inconclusa contribuição. Que ela sirva ao menos como uma provocação para continuarmos na busca para compreender e melhorar a realidade em que vivemos.

Referências

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41ª ed. Porto Alegre: Globo, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). SP: ed. Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 5ª ed. SP: Saraiva, 1979.
- HANS, Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª. ed. SP: Martins Fontes, 1998.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: editora Forense, 1999.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: ed. Albatroz, 1954.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª. ed. SP: ed. Saraiva, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Do Estado Nacional para o Estado Global: o declínio da democracia. In: *Impulso: direito e globalização*. Revista de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: Unimep. Vol 14, nº 33, jan./abr. 2003.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. SP: Editora Cultrix, 1995.
- ROVER, Aires José (org.). *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- Revistas “Veja”, SP, mês de junho/2013.
- Revistas “Época”, SP, mês de junho/2013.
- Jornais “A Crítica”, AM, mês de junho/2013.
- Jornais “Folha de São Paulo”, mês de junho/2013.
- Jornais “Estado de São Paulo”, mês de junho/2013.



Cabral e Ulysses, durante a Assembleia Nacional Constituinte.

José Bernardo Cabral é amazonense de Manaus. Nasceu em 27 de março de 1932. É advogado e presidiu, no período de 1981/1983, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi deputado federal por duas vezes. Na primeira, foi cassado pelo AI 5. Na segunda, tornou-se Relator da Constituição brasileira de 1988. Foi ministro da Justiça e senador. É membro da Academia Amazonense de Letras e da Academia Carioca de Letras. É, também, consultor da Confederação Nacional do Comércio.

A Editora da Amazônia e a Escola Superior da Magistratura do Amazonas agradecem aos apoiadores culturais por integrarem este meritório projeto, assim como aos coordenadores e autores pelos esforços despendidos e pela disponibilização gratuita de seus respectivos textos para que esta edição histórica, que comemora os 25 anos da Constituição brasileira de 1988 e, ao mesmo tempo, homenageia o seu ilustre Relator, o jurista amazonense J. Bernardo Cabral, se tornasse possível.

