



**CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO
- CETREI -**

**Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza**

**Fortaleza-CE - 2007
Ano 15 - Volume 15**

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

- 1 O JUIZ HÉRCULES DE DWORKIN, A EQUIDADE E O PÓS-POSITIVISMO 09
Gustavo César Machado Cabral
- 2 FEDERALISMO: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS 25
Etiene Coelho Martins
- 3 PLANO DIRETOR E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA..... 51
Caroline Pontes Almeida
- 4 A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL..... 71
Lenio Luiz Streck
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
- 5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS MUNICIPAIS..... 103
Alberto de Magalhães Franco Filho
- 6 ESTUDO DE CASO CONCRETO (LEADING CASE) - ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE INTERPRETATIVA APRESENTADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL EM DESCUMPRIMENTO À ADPF N. 144 E DA POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 123
Cláudio José Amaral Bahia
Ana Carolina P. Abujamra
- 7 DA(IR) RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE..... 151
Tais Nader Marta
Ana Carolina P. Abujamra
- 8 REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL ADEQUADA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL..... 177
Luciela Maria de Aquino Cabral
- 9 A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL À LUZ DO MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL..... 211
Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli

- 10 REFLEXÕES SOBRE MECENATO CULTURAL..... 235
Andrine Oliveira Nunes
- 11 A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA.. 255
João Araújo Monteiro Neto
- 12 POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOAMBIENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA GESTÃO
PÚBLICA E O MOVIMENTO SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL 271
Rejane Ester Vieira
- 13 REFLETINDO EM TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DA
RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E DO ESTADO FACE
À CRISE ECONÔMICA FINANCEIRA..... 293
José Julito da Ponte Neto
Alberto Lopes de Oliveira Junior
- 14 O TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO E SEUS REFLEXOS NA
RESPONSABILIDADE CIVIL 311
Bianca Gabriela Cardoso Dias
- 15 PERSONALIDADE: CONCEITO E INÍCIO NA PERSPECTIVA DA
DOCTRINA CONSTITUCIONAL-CIVILISTA..... 329
João Luiz Pinheiro de Souza
Joyceane Bezerra de Menezes
- 16 O PODER MODERADOR..... 345
Sérgio Borges Nery

PARECERES

- 1 ANÁLISE DA MINUTA DO PROJETO DE LEI DE PATRIMÔNIO
HISTÓRICO, CULTURAL E NATURAL DE FORTALEZA 359
Newton de Menezes Albuquerque
Rodrigo Vieira Costa
- 2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTA
PARA REALIZAR SHOW NO EVENTO "RÉVEILLON FORTALEZA
2008" 379
Daniele Cavalcante Dias
Rodrigo Vieira Costa

TRABALHOS FORENSES

- 1 DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.
PROVIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPETRADO
PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO
FISCAL. ART 135, III, DO CTN..... 395
- NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA..... 401

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza comemora o lançamento da edição de número 15 de sua Revista, dando continuidade à publicação periódica de artigos científicos, peças processuais, decisões e pareceres jurídicos, que se consolidou na Instituição desde 1992. Com a edição deste número, a Procuradoria Geral do Município dá continuidade à publicação da Revista que, desde o número anterior, assumiu o compromisso de atualizar sua periodicidade e adequá-la aos novos padrões estabelecidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, contribuindo para a consolidação de um debate jurídico regional e nacional de qualidade.

Neste novo número, recebemos contribuições de excelência das mais variadas possíveis, de autoria de procuradores do Município e estagiários, advogados, mestrandos, doutorandos, professores universitários e estudantes, que envolvem toda a diversidade de temáticas jurídica relacionadas ao Direito Público.

A participação dos colegas procuradores nesta publicação é de grande valia, eis que enobrece e legitima o periódico, abrilhantando a discussão de assuntos recorrentes e contribuindo para a socialização de um conhecimento de nível elevado. Igualmente, o contributo de autores externos fortalece a exogenia da Revista, cuja credibilidade ganha cada vez mais espaço na ambiência profissional e no meio acadêmico.

Não poderia olvidar em render os votos mais estimados àqueles que, através do Centro de Estudos e Treinamento – CETREI, emprestam seus melhores esforços no sentido de elevar

academicamente cada vez mais o nível intelectual de procuradores, estagiários e servidores municipais, por isso as mais sinceras estimas ao Dr. Henrique Araújo Marques Mendes, ao Procurador Juraci Mourão Lopes Filho e à servidora e professora Roberta Laena Costa Jucá. Também, pelo apoio dado ao aprimoramento da Procuradoria, por meio de ações que priorizam a capacitação permanente e contínua de seus quadros, não poderia esquecer de render agradecimentos à Prefeita de Fortaleza.

Fortaleza, dezembro de 2007.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Procurador-Geral do Município

O JUIZ HÉRCULES DE DWORKIN, A EQÜIDADE E O PÓS-POSITIVISMO

DWORKIN'S JUDGE HERACLES, EQUITY AND "PÓS-POSITIVISMO"

Gustavo César Machado Cabral

Mestrando em Ordem Jurídico-Constitucional pela
Universidade Federal do Ceará (UFC).

Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP).
Advogado.

E-mail: gustavo_cesar@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS; 2 APRESENTAÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN; 3 O JUIZ HÉRCULES; 4 O PÓS-POSITIVISMO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INICIAL EXPLICATIONS; 2 INTRODUCTION TO RONALD DWORKIN'S THOUGHT; 3 JUDGE HERACLES; 4 "PÓS-POSITIVISMO"; 5 FINAL CONCLUSIONS; 6 BIBLIOGRAPHY.

Resumo: Este artigo tem como principal proposta apresentar uma descrição do Juiz Hércules, uma criação ideal e hipotética de Ronald Dworkin. Primeiramente, são introduzidos os pontos importantes do pensamento de Dworkin, como a sua oposição à tradição positivista inglesa, o conceito de *hard-cases* e as diferenças entre regras e princípios. O Juiz Hércules foi imaginado para servir de parâmetro aos juízes reais, especialmente quando eles enfrentam um *hard-case*. O dever do juiz não é somente decidir qual lei pode ser adequada ao caso; ele deve escolher a melhor solução, aquela cujos efeitos sejam os mais corretos. Esse modelo foi criado especificamente para sistema judicial dos Estados Unidos, que é baseado no *common Law*. Apesar disso, o Juiz Hércules pode ser útil ao sistema judicial brasileiro, porque as decisões judiciais estão mais importantes no contexto atual, o que aumenta a importância da equidade. Nas partes finais do trabalho, é apresentado o atual momento da Filosofia do Direito, batizado no Brasil de Pós-Positivismo, e a conclusão do texto afirma a aplicabilidade do modelo ideal de Dworkin no Brasil, principalmente depois da diminuição de interesse no Positivismo Jurídico e do aumento de importância do Pós-Positivismo e da nova Teoria do Direito. Por último, a concepção de Dworkin da "decisão mais correta" é criticada.

Palavras-chave: Juiz Hércules. Equidade. Pós-Positivismo.

Abstract: This paper has as its main propose to present a description of Judge Heracles, an ideal and hypothetical creation of Ronald Dworkin. Firstly, it is introduced the most important points of Dworkin's thought, as his opposition to the English positivist tradition, the concept of hard-cases and the differences between rules and principles. Judge Heracles was imagined to serve as a parameter to the real judges, especially when they face a hard-case. The judge's duty is not only to decide which law could be adequate for the case; he must choice the best solution, the one whose effects would be the most correct. This model was created specifically to the United States Judicial system, which is based on common law. Although that, Judge Heracles could be very useful in Brazilian Legal system, because judicial decisions are most important in the current context, what increases the importance of equity. In the final sections of the work, it is presented the contemporary moment of Legal Philosophy, which was named in Brazil "Pós-Positivismo", and the text's conclusion affirms the applicability of Dworkin's ideal model in Brazil, mainly after the accrual of interest in Legal Positivism and the increase of importance of "Pós-Positivismo" and the new Legal Theory. Lastly, Dworkin's conception of "the most correct decision" is criticized.

Keywords: Judge Heracles. Equity. "Pós-Positivismo".

1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Este artigo tem como objetivo apresentar uma descrição do juiz Hércules, figura hipotética e ideal criada por Ronald Dworkin para servir como modelo de como o juiz deveria atuar dentro do sistema criado por ele. Essa descrição passa, necessariamente, pois dois outros aspectos, que serão igualmente abordados aqui.

O primeiro deles é a questão da equidade, que recebeu de Dworkin muita importância, especialmente nas situações que ele chamou de *hard-cases*; num segundo momento, pretende-se encaixar a discussão sobre o juiz Hércules e sobre a equidade na perspectiva do pós-positivismo, o qual, segundo a majoritária doutrina nacional, seria o momento em que estaríamos inseridos contemporaneamente.

Assim, relacionando esses três pontos, pretende-se contribuir para a consolidação da idéia de que o momento atual na aplicação do Direito nos parece singular, o que fortalece a necessidade de se analisar a importância e a adequação de um modelo ideal de juiz, como estabeleceu Dworkin.

2 APRESENTAÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Antes de entrarmos nos temas principais deste trabalho, acreditamos que é importante que passemos, primeiramente, por uma etapa introdutória, na qual traçaremos as características principais do pensamento do autor sobre o qual recai o nosso estudo, Ronald Dworkin, apresentando sucintamente alguns elementos que reputamos essenciais para as suas teses.

Autor de obras que são objeto de estudo da Filosofia e da Teoria do Direito e do Direito Constitucional desde meados dos anos 70, Dworkin apresenta teses que vão precisamente de encontro ao que a filosofia do direito de matriz anglo-saxônica defendia, já que esta, influenciada sobremaneira pelo positivismo de John Austin¹ e, mais recentemente, de Herbert Hart², não via outro caminho na aplicação do Direito do que não fosse o apego fiel à lei³.

Dworkin, por sua vez, reconhece que haveria momentos em que o juiz realmente deveria seguir a lei estritamente, quando a lei fosse precisa no que quisesse determinar. Diante dessas situações, aplicar-se-iam as regras, espécie normativa regida pela idéia do "tudo ou nada": "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 1999, p. 39).

Há, contudo, situações mais complicadas, em que o juiz se depara com casos que devem ser solucionados, ainda que a resposta não seja obtida mediante a aplicação da "fórmula matemática" tão cara ao positivismo formalista, exigindo do magistrado um complexo raciocínio jurídico (MENDES, 2008, p. 38).

Segundo a tese dos positivistas ingleses, quando o juiz se deparasse com casos em que não fosse possível a aplicação direta

1 John Austin (1790-1859), autor das obras seminais *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) e *Lectures on Jurisprudence*, publicado postumamente. Sobre o autor, cf. BOBBIO, 1995, p. 105-118.

2 Herbert Hart (1907-1992), cuja principal obra foi *The Concept of Law* (1961).

3 Sobre as críticas que Dworkin faz diretamente às teses desses dois pensadores inglês, cf. DWORKIN, 1999, p. 27-35.

do direito posto (ou das regras, na terminologia de Dworkin), estaríamos diante de uma situação em que o poder do juiz seria discricionário, cabendo a ele criar direitos. Dworkin, ao contrário, afirma que o juiz não cria direitos retroativamente, mas *descobre* quais os direitos que se aplicam a esses casos por ele batizados de *hard-cases* (DWORKIN, 1999, p. 127). Para tanto, leva em consideração não somente o direito posto, mas as premissas morais presentes no ordenamento (cf. MENDES, 2008, p. 73).

A esses *hard-cases*, desta forma, seriam aplicados os *princípios*, espécies normativas de natureza mais abstrata do que concreta, mais genérica do que precisa; ou seja, exatamente o contrário do que ocorreria com as regras. Dworkin é claro ao falar de princípios:

Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1999, p. 36).

Fica evidente que, na composição dos princípios, estão presentes elementos valorativos, como a justiça, a qual se liga diretamente à moral. Em razão da subjetividade que cerca a dimensão moral, não seria possível afirmar que um princípio é válido ou inválido, ainda que o seu conteúdo não se aplique totalmente a um caso. Nesse ponto, diferem das regras⁴, podendo e devendo ser conjugados uns com os outros, em razão de possuírem uma dimensão de peso quando da colisão entre princípios⁵, o que implica afirmar que estes não determinam absolutamente uma decisão, como ocorre com as regras, mas contêm os fundamentos dela (cf. ÁVILA, 2007, p. 36).

4 "No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial". SILVA, 2009, p. 45.

5 "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio particular é mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é". Cf. DWORKIN, 1999, p. 42-43.

Como se percebe, nos *hard-cases*, o papel do juiz é fundamental, pois descobrir o direito em meio a conceitos abertos e de difícil precisão é tarefa árdua. Exige-se, desta forma, que o juiz possua uma capacidade extraordinária para decidir os casos difíceis. Por isso, Dworkin criou uma figura hipotética, que servia de modelo de atuação judicial, a qual será analisada a seguir.

3 O JUIZ HÉRCULES

Esclarecido o que seriam os casos difíceis e que neles seriam aplicados os princípios, espécies normativas diferentes das regras⁶, passa-se agora ao exame de como deve ser essa aplicação. Para tanto, Dworkin imaginou uma figura ideal, dotada de "capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" (DWORKIN, 1999, p. 165), chamado de Hércules, em uma analogia à figura mitológica, justamente pelas suas virtudes extraordinárias.

A principal tarefa de Hércules é fazer com que os erros, quando da tomada de decisões, sejam mínimos. O autor não deixa dúvidas de que Hércules pertence a uma corte americana (DWORKIN, 1999, p. 165), o que o vincula ao sistema do *common Law*. Essa informação é extremamente importante em razão do papel desempenhado pela equidade e pela teoria do precedente no referido sistema. Ora, como juiz ideal, Hércules deve fornecer justificativas coerentes a todos os precedentes do sistema, pois é essencial que, num Estado, todos os princípios estejam dispostos de forma coerente, em obediência à integridade.

Enquanto o papel do legislativo seria tornar o conjunto de leis de uma sociedade um todo moralmente coerente, caberia ao judiciário, na interpretação dessas leis, entendê-las como um conjunto

6 Não nos aprofundaremos na discussão dos conceitos e das espécies de normas, em virtude de o termo ser amplo e de haver vasta bibliografia nesse sentido. Para bem compreender o tema, além da leitura de Dworkin, é fundamental o estudo da diferenciação estabelecida por Robert Alexy. Cf. ALEXY, 2008, p. 85-179. Apesar de algumas diferenças fundamentais entre Alexy e Dworkin, especialmente na definição do que seriam efetivamente os princípios ("Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas". ALEXY, 2008, p. 90), a essência da classificação é semelhante nos dois autores, pois, segundo Alexy, "Toda norma é ou uma regra ou um princípio". Cf. ALEXY, 2008, p. 91.

moralmente coerente⁷. Para esse entendimento, é necessário um exercício que Dworkin chamou de “romance em cadeia”, em que o juiz exerce papel de autor no direito consuetudinário, pois interpreta as decisões do passado e acrescenta uma opinião que lhe é peculiar sobre aquela decisão (cf. DWORKIN, 2003, p. 271), atuando, ao mesmo tempo, como autor e descobridor.

Dworkin indica que Hércules reconhece a importância dos precedentes judiciais, atribuindo-lhes “força gravitacional”, pois atraem para o conteúdo da sua decisão casos semelhantes (DWORKIN, 1999, p. 175). Essa força gravitacional “pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” (DWORKIN, 1999, p. 276). Relacionam-se diretamente, desta forma, os precedentes e a equidade, como decisões semelhantes em casos semelhantes.

Um juiz, ao se deparar com um caso difícil, não deve simplesmente aplicar mecanicamente a lei nem muito menos o precedente judicial existente para o caso semelhante; as decisões podem ser explicadas histórica, psicológica ou sociologicamente, mas isso não implica a desnecessidade de uma justificação plausível, muito pelo contrário; para obter essa justificação, Hércules deve se valer de princípios convincentes, sob pena de agir arbitrariamente, situação por ele indesejada (DWORKIN, 1999, p. 186). Dessa forma, o mais importante não é simplesmente existir um dado precedente para determinado caso, mas, sim, que esse precedente se adéque ao caso, não somente em razão de ser a situação semelhante, mas, principalmente, pela necessidade de se dar à discussão o desfecho moralmente mais correto.

Dworkin distingue os argumentos em duas espécies, os de princípio e os de política (*policy*); enquanto os primeiros justificam a decisão política e mostram que essa respeita um direito moral do indivíduo, os segundos justificam a decisão em função de determinado objetivo coletivo (cf. MENDES, 2008, p. 36-37).

7 Cf. SOARES, Natália Lourenço. *Uma relação entre o tipo ideal de legislação de Jeremy Waldron e o juiz-modelo Hércules de Ronald Dworkin*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/analises/recife/politica_natalia_soares.pdf. Acesso em: 20/03/2009.

Enquanto o Legislativo tem o monopólio sobre as decisões políticas, o Judiciário só pode se utilizar de argumentos de princípios⁸. Entretanto, isso não significa que, ao ultrapassarem decisões políticas, os juízes estão a legislar, uma vez que “o argumento de princípio triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral” (MENDES, 2008, p. 37), o qual não poderia se submeter a decisões da maioria.

Assim, a atuação do juiz ideal deveria se dar sempre no sentido da tomada da decisão moralmente correta, ainda que haja contradição com a predominância das decisões judiciais para casos semelhantes, já que o moral nem sempre seria semelhante ao que a maioria pensa. Para isso, contudo, Hércules deve usar argumentos fortes que justifiquem a sua decisão, ou seja, deve lançar mão dos princípios mais adequados para aquele caso.

Conclui-se, então, que Dworkin crê na possibilidade de uma decisão judicial, independentemente do seu grau de aceitação na comunidade, ser errada, cabendo ao juiz, para provar isso, constatar que tal decisão não é “equitativa no âmbito do conceito de equidade da própria comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 191).

Portanto, a equidade ganha papel de relevo nas teses de Dworkin. Sua origem remonta a Aristóteles, que distinguia a *equidade do equitativo*: enquanto este, “embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal” (GRAU, 2008, p. 281)⁹, a equidade “aparece como meio complementar para a superação das previsíveis injustiças oriundas da aplicação da lei como preceito genérico” (BITTAR, 2003, p. 1320-1321).

Aristóteles antevê que a lei, por si só, é incompleta, pois não conseguiria prever todos os casos, sendo descrição genérica. Essa generalidade poderia, por vezes, prejudicar os indivíduos, pois estes

8 É relevante a menção de Mendes de que “o argumento de princípio não se baseia no balanceamento de interesses contrapostos, em critérios para distribuição de recursos dentro da comunidade, na vontade da maioria, como o de *policy*, mas na consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral”. MENDES, 2008, p. 38.

9 Não é unânime a doutrina sobre o equitativo corresponder ao justo: “O equitativo parece ser justo, porém é algo que a ele se assemelha, sem com ele se confundir. O equitativo é o justo que está fora da lei escrita”. BITTAR, 2003, p. 1320.

poderiam viver circunstâncias particulares não abrangidas pela lei, provocando um tratamento genérico que poderia ser nocivo. O juiz, então, deve usar do seu poder para corrigir essas injustiças¹⁰.

Dworkin segue as lições aristotélicas e reconhece a importância da equidade, principalmente dentro do sistema do *common Law*. Mas, ainda assim, percebe a possibilidade de haver não somente leis injustas dentro desse sistema, mas, também, de existirem decisões que vão de encontro ao que a comunidade crê ser equitativo. Assim, tem o juiz o poder e o dever de corrigir essas distorções, afastando-se da força gravitacional do precedente, caso este não se possa aplicar ao caso, devendo agir como o juiz Hércules, na busca incessante pela adequação moral dos fundamentos de cada uma das suas decisões.

4 O PÓS-POSITIVISMO

Neste tópico, examinaremos, de modo ligeiro, o que a doutrina chama de *pós-positivismo*. A análise não será aprofundada, sob pena de se desviar o foco do trabalho.

O pós-positivismo está atrelado às mudanças que ocorreram no mundo nos últimos tempos. O século XX proporcionou uma série de revoluções que implicaram mudanças de perspectiva em praticamente todas as áreas. Os avanços nas comunicações, por exemplo, proporcionaram a “interconexão de todas as regiões do planeta através de uma malha de redes, criando assim uma realidade global, intermediada por uma realidade virtual, o ciberespaço” (COSTA, 2006, p. 116). O mundo atual, em virtude disso, está interligado, o que proporciona uma infinidade de informações, possibilitando o conhecimento de realidades culturais das mais diversas¹¹.

10 “A solução equa volta-se menos para a própria lei aproximando-se mais da liberdade de julgamento, função exercida pelo árbitro (*diaktes*)”. BITTAR, 2003, p. 1321.

11 Zygmunt Bauman critica essa nova realidade: “Ela [a anulação tecnológica de distâncias temporais/espaciais] emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar”. BAUMAN, 1999, p. 25.

Essa conexão implica que culturas diferentes passaram a conviver em um mesmo espaço e simultaneamente mais freqüentemente. Vive-se um momento em que as migrações são constantes, o que tem como consequência o fato de que, em uma região onde antes toda a população guardava uma identidade cultural, deixou-se de ter esse aspecto puro, passando a ser cada vez mais presente a diversidade cultural. Isso acarreta a necessidade de se ampliar a proteção aos grupos minoritários, pois eles também fazem parte daquela sociedade, ainda que não estejam em menor número¹².

Outro ponto que sofreu mudanças drásticas foi a filosofia. Com as chamadas reviravoltas lingüística e pragmática, o foco central da filosofia passou a ser a linguagem (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 11). É através da língua que os homens se comunicam e interagem, permitindo a construção da comunidade. Viver em sociedade não seria possível sem a linguagem, da mesma forma que os saberes humanos, os elementos culturais, não existiriam sem a linguagem¹³.

Essa importância conferida à linguagem não passou despercebida pelo Direito; passou-se não somente a relacionar Direito e linguagem¹⁴, como, também, a se repensar o conceito de norma jurídica¹⁵, em virtude do que a filosofia analítica apresentou ao longo do século XX¹⁶.

Nas artes, enquanto o começo do século XX foi palco do modernismo, quando se tentou romperem os laços com o academicismo do século anterior, a partir dos anos 1960 verificou-se uma tendência de se romperem as construções vigentes. Esse

12 Sobre o tema, cf. COSTA, 2008, p. 279-288; LOPES, 2008, p. 161-169. Sobre as relações entre povos com culturas diferentes na contemporaneidade, Samuel Huntington, abordando especificamente as relações entre o Ocidente e o Islã, fala em “choque de civilizações”. Cf. HUNTINGTON, 2001, p. 175-291.

13 “A reviravolta lingüística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística”. OLIVEIRA, 2001, p. 13.

14 Sobre o assunto, cf. WARAT, 1995.

15 Marcelo Lima Guerra apresenta interessante conceito de norma jurídica. GUERRA, 2004, p. 67-88.

16 Conceito dos mais importantes para essa nova perspectiva da norma jurídica é o de atos da fala, tanto sob o enfoque de John Langshaw Austin quanto de John Searle. Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 149-200.

rompimento, ao contrário do que propôs o modernismo, não significaria esquecer a herança daquilo que se queria superar; ao contrário, o superado serviria de base para o novo, que emergiria "por cima dos escombros".

Essa tendência teve em Jacques Derrida um dos seus maiores suportes. O pensador franco-argelino foi o mentor do *desconstrutivismo*, movimento que pretendia, como o nome já indica, desconstruir aquilo que já estava determinado¹⁷; o que restasse dessa operação seria a matéria-prima para que se construísse uma nova realidade, aliada aquela sempre aos elementos contemporâneos, que ainda não existiam quando do soerguimento daquilo que foi objeto da desconstrução. Conseqüentemente, esta não estaria livre de uma nova desconstrução, que daria luz a outra realidade, e assim sucessivamente, num movimento dialético intenso e constante.

Especificamente no âmbito jurídico, não seria exagero afirmar que o pós-positivismo teria surgido dessa perspectiva. Na tentativa de se romper com o positivismo, tendência que, desde o princípio do século XIX, surgia como majoritária, não se abandonou totalmente o seu legado; muito pelo contrário, pois se partiu dele. Serviu o positivismo como base para que se construísse o pós-positivismo, sem se esquecer, logicamente, da realidade da segunda metade do século XX e dos episódios históricos que deram ao período a configuração que ele possui.

Nesse diapasão, faz-se essencial enumerarem-se as características principais do modelo positivista jurídico, e, para isso, serão apresentados os elementos apontados por Bobbio como sendo inerentes ao positivismo: a) o direito seria um fato e não um valor, b) o direito seria definido em função da coação, c) a lei seria a fonte preeminente do ordenamento, d) a norma se caracterizaria por ser um imperativo, e) o ordenamento jurídico seria completo,

17 "Os pós-modernistas também tendem a aceitar uma teoria bem diferente quanto à natureza da linguagem e da comunicação. Enquanto os modernistas pressupunham na relação rígida e identificável entre o que era dito (o significado ou 'mensagem') e o modo como estava sendo dito (o significante ou 'meio'), o pensamento pós-estruturalista os vê separando-se e reunindo-se continuamente em novas combinações". O 'desconstrucionismo' (movimento iniciado pela leitura de Martin Heidegger por Derrida no final dos anos 60) surge aqui como um poderoso estímulo para os modos de pensamento pós-modernos". HARVEY, 1994, p. 53.

f) a interpretação seria mecânica, baseada na lógica formal, g) a lei deveria ser respeitada de modo absoluto¹⁸.

As mudanças políticas oriundas das guerras mundiais tiveram reflexos no âmbito jurídico, e os ordenamentos mudaram as suas configurações: da identificação entre Direito e lei, comum até a 2ª Guerra Mundial, passou-se a uma visão mais ampla do ordenamento, o qual passou a fazer menções freqüentes a elementos extra-legais pouco caros ao positivismo, como a questão moral.

As constituições européias do período representam bem essa tendência, sendo exemplo consagrado a Lei Fundamental de Bonn, de 1949¹⁹. Embora não tenha havido um retorno ao positivismo, o que implicaria um retorno à busca incessante pelo Direito Natural, não há como negar que elementos morais, tais como as teorias da justiça, passaram a fazer parte dos ordenamentos.

O pós-positivismo, portanto, seria a síntese do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, caracterizando-se pelo fortalecimento das constituições, o reconhecimento de um caráter normativo dos princípios, o surgimento das cortes constitucionais^{20 21}, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de teorias dos direitos fundamentais que têm como base a dignidade da pessoa humana²². Ter-se-ia como superados os modelos de estado liberal e social, para se atingir o Estado Democrático de Direito, que seria a fórmula política das constituições contemporâneas (cf. GUERRA FILHO, 2005, p. 16).

18 Bobbio aprofunda cada um desses pontos. Cf. BOBBIO, 1995, p. 131-232.

19 Sobre a questão dos direitos fundamentais na Constituição Alemã vigente, cf. HESSE, 1998, p. 225-288. Para uma visão brasileira do assunto, cf. BITAR, 1996, p. 10-12.

20 Sobre o surgimento das Cortes Constitucionais, é relevante verificar as discussões entre Carl Schmidt e Hans Kelsen. Cf. DINIZ, 2002, p. 140-180.

21 "O espaço constitucional será ocupado por outro poder, que irá tomar a constituição em suas mãos e se arrogará o monopólio da concretização constitucional: surge o momento dos tribunais". BERCOVICI, 2008, p. 322.

22 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neonconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&ep=1>. Acesso em: 20/03/2009.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio às mudanças conjunturais que a segunda metade do século XX proporcionou, tem-se que a teoria de Dworkin é das que melhor representa esse período, não somente porque reconhece a importância de elementos extra-legais para a aplicação do Direito, mas, fundamentalmente, porque insere neste elementos morais, como a busca pela justiça, a qual é parte de uma concepção ampla, não deixando de abranger os casos particulares que, hipoteticamente, não seriam previstos pelas fontes do Direito.

O juiz tem o dever de julgar todos os casos, pois o ordenamento lhe dá subsídios para tanto, seja a partir de regras, de princípios expressos ou de princípios implícitos. Os princípios fundamentam as decisões e devem ser aplicados de modo a corresponderem à decisão mais correta para o caso, fazendo justiça e tratando o caso da melhor maneira.

O modelo de juiz criado por Dworkin, o do juiz Hércules, não é real, e o próprio autor está ciente disso. É, na realidade, um modelo a ser seguido, pois consegue sopesar brilhantemente todos os princípios envolvidos em uma questão judicial, encontrando a solução adequada ao caso, ainda que se trate de um *hard-case*.

Apesar de ter sido pensado para um sistema em que a equidade tem papel de destaque, o modelo do juiz Hércules é cada vez mais utilizado em países de tradição do *civil Law*, como o Brasil. Não somente porque a força das decisões judiciais vem crescendo, muito em virtude da atuação dos tribunais em controle de constitucionalidade, mas porque, em muitos casos, a legislação vigente não mais condiz com a realidade, sendo necessário que os juízes escolham uma solução justa e adequada para cada caso, mesmo que ela não esteja prevista legalmente ou que contradiga a própria lei vigente e ineficaz.

Para finalizar, uma rápida observação precisa ser feita. Em que pese a importância e a adequação da teoria elaborada por Ronald Dworkin, uma falha deve ser ressaltada. O autor reconhece a possibilidade de o juiz, ainda que este seja o idealizado, encontrar a

resposta correta para o caso em discussão. Ainda que se trate de um juiz ideal, afirmar que Hércules pode encontrar a solução correta pressupõe que existe *uma* resposta correta, aquela que deve ser buscada pelos magistrados.

Essa concepção não nos parece adequada, já que a relação certo/errado pressupõe serem absolutas cada uma das posições. A filosofia do século XX, a partir da reviravolta lingüística e da pragmática, vem se mostrando tendente a uma posição diversa, e, no âmbito da hermenêutica jurídica, o pensamento de Gadamer é o maior representante da tendência que defende não um método para se encontrar a verdade, mas várias verdades, pois cada intérprete traz, quando da interpretação, um horizonte seu, com experiências próprias. Portanto, sob esse ponto de vista, não seria adequado afirmar que certa interpretação é verdadeira ou falsa.

Este trabalho não teve como objetivo dissecar a teoria de Dworkin, nem muito menos o tema do juiz Hércules. Trata-se, tão somente, de um estudo desprezioso que, ao levantar algumas das características principais desse modelo, examina a sua adequação e a sua importância dentro do contexto em que nos encontramos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=1>. Último acesso em: 20/03/2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BITAR, Orlando. A Lei Fundamental de Bonn e o Sistema Parlamentar de Governo da República Federal da Alemanha. **Obras Completas de Orlando Bitar**: estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho. v 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 10-12.

BITTAR, Eduardo. C.B. **Curso de Filosofia Aristotélica**: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. São Paulo: Manole, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

COSTA, Reginaldo Rodrigues da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006.

_____. COSTA, Reginaldo Rodrigues da. Justificação Racional, Idéia de Direitos Humanos e Multiculturalidade. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 28. p. 279-288, jul./dez. 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. Norma: uma entidade semântica. In MACEDO, Dimas (Org.). **Filosofia e Constituição**: estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 67-88.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1994.

HUNTINGTON, Samuel. **El Choque de Civilizaciones**. Trad. José Pedro Tosaus Abadia. Buenos Aires: Paidós, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Desafios e Perspectivas dos Direitos das Minorias no Século XXI. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 28. p. 161-169, jul./dez. 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **A Reviravolta Lingüístico-Pragmática da Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

SOARES, Natália Lourenço. **Uma relação entre o tipo ideal de legislação de Jeremy Waldron e o juiz-modelo Hércules de Ronald Dworkin**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/politica_natalia_soares.pdf. Último acesso: 20/03/2009.

WARAT, Luis A. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

FEDERALISMO: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

FEDERALISM: CONTEMPORARY ASPECTS

Etiene Coelho Martins

Assessor Jurídico da Polícia Militar do Rio de Janeiro.
Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Públicas.
Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional do Rio de Janeiro - GEDIRJ.
E-mail: etienemartins@ig.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FEDERALISMO; 2.1 ORIGEM; 2.2 CARACTERÍSTICAS; 3 FEDERALISMO: ASPECTOS RELEVANTES; 3.1 "MODELOS" DE FEDERALISMO; 3.1.1 FEDERALISMO DUAL E COOPERATIVO; 3.1.2 FEDERALISMO CENTRÍFUGO E CENTRÍPETO E FEDERALISMO SIMÉTRICO E ASSIMÉTRICO; 3.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE; 4 FEDERALISMO E DEMOCRACIA; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 FEDERALISM; 2.1 ORIGIN; 2.2 CHARACTERISTICS; 3 FEDERALISM: RELEVANT ASPECTS; 3.1 "MODELS" OF THE FEDERALISM; 3.1.1 DUAL AND COOPERATIVE FEDERALISM; 3.1.2 CENTRIFUGAL AND CENTRIPETAL FEDERALISM AND SYMMERIC AND ASYMMETRIC FEDERALISM; 3.2 PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY; 4 FEDERALISM AND DEMOCRACY; 5 CONCLUSION; 6 BIBLIOGRAPHY.

Resumo: O federalismo tem sua origem moderna com a primeira Constituição dos EUA e ao longo dos anos tem-se notado uma forte tendência dos Estados em se organizarem em federações. Isto ocorre porque a federação fortalece os Estados e ao mesmo tempo preserva a identidade e particularismos de cada região. O federalismo se caracteriza da seguinte forma: indissolubilidade do pacto federativo, autonomia e igualdade dos Estados-Membros, repartição de competências, participação dos Estados-Membros nas decisões do ente central e a soberania da União. Não há como estabelecer uma forma rígida de federalismo, já que cada federação dá contornos singulares e específicos de acordo com sua cultura política e social. Assim, é fácil identificarmos diferentes "modelos" de

federalismo e neste artigo foram abordados três: Federalismo Dual e Cooperativo, Federalismo Centrípeto e Centrífugo e Federalismo Simétrico e Assimétrico. O Princípio da Subsidiariedade, como importante elemento na federação, norteia o exercício do poder político e garante a autonomia dos Estados-Membros. Tendo sido desenvolvido pela doutrina católica, este princípio tem sido utilizado pela Administração Pública e até mesmo nos processos de integração regionais, como ocorre na União Européia. O federalismo também tem sido reconhecido como um forte instrumento democrático, já que promove a distribuição do poder político e, com isso, inibe a formação de governos autoritários. Além disso, a descentralização operacionalizada pelo federalismo aproxima governantes e governados e, por isso, assume um papel importante no processo democrático.

Palavras-chave: Federalismo. Aspectos Contemporâneos. Princípio da Subsidiariedade. Democracia.

Abstract: The federalism has its origins at the first US Constitution and there has been a strong trend to form federations over the years. It occurs because Federations strengthen States members besides preserving regional identity. The federalism's characteristics are: States mustn't separate from Federation, States don't have sovereign, no-hierarchy among States, distribution of power, States' representation in upper houses to provide participation in central decision-making and Union's sovereign. It's not possible to establish a rigid federalism among federations since they build their own federalisms based on their singular political and social features. In consequence, we can identify different "models" of federalism and here I describe three: the Dual and Cooperative Federalism, the *Centripeto* and *Centrifugo* Federalism and the Symmetrical and Asymmetrical Federalism. The Principle of Subsidiarity, as important element of a Federation, plays a role in the use of political power as well as guaranteeing the States' autonomy. Having been developed by Catholic doctrine, it has been used by Government Administration and even in regional integration processes such as European Union. The federalism has also been recognized as a strong way to promote democracy since it provides political power distribution and avoid forming authority governments. In addition, decentralization operated by federalism makes politicians and citizenships closer and, consequently, plays an important role in the democratization process.

Keywords: Federalism. Contemporary Aspects. Principle of Subsidiarity. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Por formas de Estado, entende-se a maneira pela qual o Estado organiza seus três elementos: povo, território e soberania (poder político). A estrutura pela qual estes elementos estão coordenados e relacionados entre si definem a maneira pela qual o poder político está distribuído em todo o território, assim como o critério utilizado para o equacionamento da relação entre seu povo e os órgãos estatais. Pela doutrina clássica, compreendem-se três formas de Estado: Unitário, Confederação e Federação.

No presente artigo, farei uma abordagem sobre a última forma: Federação. Historicamente, o federalismo se destacou por provocar uma descentralização do poder, já que garantia autonomia aos Estados-Membros e, portanto, configurou-se como um importante instrumento contra a formação de governos autoritários. Paralelamente, o federalismo também se destacou por preservar particularismos e a identidade dos povos que, ao se integrarem com outros povos ou regiões, continuaram a conservar suas peculiaridades sócio-culturais.

Assim, dentro desta idéia, busquei destacar alguns aspectos e características que fazem do federalismo a forma adotada por um grande número de países. Inicialmente, falarei sobre a evolução histórica e posteriormente destacarei três "modelos" de federalismo: Federalismo Dual e Cooperativo, Federalismo Centrípeto e Centrífugo e o Federalismo Simétrico e Assimétrico. Também farei uma análise do Princípio da Subsidiariedade na distribuição e organização do poder político e do federalismo como instrumento democrático.

2 FEDERALISMO

2.1 Origem

A palavra federação é originária do latim *foedus*, que quer dizer aliança, pacto, tratado. Historicamente, é possível constatar a existência de um federalismo já na Antiguidade Clássica, pois já nesta época, os povos buscavam a unidade fundada em afinidades

lingüísticas e culturais, criando-se um poder político central, na proteção contra inimigos externos, nas finalidades libertárias, independentistas e integracionais (ZIMMERMANN, 1999, p. 217) O professor Adalberto Pimentel Diniz De Souza (2005, p. 173) lembra que a origem do federalismo é absolutamente perceptível no Estado Romano, pois, quando os exércitos romanos conquistavam novos territórios, eles submetiam o grupo de pessoas que neles viviam a uma nova ordem jurídica, subordinada à Roma.

Logicamente, essas manifestações ocorriam conforme a cultura da época e pouco se assemelharam à que se passou nos Estados Unidos. Por isso, muitos doutrinadores consideram que o Estado Federal só teve origem na modernidade, a partir da experiência americana.

Essa origem moderna do federalismo ocorre com a primeira Constituição dos Estados Unidos, em 1787. A federação americana surgiu para compatibilizar a existência de Estados individuais com plena soberania, superando o sistema confederativo. Ocorre que o modelo confederativo, anteriormente adotado para unir as treze colônias recém libertadas não foi capaz de conduzir harmonicamente os interesses comuns de seus membros. A experiência demonstrou que os laços estabelecidos eram frágeis e que a união resultante do pacto federativo era pouco eficaz. De fato, o governo precário e fraco não conseguia resolver os problemas internos, especialmente os de ordem econômica e militar. A par disso, havia conflitos de interesses que estimulavam desconfianças mútuas e rivalidades regionais, de maneira tal que prejudicavam a ação conjunta e a própria subsistência da Confederação.

O emplantamento das idéias federalistas nos Estados Unidos foi desenvolvido por James Madison, Alexandre Hamilton e John Jay. Por meio de artigos publicados na imprensa, *The Federalist*, eles explicavam a nova forma de organização político-jurídica, revelando os grandes defeitos do modelo confederativo e ressaltando a razão para a escolha de uma forma de Estado. Argumentavam sobre a necessidade da separação dos poderes em legislativo, administrativo e judiciário, bem como a necessidade de dividir os poderes entre o governo federal e os governos estaduais. Tudo para

que os Estados se unissem em busca da consecução de objetivos comuns que resultassem num bom governo para aqueles povos.¹

Para tanto, a União seria criada para evitar situações de secessão e conflitos internos, não permitindo, assim, o enfraquecimento dos Estados-Membros (EM). As instituições políticas internas funcionariam com o fim de assegurar a liberdade das pessoas, a alternância do poder e o impedimento de poderes concentrados. Assim, os indivíduos se relacionariam diretamente com os órgãos de poderes centrais instituídos, de forma a terem direitos e obrigações decorrentes diretamente das decisões deles emanadas.

Desta forma, a Constituição de 1787 estruturou um governo central forte, porém, tomou o cuidado de não sufocar os EM. As atribuições do ente federal foram, portanto, expressamente enumeradas. Isto garantiu aos EM os poderes residuais, revelando o desejo de que a união de todos os Estados em uma única federação não abalaria a autonomia que estes EM gozavam no tempo da confederação.

Bernard Schwartz (1966, p. 49) afirma que neste momento embrionário o federalismo americano apresentava as seguintes características: a) união de entidades políticas autônomas; b) divisão dos poderes legislativos entre as esferas federal e estadual, pelo princípio de que o governo central é munido de poderes enumerados e os governos estaduais de poderes residuais; c) cada governo estadual deve possuir aparelhagem completa de execução das leis, seja no que tange ao Executivo, seja no que diz respeito a Judiciário e a supremacia do Poder Central, nos limites de sua esfera específica, diante de aspectos discutíveis do poder Estadual.

¹ Trecho de Hamilton, em *O Federalista* (1984, p.217): "O defeito mais evidente da subsistente Confederação é a total inexistência de sanções em suas leis. Os Estados Unidos, constituídos da maneira como o foram, não têm poderes para exigir obediência ou punir qualquer reação às suas resoluções, quer através da aplicação de multas pecuniárias, pela suspensão ou anulação de privilégios ou por qualquer outro meio constitucional. Não há uma delegação expressa de autoridade capaz de permitir o uso de força contra os membros delinquentes. [...] Sem uma garantia, deve ser esquecida, a assistência da União, a fim de repelir os perigos internos que algumas vezes ameaçam a existência das constituições estaduais. A usurpação pode despotar em determinado Estado e atentar contra as liberdades do povo, enquanto o governo nacional é incapaz de agir legalmente, limitando-se a condenar tais violações com indignação e pesar."

O federalismo americano, como se nota, decorreu de uma agregação, daí ser considerado também como federalismo de agregação. Por isso, houve a preocupação em garantir uma autonomia forte dos entes locais, fazendo com que o campo de atuação dos EM e do governo federal fosse rigidamente definidos. O campo de atuação de um ente não podia interferir no do outro e vice-versa, ao passo que cada um atuava exclusivamente no âmbito de suas competências. Esta rígida separação entre o governo central e o local que caracterizou os primeiros momentos do federalismo americano ficou conhecida como federalismo dual.

Vista a origem histórica do Federalismo, cabe destacar as suas características.

2.2 Características

O Estado Federal convive com duas ordens políticas e diversas ordens jurídicas. No plano central, está a União e, no plano local, os Estados-Membros, também denominados de cantões ou províncias, com competências estabelecidas no texto constitucional. O sistema de repartição de competências é rígido, pois se trata de um método que prevê o mais claramente possível as diversas competências dos entes estatais internos, de forma a não causar conflitos nesta esfera. O objetivo é encontrar o equilíbrio entre as demais esferas de poder, respeitando as liberdades e especificidades locais, materializadas na autonomia política-jurídica e administrativa.

Dallari (1986, p.19) diz que as idéias fundamentais que devem nortear o estabelecimento dos níveis de competência são: a) o equilíbrio na distribuição de competências, visto que não se deve estabelecer supremacia da União ou das unidades federadas; b) como regra, são atribuídas à União competências para as matérias de interesse geral; c) é conveniente que se faça a enumeração das competências na própria Constituição.

A igualdade jurídica entre os entes que compõe o Estado Federal é exigência da sua própria estrutura federal de Estado, a fim de que seja assegurado o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado. De fato, o que há na Federação é uma coordenação

entre as diferentes ordens de poder (central, regionais e locais) e não uma subordinação. O que diferencia a União dos Estados é a repartição de competências legislativas e não-legislativas constantes do Texto Constitucional, não havendo, portanto, um patamar de poder mais ou menos elevado. O papel da Constituição é enumerar expressamente as competências de cada ente, de maneira que se possa garantir a autonomia dos EM e o pacto federativo, sem contudo, estabelecer uma relação hierárquica. Sobre a igualdade jurídica-política na federação brasileira, Clélio Chiesa (2002, p. 26) faz o seguinte comentário:

No Estado brasileiro, não há hierarquia entre as unidades jurídicas União, Estados-Membros, Distrito Federal e Município; todas haurem suas competências diretamente da Constituição Federal. É a própria Carta Magna que delimita o campo de atuação de cada uma das unidades, assegurando, no âmbito de suas atribuições, não só a autonomia política, mas também a autonomia administrativa e financeira.

Assim, em que pesem diferenças de ordens territoriais, geográficas, econômicas e sociais, juridicamente todos os integrantes da Federação são iguais, não sendo admissível a preponderância de um sobre os demais.

Com relação à soberania, na federação somente a União a detém. Ela possui competências internas e externas. No plano interno, manifesta-se em nome próprio e com competências estabelecidas na Constituição, representando os interesses estabelecidos no pacto federativo. No plano externo, é competente para representar a federação perante a comunidade internacional, e neste caso, atua como sujeito de Direito Internacional. Também somente compete à União intervir nos Estados-Membros, nos casos excepcionais e previstos no texto constitucional, a fim de garantir a integridade da Federação.

A unidade de soberania implica também na existência de apenas uma cidadania. Uma vez criado o Estado federal, não há que se falar em dupla cidadania, que porventura possa coexistir com a do Estado membro. Esta, caso exista, é suprimida e prevalece

a cidadania decorrente do estabelecimento do pacto federativo.

Aos Estados-Membros é reconhecida a autonomia, ou seja, capacidades para se organizar, administrar e governar com suas próprias leis. Esta autonomia pode ser analisada sob três planos: autogoverno, auto-administração e auto-organização. O primeiro diz respeito à prerrogativa dos cidadãos em escolherem seus próprios representantes e administradores (Legislativo e Executivo). A auto-administração é a capacidade de gerir seus próprios recursos, assim como poder arrecadar e aplicar suas receitas de forma independente. A auto-organização é poder de elaborar sua própria legislação, regulamentando sua própria esfera de competência concedida pela Constituição. Cabe destacar que esta autonomia é exercida na medida e nos limites estabelecidos no texto constitucional, já que autonomia não se confunde com soberania.

Sobre o sentido da autonomia no regime federativo, vale destacar as palavras de Flávio de Azambuja Berti (2005, p. 28):

a prerrogativa indelegável, intransferível e imodificável pelo legislador infra-constitucional, de atuar nos âmbitos legislativo, executivo e judicial nos termos e nos limites autorizados pela Constituição, configurando verdadeiro e efetivo poder político, sendo-lhe garantido o gozo e o exercício de tais competências sem a interferência ou a limitação a eles eventualmente impostas pelo Governo Central, donde se concluir que a intervenção federal em Estado-membro é a exceção e não a regra, justamente à vista de sua autonomia política, em que pese o fato de não possuírem soberania nem tampouco estarem legitimados a manter relações internacionais no campo afeto às negociações, acordos e tratados entre as pessoas jurídicas de direito internacional.

Vale lembrar que o município ou comuna em geral não figuram como parte fundamental da existência de uma Federação. Normalmente, é designado como região de um Estado-Membro, que estabelece as competências locais deste ente como um plano específico de poder. Neste aspecto, o Brasil inovou elevando o município à categoria de ente federativo.

Um traço marcante do federalismo que decorre diretamente da autonomia de seus entes é a prerrogativa destes em participarem na formação da vontade nacional. Há, portanto, na federação, uma dupla representação parlamentar: uma destinada à população global e outra aos entes políticos. Essa participação ocorre por meio do Legislativo federal, através de uma Câmara ou Assembléia, e os EM devem estar representados em igual quantidade. Alguns autores² consideram que esta participação no poder central se dá duas formas: direta ou indiretamente. O primeiro caso ocorre com faculdade de poder apresentar emendas à Constituição e o segundo com a apreciação dos projetos de lei ou aprovação de orçamentos.

Por último, cabe ressaltar que o pacto federativo é indissolúvel. A constituição da federação decorre de uma série de inter-relacionamentos entre as diversas instâncias locais e centrais, resultando em ônus e benefícios recíprocos. A interdependência estreita que resulta da união cria direitos e obrigações que tornam mais difícil a secessão de um ou de mais de um de seus membros. Para a garantia do pacto federativo, a União detém competência para intervir em qualquer ente que deseje deixar a unidade federativa.

Em síntese, podem-se resumir as principais características do federalismo da seguinte forma:

- a) o pacto federativo se estabelece a partir de uma Constituição;
- b) repartição de competências efetuadas por uma norma matriz do ordenamento jurídico;
- c) somente a união é soberana;
- d) autonomia e igualdade dos Estados-Membros;
- e) participação dos Estados-Membros nas decisões do ente central;
- f) o pacto federativo é indissolúvel.

² Raul Machado Horta e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

3 FEDERALISMO: ASPECTOS RELEVANTES

A forma federalista apresenta interessantes aspectos nas relações de poder. Historicamente, demonstrou ser um importante instrumento contra a centralização de poder num só órgão, dificultando, por isso, a formação de governos autoritários. Também conseguiu assegurar oportunidades mais amplas de participação no poder político, já que este fica descentralizado às instâncias locais. Neste aspecto, aliás, configura-se como um importante instrumento democrático, pois implica na aproximação entre governantes e governados.

Atualmente, verifica-se uma acentuada tendência dos Estados para a organização federativa. Dallari (1998, p. 262) explica que isso decorre da conjunção de dois fatores aparentemente contraditórios. De um lado, há o fortalecimento do poder dos EM, já que a ação destes depende de recursos que não podem ser obtidos sozinhos. Propicia-se, assim, uma conjugação de esforços que permite a integração em unidades que são naturalmente mais fortes. De outro, o Estado federal preserva os particularismos. Desta forma, o Estado que adere a uma federação não precisa abrir mão de seus valores ou modificar suas características. Isto é extremamente conveniente, pois o Estado se integra em uma unidade mais poderosa, em condições de igualdade com os demais integrantes e preserva suas peculiaridades sócio-culturais.

Nos tópicos a seguir, serão analisadas algumas “modalidades” de federalismo, assim como a sua relação com o Princípio da Subsidiariedade, a soberania e a democracia.

3.1 “Modelos” de Federalismo

Não há como estabelecer uma forma rígida de federalismo. Embora preserve suas características próprias, ele nem sempre é aplicado e compreendido uniformemente, de forma que cada Estado e cada cultura dão contornos singulares e específicos, próprios das diferenças culturais que marcam as sociedades no mundo. O Brasil é um bom exemplo, pois é a única federação do mundo a dar *status* de ente federativo ao município. Dentre estes possíveis “modelos”

de federalismo, destacarei os seguintes: Federalismo Dual e Cooperativo, Federalismo Centrípeto e Centrífugo e Federalismo Simétrico e Assimétrico.

3.1.1 Federalismo Dual e Cooperativo

O Federalismo Dual é aquele em que é rígido no que tange à repartição de poderes delegados à União e aos poderes reservados aos Estados-Membros. A organização estatal separa rigidamente a atribuições da federação e dos Estados-Membros, construindo, assim, dois planos políticos bem definidos: a União e o Estado-Membro. Este foi o modelo adotado pelos Estados Unidos quando da promulgação da Constitucional de 1787. No caso americano, o objetivo foi preservar os poderes que os Estados haviam conquistado com a declaração da independência e o fim da forma confederativa. Neste período, temia-se que a concentração do poder político na União acabasse sufocando a vida política, social e econômica local. A idéia era prestigiar os poderes locais e restringir o poder federal.

Bernard Schwartz (1984, p. 22 e 47) comenta o dualismo do federalismo americano da seguinte forma:

Na primeira parte da história americana, a Corte Suprema podia esforçar-se para manter uma posição igual entre a autoridade federal e a autoridade estadual (...). De acordo com ela, tanto o Governo Federal quanto os governos estaduais tinham destinado a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento do sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual. Os estados e a Nação são concebidos como rivais iguais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo governo de Washington. (...). O governo central é investido de certos governos expressos e toda a autoridade restante é reservada aos estados.

A doutrina do federalismo dualista foi útil no tempo em que imperava o pensamento liberal nos Estados Unidos. Contudo, com a depressão da economia face à crise de 1929, ocorreu a necessidade da intervenção do Estado na economia, a fim de que a crise fosse superada. Essa intervenção, que foi levada a cabo com a política do *New Deal*, demandou uma grande atuação do governo federal. Com este novo quadro político e econômico, houve uma maior integração entre os entes federativos a fim de garantir o novo modelo de Estado voltado para o "Bem Estar Social". A Suprema Corte, então, passou a entender que deveria haver uma flexibilização nas relações entre a União e os EM, de maneira que a livre cooperação entre estes pudesse contornar a crise. Assim, houve um fortalecimento da União que progressivamente foi absorvendo competências estaduais e, principalmente, interferindo nas relações sociais e nas regras do mercado.

Essa nova forma de entender e implementar o federalismo ficou conhecida como Federalismo Cooperativo. Diferentemente do que ocorria no dualismo, este "modelo" permite uma flexibilização na separação de competências, de forma que União assuma um papel preponderante e centralizado das importantes decisões políticas tomadas pelo Estado. Há uma mudança dos poderes de decisão nos níveis de governo que visa beneficiar um mecanismo de negociação e acordo intergovernamental, reduzindo as políticas que sejam conduzidas por um só ente. Privilegia-se, assim, uma interdependência e coordenação das atividades governamentais, buscando uma ação conjunta entre esferas de governo.

Segundo Zepellius (1997, p. 512), federalismo cooperativo é:

aquele que acarreta uma 'obrigação' ao entendimento, quer dizer, o dever das partes no sentido de se harmonizarem entre elas e, caso necessário, aceitarem compromissos. O envolvimento funcional dos Estados-Membros (e eventualmente até dos corpos territoriais a nível autárquico) nos processos centrais de planejamento e regulação, pode servir de exemplo a esse respeito.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 adotou um modelo cooperativo caracterizado pela existência de funções compartilhadas

entre as diferentes esferas de governo. No artigo 23, a CRFB/88 estabelece competências comuns para União, Estados e Municípios legislarem sobre um rol mais amplo de matérias. No capítulo sobre o sistema tributário, o cooperativismo se dá pela repartição das receitas tributárias de impostos federais com Estados e Municípios e de impostos estaduais com os Municípios.

Na prática, contudo, tem-se demonstrado tímido esse modelo cooperativo desenhado pela Constituição. Paulo Bonavides (1996, p. 398) afirma que a palavra *cooperativo* é um termo ainda esperançoso e utilizado para mascarar um sistema ainda muito centralizado. A centralização fica clara na forma de repasse de recursos para o exercício das atividades delegadas, já que elas são exercidas com os recursos financeiros transferidos pelo ente que delega. Assim, essa prerrogativa tem implicado em uma ampliação do poder político dos entes centrais (que delegam determinada competência), já que detêm o controle dos recursos necessários para o desempenho da atividade delegada (condicionando a sua operacionalidade).

3.1.2 Federalismo Centrífugo e Centrípeto e Federalismo Simétrico e Assimétrico

Federalismo Centrípeto ou Centrífugo são classificações que variam conforme a tendência de centralização ou descentralização das competências dos entes local e federal. A tendência centralizada caracteriza uma federação centrípeta e a tendência descentralizada, uma federação centrífuga.

No federalismo centrípeto, portanto, há uma convergência das competências no ente federal. Neste caso, o Estado possui um grau de descentralização grande, deixando a cabo dos EM a maior parte das competências administrativas, legislativas e jurisdicionais. A tendência de incorporação das competências no ente federal (centralização), faz com que se enfraqueça as entidades locais. Trata-se, assim, de um federalismo descentralizado, que tende a se centralizar.

Um exemplo moderno de federalismo centrípeto é os Estados Unidos. Historicamente, os Estados soberanos abdicaram de parte

de suas soberanias e migraram de uma Confederação para uma federação. Houve, assim, uma conservação de grande parte das competências nos EM. No decorrer de mais de duzentos anos, nota-se um enfraquecimento nas competências dos EM e uma centralização destas competências no ente federal.

O federalismo centrífugo, ao contrário, tende a desconcentrar as competências, reconhecendo maior autonomia aos EM, em prejuízo do ente central. Assim, trata-se de um Estado centralizado. Esta característica é uma tendência que o Brasil vem apresentando, na medida em que vem adotando políticas descentralizadoras ao longo dos anos. Um bom exemplo disso foi a inclusão do município como ente federativo, permitindo que eles constituíssem um Poder Constituinte Derivado, gozando de auto-organização e estatuto próprio (Lei Orgânica).³

Cynthia Robert e Jose Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 41) consideram que o caráter centrífugo de nosso federalismo é extremamente importante para a interpretação da Constituição Federal de 1988. A adoção de medidas legislativas que tendem a uma centralização fere o texto constitucional e, portanto, devem ser combatidas. Para eles, normas com este caráter ferem o artigo 60, § 4º, I, na medida em que tendem a abolir a forma federativa modelada centrifugamente.

A simetria ou assimetria do federalismo dizem respeito às relações e obrigações que os Estados-Membros possuem para com o ente federal. Nos países em que há uma grande diversidade econômica, social e cultural entre as regiões, existe a necessidade de um tratamento político diferenciado, a fim de compensar estas distinções. Na sociedade contemporânea, é relevante que a compreensão do sistema federal não seja encarada rigidamente, mas sim segundo as características de cada Estado, conforme suas peculiaridades. É imprescindível, portanto, que as políticas estatais visem corrigir essas desigualdades, fomentando uma cooperação e buscando um equilíbrio entre as regiões e o ente central.

³ Esse modo de federalismo é explicado nas origens de nosso país que, surge como um Estado Unitário, criado pela Constituição de 1824, adotando uma estrutura centralizada no ente federal.

Os "modelos" simétrico e assimétrico são manifestações que decorrem diretamente do grau de diversidade que cada federação representa. No Federalismo simétrico, as unidades regionais têm poderes, relações e obrigações semelhantes e padronizadas para com a autoridade central e umas com as outras. Pressupõe-se que as regiões sejam essencialmente homogêneas, de forma que suas particularidades não demandem um tratamento distinto. Dircêo Torrecillas Ramos (2000, p. 62) afirma que o ideal no federalismo simétrico é que cada Estado mantenha o mesmo relacionamento para com a autoridade central, havendo uma mesma divisão de poderes entre eles e igual distribuição do suporte das atividades do governo central.

No Federalismo assimétrico, ao contrário, a organização estatal distingue o relacionamento dos entes entre si. Há um distanciamento da homogeneidade tradicional do federalismo simétrico, objetivando a manutenção do equilíbrio e a redução das desigualdades regionais. Na Constituição de 1988, vários dispositivos fazem referência ao modelo assimétrico de federação (embora adotemos um modelo simétrico, há expressas concessões ao federalismo assimétrico). Exemplo disso é a previsão do fundo de fomento às Regiões Norte e Centro-Oeste (art 159, I) e a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento entre as regiões do país (art 151, I). Verifica-se que o legislador constitucional atentou para a disparidade econômica e social que o país possui, de forma que uma estrutura flexível de federação permitirá criar soluções autônomas e eficazes.

A assimetria é um instrumento importante para a solução de problemas ligados às desigualdades regionais. O sucesso da forma federativa depende de uma série de fatores que merecem um tratamento distinto e adequado. A busca do equilíbrio no Estado passa pela cooperação que os entes têm entre si, comungando esforços para a correção de qualquer elemento que provoque grande diversidade.

Neste sentido, Janice Helena Ferreri Morbidelli (1999, p. 35) afirma que:

A idéia de federação simétrica, dotada de homogeneidade vem sendo reestruturada na sociedade contemporânea com o desenvolvimento de uma pluralidade de soluções federais específicas que se propagam com maior ou menor intensidade pela América, Europa, Ásia e África. A federação americana pode ser citada como um exemplo de federalismo cuja norma organizadora não escapou aos efeitos das mudanças e transformações decorrentes do funcionamento das instituições. Desde 1952, os Estados Unidos desenvolveram arranjos federais assimétricos, formalmente estabelecidos, com o consentimento de ambas as partes, para acomodar as diferenças mais acentuadas.

Feitas estas considerações a respeito dos “modelos” de federalismo, no próximo tópico comentarei sobre a relação deste com o Princípio da Subsidiariedade.

3.2 Princípio da Subsidiariedade

O Princípio da Subsidiariedade tem sua origem remota no pensamento de Aristóteles.⁴ O filósofo explicava que os grupos sociais eram autônomos nas suas competências e, portanto, não se intercalavam, mas se sobrepunham. Desta forma, o grupo menor (familiar) tinha ocupações voltadas para as necessidades cotidianas, o grupo intermediário (as aldeias) para as necessidades que não fossem puramente cotidianas e os grupos maiores (as cidades) para as ocupações mais amplas.

Anos mais tarde, no contexto da doutrina social da Igreja, o princípio começa a ser visto como norte para as relações entre Estado, cidadãos e sociedades menores. O primeiro documento que esboça este contorno do Princípio da Subsidiariedade é a *Encíclica Rerum Novarum*, de Leão XIII, escrita em 1891, onde se valoriza o homem e o destaca como membro social, estabelecendo precedência em relação ao Estado. Dentro de um contexto de transição do Estado Liberal para o Estado social, o documento

4 “O filósofo, ao se referir às atribuições de poder e competência subsidiária dentro de uma sociedade, afirmava que ao grupo mais restrito, ou seja, o familiar, caberia se ocupar exclusivamente das necessidades cotidianas do indivíduo. As aldeias, por sua vez, deveriam se encarregar das necessidades que não fossem puramente cotidianas. E às cidades, em último grau da escala, teriam uma outra finalidade: agora não mais propiciar o viver, o sobreviver, mas o viver bem. (TANCREDO, 2005, p. 177)

afirmava que o Estado só poderia intervir no corpo social diante de situações de conflito, a fim de assegurar o bem comum.

Em 1931, foi publicada a *Encíclica Quadragésimo Anno*, de Pio XI, que deu um contorno mais completo ao conteúdo do Princípio Subsidiariedade. Diante do avanço nazista e de outros governos totalitários, a Igreja pedia que as autoridades públicas não se preocupassem com questões de pouca importância, deixando-as para as organizações menores, de forma que aquelas ficassem desafogadas para o desempenho das atividades que realmente lhes competiam. Este trecho da Encíclica demonstra exatamente esta idéia (CINTRA, 1993, p. 12): “quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função subsidiária dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e promissor será o estado da nação”.

Na *Encíclica Mater e Magistra* de 1961, de João XXIII, é ressaltada a necessidade do Estado em atuar nos setores sociais (educação, saúde e segurança) observando a doutrina da subsidiariedade. A Igreja afirmava que a promoção do bem comum residia no conjunto de condições sociais pelas quais os homens tornavam-se capazes de alcançar mais facilmente a plenitude do seu desenvolvimento. Para isso, contudo, as condições favoráveis implicavam em assegurar aos indivíduos um âmbito de autonomia e garantia das liberdades.

Como se vê, esta construção sistêmico-dogmática cunhada pelo pensamento cristão procurava defender a não ingerência de uma ordem social superior sobre a inferior naquilo em que esta tinha plena capacidade e competência de administrar por si própria. Sua finalidade prendia-se à apropriada distribuição das competências necessárias para que cada um de seus usuários cumprisse a sua natureza ontológica, sem que uma esfera de atuação superior acabasse neutralizando, diminuindo ou extinguindo as esferas de atuação e capacidade das instâncias inferiores.⁵

5 Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo (2005, p.186) resalta que a subsidiariedade é um princípio fundamental da ordem jurídica do moderno Estado Social de Direito, o qual permite a persecução do interesse público pelo indivíduo e por organizações sociais intermediárias, situadas entre ele e o Estado, como as famílias, as autarquias locais, as comunidades religiosas, os sindicatos, as Universidades, etc.

O Princípio da Subsidiariedade vem sendo aplicado em diversas áreas, principalmente as de cunho político-econômico, como por exemplo, no Direito Administrativo. Neste ramo, o princípio orienta e justifica políticas descentralizadoras da estrutura organizacional da Administração Pública, principalmente no que tange à distribuição e exercício de competências. No setor econômico, é utilizado como instrumento para limitar a ação do Estado. Neste contexto, a atuação estatal deve ocorrer em setores que somente ele, como poder soberano, pode desempenhar, tais como: segurança, defesa, justiça, legislação, relações exteriores etc. Nos demais setores, cabe-lhe fomentar, coordenar, regular, prevenir, integrar ações etc.

Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo (2005, p. 187) ⁶ afirma que a subsidiariedade tem um duplo sentido de exigência: um negativo e um positivo. No primeiro, o Estado se abstém de intervir na autonomia das pessoas e dos grupos sociais, estabelecendo, assim, um limite à ação do poder público. No segundo, sentido positivo, o Estado tem por missão incitar, sustentar, suprimir e finalmente socorrer, quando necessário, os atores insuficientes. Seu mandamento principal concentra-se na idéia de que uma autoridade superior só deverá fazer aquilo que a autoridade inferior não conseguir realizar por si mesma. Assim, o órgão superior só age diante da deficiência e carência do órgão inferior. Com isso, ao mesmo tempo, a liberdade e iniciativa dos organismos inferiores restam preservados, podendo exercer suas atividades com desenvoltura e segurança.

A subsidiariedade também traz consigo uma idéia de valorização da liberdade individual como instrumento para a busca do bem comum. Trata-se de uma liberdade responsável, de forma que cada indivíduo produza e busque a realização de seus fins livremente, desde que não prejudique os demais. Logo, o Estado deve respeitar os indivíduos quando do exercício de seus direitos e obrigações, de forma a permitir o desenvolvimento de suas potencialidades. Incumbe ao Estado, portanto, criar condições para que o indivíduo pessoalmente alcance os seus fins, devendo intervir somente quando necessário.

6 ??

Em uma federação, o Princípio da Subsidiariedade cumpre um papel importante no exercício e repartição do poder político. Isto porque os fundamentos da subsidiariedade fornecem um critério de evidente prudência para a atuação do Estado, de forma que funcionam como o instrumento adequado para compatibilizar a diversidade e o pluralismo. Baracho (1996, p. 46) afirma que o federalismo é a implementação do Princípio da Subsidiariedade na vida do Estado, de forma que a federação, de fato, é a própria aplicação do Princípio da Subsidiariedade. Esta idéia induz à descentralização do poder, tarefa empreendida de forma mais expressiva pela organização federal, caracterizada pela repartição de competências entre os entes federados.

Na federação, os fundamentos da subsidiariedade determinam uma atuação oposta por parte da União (ente central). Isto porque ela não pode intervir ou interferir na esfera de competência reservada aos Municípios e Estados-Membros. Por outro lado, no entanto, a União possui um dever de gerência, devendo agir ou intervir quando os entes menores, por suas próprias forças, não conseguirem desincumbir-se de suas tarefas (MEDINA, 2002, p. 243-252).

Em sede de União Européia, o Tratado de Maastricht prevê o Princípio da Subsidiariedade expressamente. O objetivo é evitar uma tendência centralizadora, de maneira que se privilegie o exercício das competências comunitárias sempre no nível mais baixo possível. Assim, o princípio em tela aplica-se à repartição do exercício de competências entre os Estados-Membros e a Comunidade, conservando para aqueles as competências que são capazes de exercer de forma mais eficaz que a União e conservando para esta os poderes que não podem realizar eficazmente. Desse modo, a competência nacional figura como regra e a comunitária como exceção.

Assim dispõe o artigo 3-B do Tratado de Maastricht:

A comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas, a

Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam, pois, devido à melhor dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A ação da Comunidade não pode exceder o necessário para executar os objetivos do presente Tratado.

4 FEDERALISMO E DEMOCRACIA

Etimologicamente, o sentido de democracia quer dizer governo do povo. Ou seja, o regime de governo que se caracteriza pela liberdade do ato eleitoral, divisão de poderes e controle da autoridade. Field (*Apud ACCIOLI, 1985, p. 301*) explica que um Estado é mais ou menos democrático na medida em que o povo participa e exerce o poder. A participação é, fundamentalmente, um dos traços mais marcantes do regime democrático.

A idéia de autonomia, autodeterminação e liberdade caracteriza governos que privilegiam a democracia, já que tendem à descentralização. A luta pela descentralização implica em uma luta por autonomia dos entes mais locais, fazendo com que haja uma distribuição do poder político, possibilitando uma maior liberdade política e expressão da pluralidade de interesses (BOBBIO, 2004, p. 332). A multiplicidade de centros decisórios permite uma maior proximidade entre os cidadãos e o governo, o que viabiliza uma participação e fiscalização mais efetiva do exercício do poder político. Neste aspecto, a forma federalista se apresenta como um importante instrumento para a concretização dos ideais democráticos. A estrutura de poder proposta pelo federalismo apresenta critérios de descentralização política, dificultando, por isso, a formação de governos autoritários. Essa descentralização cria oportunidades mais amplas de participação no poder político, já que as instâncias locais ganham autonomia e assim possibilitem uma atuação mais efetiva por parte dos cidadãos.

Esta estreita conexão entre os conceitos de Federalismo e democracia, contudo, não é rígida. É possível encontrar no mundo

moderno democracias sólidas e estáveis em Estados Unitários, e da mesma forma, Federações não democráticas. O Federalismo garante democracia quando o arranjo institucional do Estado Federal tem a presença de instrumentos adequados para impedir o domínio da política pelas oligarquias locais, densidade democrática da representação, estabilidade política e responsabilidade política dos governantes perante os governados. A característica de um regime político democrático é o grau de autonomia que é atribuído às comunidades locais, permitindo que elas expressem suas próprias línguas, crenças, culturas e costumes. Quando esta autonomia está associada à participação da comunidade no planejamento e no controle das políticas públicas, promove a distribuição mais equânime dos bens públicos. É elemento fundamental em países que, como o Brasil, convivem com o subdesenvolvimento e seus efeitos drásticos na qualidade de vida da população.

Dentro do sistema jurídico, Kelsen (2005, p.443) explica que a democracia pode ser descrita como um método descentralizado de criação de normas. Numa sociedade pluralista a ordem jurídica deverá compor normas de natureza central proposta para todo o território com normas que sejam válidas apenas para certos territórios. A descentralização é classificada por ele como perfeita nos casos em que a criação de normas locais é definitiva e independente e imperfeita quando a legislação local tem apenas que dar uma aplicação mais detalhada à norma geral.

O Federalismo brasileiro oferece grandes desafios à efetivação de nossa democracia. Um destes desafios é o fortalecimento da autonomia dos entes da federação, principalmente das municipalidades, reconhecendo a importância da participação deles na organização do governo a partir das suas reais necessidades. Os municípios dotados de efetivo poder poderiam representar um incentivo à participação política enquanto corretivo à democracia participativa. A participação da sociedade civil nos negócios públicos minimizaria o patrimonialismo e a privatização da política.

O fortalecimento das instâncias estaduais e municipais também passa pela questão da repartição das receitas tributárias. No Brasil, verifica-se uma enorme concentração das receitas

tributárias nas mãos da União o que provoca uma subordinação dos Estados e Municípios. Isso faz com que os entes subordinem-se à vontade do Executivo federal, já que a distribuição dos recursos por este atrai os Estados e Municípios para um ciclo cada vez mais próximo da União.

O modelo federativo, portanto, constitui um forte instrumento democrático. Na medida em que implica em uma distribuição do poder político, o federalismo é um meio eficaz para se chegar, através de uma distribuição da soberania, a uma real liberdade política. A organização territorial do poder sob a forma federativa é a que apresenta o maior número de possibilidades de construção de uma sociedade democrática. Em tempos modernos, a sua estrutura resulta por demandar esforços coletivos no sentido de descentralizar e diferenciar sem desequilibrar as forças que contribuem para a unificação.

5 CONCLUSÃO

O federalismo vem assumindo diferentes roupagens na história. Desde a independência americana, verifica-se que cada Estado aplica e adapta os princípios federais às peculiaridades territoriais, políticas, sociais e econômicas de cada Estado. Conseqüência disso é os mais variados "modelos" que se verificam nos países que adotam a forma federativa. Neste artigo, em função do foco que quis dar, somente abordei aqueles "modelos" mais importantes, fazendo uma análise de suas principais características.

A viabilidade da forma de Estado federativa se dá por diversos motivos. Primeiro, porque ele compatibiliza realidades com profundas diferenças, respeitando suas culturas e identidade. Segundo, porque os Estados-Membros mantêm poderes para se organizarem, administrarem e governarem. Essa característica descentralizadora do poder político funciona ainda como um importante instrumento democrático, permitindo que se aproximem governantes e governados, além de inibir a formação de governos autoritários e absolutistas.

Atualmente, os princípios federais têm sido utilizados para a organização de novas estruturas políticas. A União Européia, por exemplo, adotou o Princípio da Subsidiariedade para o exercício das competências da União, assim como para a coordenação da supranacionalidade. Em blocos regionais, o respeito à soberania e identidade cultural e política de cada membro é fundamental para o processo de integração e alcance dos propósitos comunitários. Embora não configurem verdadeiras federações, na medida em que os países membros ainda gozam de soberania, os blocos regionais freqüentemente adotam princípios e ideologias federais para a sua estruturação. Aliás, isto ficou muito claro quando da criação da Comunidade Européia, pois Jean Monnet, um dos idealizadores da União Européia, defendia a forma federativa como a mais apropriada para a integração do continente: *"Their prosperity is impossible, unless the States of Europe form themselves in a European Federation"*. Nesta linha, o processo de integração da América Latina a partir dos Tratados do MERCOSUL, CAN e, principalmente, da UNASUL, pode caminhar com uma organização de bases federativas. Não que se busque a formação de uma América federativa, mas que se consiga a harmonização entre povos e culturas tão distintas, a fim de atingir objetivos maiores e o fortalecimento de cada membro dentro de uma comunidade.

Assim, desta abordagem, conclui-se que o federalismo encontra aplicabilidade em diversos setores e isso pode resultar em um Estado mais atuante e sensível aos problemas sociais. Uma Federação abre mais espaço para o exercício da cidadania, respeitando e operacionalizando a vontade popular. A falência da forma federativa, como observam alguns doutrinadores, pode residir no fato de não flexibilizar o conceito de federalismo clássico e tentar adaptar a sociedade à este conceito, ao invés de tentar adaptá-lo à sociedade. O que se vê na prática é uma constante modificação do federalismo com o objetivo de atender às diversas demandas modernas. Não é à toa que se nota sua aplicação na Administração Pública e como base no processo de integração europeu.

6 REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. **Teoria Geral do Estado**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade - Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Ofensa aos Princípios Federativos e da Autonomia Municipal Mediante Usurpação de Competências Tributárias**. 2005. 280 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

— **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI e Gianfranco PASQUINO. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: UNB e Imprensa Oficial, 2004.

CASSEB, Paulo Adib. **Federalismo-Aspectos Contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CINTRA, Fernando Pimentel. **O Princípio da subsidiariedade no direito administrativo**. Dissertação, Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O Estado Federal**. São Paulo: Atica, 1986.

DE SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz. A mecânica do federalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.42, n.165, p. 169-176, jan.-mar. 2005.

KAKU, William Smith. **Atual Confronto Político-Institucional da União Européia: A Organização Internacional e o Federalismo em Questão**. Rio Grande do Sul: Ijuí, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Jose Antonio Faraah Lopes de. **Constituição Européia e Soberania Nacional**. Leme: JH Mizuno, 2006.

MEDINA, Paulo Geraldo de Oliveira. **O Princípio da subsidiariedade. In As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

RAMOS, Dirceô Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROBERT, Cinthia, e MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. **Teoria do Estado, Democracia e Poder Local**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Tradução: Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. **Federalismo Norte-Americano Atual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. A Mecânica do Federalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Vols. a.45, n.65. Brasília, jan.- mar. 2005.

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O Princípio da Subsidiariedade: As Origens e algumas Manifestações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. 46, nº 1, p. 169-214, jul. 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PLANO DIRETOR E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

MASTER PLAN AND PARTICIPATIVE BUDGETING: INSTRUMENTS FOR EFFECTIVE CITIZENSHIP

Caroline Pontes Almeida

Mestre em Direito Constitucional.

Assessora da Procuradora-Geral de Justiça.

Professora da Universidade de Fortaleza.

E-mail: carolinepontes@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CIDADANIA NOS DIAS ATUAIS; 3 GESTÃO MUNICIPAL; 4 PLANO DIRETOR E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO; 4.1 PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO 4.2 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO; 5 OS OBSTÁCULOS; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CITIZENSHIP IN THE PRESENT TIME; 3 CITY MANAGEMENT; 4 MASTER PLAN AND PARTICIPATIVE BUDGETING; 4.1 PARTICIPATIVE MASTER PLAN; 4.2 PARTICIPATIVE BUDGETING; 5 POSSIBLES OBSTACLES; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: O presente artigo visa abordar sobre dois instrumentos de participação popular existentes no ordenamento jurídico brasileiro e que são responsáveis pelo efetivo exercício da cidadania: Plano Diretor e Orçamento Participativo. Procura-se demonstrar que a gestão municipal é o espaço ideal para a construção de uma democracia real.

Palavras-chave: Instrumentos de Participação Popular. Cidadania. Gestão Municipal.

Abstract: The present article approaches two instruments of popular participation, that are present in Brazilian law, and that are responsible for effective exercise of citizenship: Master Plan and Participative Budgeting. It intends to demonstrate that city management is the ideal space to build a real democracy.

Keywords: Popular participation instruments. Citizenship. City management.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a cidadania tem sido alvo de discussão nos meios jurídicos. A idéia inicial de que cidadão seria apenas aquele indivíduo de uma sociedade que vota e pode ser votado vem sendo substituída pela de participação ativa na sociedade.

Dentre as formas de participar ativamente no seio social destaca-se a participação popular na gestão municipal. Ao longo dos anos, aumenta-se a prática da participação do povo nas decisões sobre políticas públicas e isto se deve, primordialmente, pela redemocratização proporcionada pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Além de dispositivos constitucionais, a legislação infraconstitucional também é responsável pelo ingresso no mundo jurídico de novos instrumentos que concretizam a democracia no processo de gestão das cidades, tais como o Estatuto da Cidade e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Este trabalho tem por objetivo analisar duas formas de efetivar a cidadania – Orçamento Participativo e Plano Diretor Participativo – por meio da participação do povo na gestão administrativa municipal. Para tanto, serão feitas considerações sobre a cidadania nos dias atuais, bem como sobre a posição do município na Constituição Federal de 1988.

2 CIDADANIA NOS DIAS ATUAIS

A história do desenvolvimento do Estado brasileiro retrata a inexistência de uma efetiva participação política do cidadão nas decisões políticas do município. Pelas inúmeras revoltas ocorridas no Estado brasileiro, observa-se que vários grupos sociais, como negros e trabalhadores, ficaram, por um longo período, excluídos do processo político do país, restando esquecida a democracia participativa.

Note-se que, por muito tempo, o *status* de cidadão era concedido pelo Estado ao indivíduo no exclusivo intuito de alcançar

a igualdade formal. Tal concepção é facilmente verificável pela exclusão da mulher do direito ao voto. Segundo Francisco Mesquita de Oliveira (2003, p. 86):

A cultura da não-participação, os efeitos da política clientelista e os interregnos da ditadura que proibiram a ação política, criaram no Brasil um *concepção de cidadania passiva* de não-atuação política do cidadão, reforçando a inércia e indiferença das pessoas em relação ao Estado.

Cansada da ditadura militar, a sociedade civil começa a se mobilizar em busca da redemocratização, o que ganha força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem entre os seus fundamentos a cidadania e o pluralismo, que ampliou os direitos políticos, bem como arrolou uma gama de direitos fundamentais, como se observa da análise dos artigos 1º, II e V, 5º a 16 da Constituição de 1988. Como bem assinala Brian Wampler e Leonardo Avritzer (2004, p. 220):

Os primeiros esforços para a institucionalização da participação de cidadãos na formulação de políticas públicas tiveram início durante a Assembleia Constituinte no período de 1987-1988. Durante tal período a sociedade estava ativa e organizada, e foi capaz de promover inovações institucionais significativas à medida que seus atores juntaram forças com a sociedade política para influenciar a elaboração da nova constituição brasileira.

Assim, observa-se que as intensas greves, passeatas e mobilizações realizadas durante o processo de redemocratização retratam o início de uma nova formulação do que seja cidadania. O membro da sociedade torna-se sujeito ativo dos processos políticos.

Surgiu, assim, a necessidade de garantir a igualdade material entre os indivíduos, o que resultou na possibilidade de que todos participassem efetivamente na sociedade, construindo, assim, o seu *status* de cidadão.

De um esforço do cidadão em participar ativamente das decisões políticas da sociedade em que vive, decorre a efetivação

da antes marginalizada democracia participativa. Surge, então, um novo paradigma da cidadania em contraposição ao modelo de cidadania existente no período anterior ao surgimento da Constituição de 1988. Nesse sentido, oportuna é a lição de Francisco Mesquita de Oliveira (2003, p. 87):

Nessa nova cidadania, os cidadãos são sujeitos e não objetos da política. Como sujeitos, têm atuação efetiva em processos políticos, pois entendem que o direito resulta da luta social e não é dádiva do Estado. Na cidadania ativa, o cidadão tem "direito a ter direito.

Nessa linha de raciocínio, resta evidente que uma nova realidade vem sendo desenhada. Assim, a exigência de participação do indivíduo em de dada comunidade política, influenciado no processo de decisões políticas, bem como a existência de direitos e deveres atribuídos ao mesmo, favorecem para a ocorrência de reajustes no atual conceito de democracia, o que enseja uma interação maior entre a democracia representativa e a democracia direta.

Além das tradicionais formas de participação popular, como o plebiscito, o referendo e a ação popular, inúmeros outros instrumentos estão sendo colocados à disposição da população para que a mesma participe efetivamente na gestão da sociedade, tais como os orçamentos participativos, as audiências públicas, os conselhos setoriais. Acrescente-se, ainda que o âmbito de atuação é, preferencialmente, o municipal como se verá no próximo tópico deste trabalho.

3 GESTÃO MUNICIPAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Município adquiriu uma dimensão e status sem precedentes, conforme se observam nos arts. 1º e 18 da mesma. Ao Município é reconhecida a qualidade de ente federado, dotado de autonomia financeira, administrativa e política. A este ente federado cabe a execução de serviços locais, conforme as prioridades para se alcançar o interesse público, a captação e gerenciamento de recursos, a eleição dos seus

dirigentes políticos, bem como a sua auto-organização por meio de leis locais.

Ressalte-se que, ao se analisar a questão do Município como ente integrante da federação brasileira, não se pode desconsiderar a importância de que, faticamente, tem-se uma forma de organização política que se concentra primordialmente com as necessidades mais imediatas da população. Entre as unidades administrativas, o Município destaca-se por ser a mais simples e, portanto, a que mantém um contato mais estreito com os cidadãos. Pode-se afirmar que é um local que, mais facilmente, tende a proporcionar a realização das aspirações dos membros da comunidade. O próprio constituinte de 1988, ao dispor sobre a competência de tal ente federativo, percebeu a proximidade existente entre o povo de um município e seus governantes.

A competência do Município é determinada conforme o interesse local e prevalecerá sobre a competência da União e dos Estados sempre que, entre os interesses envolvidos, predominar o local. Não há consenso na doutrina sobre o âmbito da expressão *interesse local*, no entanto, vale ressaltar as palavras de Nelson Nery Costa (2006, p.88) sobre o assunto:

Os *interesses locais* são aqueles relacionados ao cotidiano da vida municipal, que dizem respeito diretamente aos problemas de vizinhos, sendo *predominante* a competência do Município sobre tais matérias.

Assim, pelo que se entende por interesse local, acrescido da maior proximidade existente entre os membros da sociedade e os dirigentes políticos, bem como da notável homogeneidade local, que facilita a identificação das necessidades da sociedade e das soluções para as mesmas, percebe-se que há condições expressivas de se efetivar a participação popular no âmbito municipal.

Nota-se, portanto, que o Município tem papel fundamental para a prática da democracia participativa. Nesse sentido, assinala Gilberto Nardi Fonseca (2004, p.68) que:

É no município que o cidadão pode exercer plenamente a sua cidadania, no seu local de moradia é que poderá se iniciar um grande processo de transformação, através da participação nas decisões que lhe afetam diretamente e da fiscalização das ações administrativas dos governantes locais.

Assim, os diversos municípios que põem em prática os instrumentos de participação popular, garantindo a efetiva cidadania dos membros do ente municipal, são merecedores de aplausos, e aqueles que ainda não iniciaram por este novo caminho é esperada tal iniciativa para, então, fazer valer o princípio do Estado Democrático de Direito.

4 PLANO DIRETOR E ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

O ordenamento jurídico brasileiro, além dos já conhecidos instrumentos da democracia indireta – iniciativa popular, referendo, plebiscito e ação popular – está repleto de dispositivos que ampliam as hipóteses de efetiva participação dos cidadãos na gestão do Poder Público. O constituinte de 1988 deixou evidente a necessidade de se alargar o conceito de cidadania ao prever em vários dos seus dispositivos novas formas de acesso ao poder pelo povo, como se observa, por exemplo, pela leitura dos arts. 10, 29, XII, 58, §2º e 198, III.¹ Nesse sentido, valem as palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2005, p. 26), que afirma que “[...] em matéria de participação democrática, o Legislador Constituinte superou o simples âmbito eleitoral, para projetá-la em todos os processos sociais e públicos [...]”.

Assim, percebe-se que o cidadão não ficará mais restrito ao ato de votar, mas a ele se abriu um amplo espaço para participar

¹ Art. 10 – É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Art. 58, §2º – As Comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; [...].

Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III – participação da comunidade.

efetivamente das decisões políticas. Esse espaço é verificado, por exemplo, na prática do plano diretor participativo e do orçamento participativo.

Ambos são instrumentos da democracia participativa que, a cada dia, vêm sendo utilizado por um maior número de gestores públicos no âmbito de suas administrações municipais.

É de se destacar, ainda, que a implantação desses novos instrumentos favorecedores da participação popular na escolha das políticas públicas de dado município, contou com o surgimento de novos atores sociais, ou seja, com uma reconstrução do espaço público local.

Esse novo espaço público local que surge é produto do período compreendido pela transição da ditadura para um novo tempo democrático, ocasião em que vários movimentos sociais e associações civis buscavam resgatar o exercício da democracia esquecida durante a ditadura militar.

Surgiram, portanto, novos atores sociais que, resistindo ao poder institucionalizado e à desigualdade da distribuição do espaço urbano e dos serviços públicos, reivindicavam o reconhecimento do direito fundamental a participar das decisões políticas, ou seja, de participarem efetivamente da administração pública, fator que contribuiu sensivelmente para influenciar na implantação do Orçamento e Plano Diretor Participativo.

4.1 Plano Diretor Participativo

Inicialmente, cumpre abordar em poucas palavras o que seja Plano Diretor. O Plano Diretor é o instrumento que irá orientar o município nas suas políticas de desenvolvimento urbano.

Previsto na Constituição Federal de 1988, o Plano Diretor passou a ser indispensável à realização das políticas públicas. Basicamente, conterà dispositivos que regularão o uso e a ocupação do solo, a implantação das unidades de saúde, educação, lazer, as áreas de moradias, as formas de proteção ambiental, de resguardar

o patrimônio histórico cultural, ou seja, a organização do espaço urbano em geral.

Segundo lição de Maria da Graça Agostinho Faccio (2006, p. 02-10), o Plano Diretor surge como um instrumento para promover a reforma urbana.

Ainda sobre o assunto, vale lembrar os ensinamentos de Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2005, p. 236), para quem o plano diretor “é muito mais que um plano de obras. Deve tratar o espaço como uma manifestação social, que envolve aspectos físicos, econômicos, sociais, institucionais. Não é um fim em si mesmo, seu objetivo é a melhoria da qualidade de vida da população”.

Nesse mesmo sentido, manifesta-se Jacintho Arruda Câmara (2002, p. 307), ao afirmar que “a noção de plano diretor sempre conduziu à idéia de um instrumento normativo básico para dirigir o desenvolvimento do Município nos seus mais variados aspectos (físicos, econômico, social etc)”.

Percebe-se, no entanto, que embora com *status* constitucional, o Plano Diretor só veio a efetivar-se com a publicação do Estatuto da Cidade. Este foi o dispositivo legal elaborado com vistas a normatizar o desenvolvimento do espaço urbano, definindo traços elementares desse instrumento de política urbana, conforme bem visualizado por Janaina Rigo Santin (2006, p. 05):

Dessa forma, para atender a exigência constitucional e regulamentar o capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, foi finalmente editada a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade. Estabelece que os Municípios deverão implementar uma política urbana voltada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, prevendo, em seu artigo 2º, os objetivos da política urbana municipal. Dentre eles encontra-se: a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, na *formulação, execução e acompanhamento* de planos, programas e projetos

de desenvolvimento urbano” e, audiências do Poder Público Municipal com a população interessada.

Outrossim, o Estatuto da Cidade inovou, consideravelmente, ao prever, entre os seus inúmeros dispositivos, normas que visam democratizar a gestão municipal, como o art. 2º, II, que prevê a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Nas palavras de Anamaria Sant’Anna Murta (2006, p. 01):

[...] a Lei Federal 10.257/2001, chamada Estatuto da Cidade, que se destaca pela busca de garantia de participação da comunidade na decisão e gestão do que se pretende, se pode e se deve fazer em cada cidade. É um passo administrativo novo, conquistado, que ainda precisa ser entendido e assumido pelas prefeituras e pela população.

Em respeito aos dispositivos constitucionais que ampliaram o poder e a autonomia local, a Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) dispôs de regras atinentes ao regime jurídico desse instrumento. Dentre elas, tem-se a obrigatoriedade na elaboração de um Plano Diretor para as cidades com mais de 20 mil habitantes e a observância de um conteúdo mínimo ao se elaborar reportado plano. Pode-se afirmar, também, que o Estatuto da Cidade veio para ampliar a sustentação legal do plano diretor participativo, que já encontrava esteio no art. 29, XII da Constituição Federal.

A estas disposições normativas, acrescenta-se, ainda, o art. 3º da Resolução nº 25/05 do Conselho das Cidades que vem exigir a participação popular no cumprimento do art. 41 do Estatuto da Cidade.²

2 Art. 41 – O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no §4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. §1º - No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas. §2º - No caso das cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

Assim, percebe-se que surge um novo mecanismo para alterar a realidade dos municípios brasileiros. De um Plano Diretor pautado tão-somente em aspectos técnicos, visando apenas planejar a estrutura física da cidade, sendo utilizado mais como um instrumento de obtenção de privilégios, o Plano Diretor, previsto no Estatuto da Cidade, passa a ser um verdadeiro instrumento viabilizador de um planejamento e gestão urbana condizente com as necessidades dos indivíduos de uma cidade.

Verifica-se, portanto, que, com instrumentos como o Plano Diretor Participativo, estarão efetivados os princípios que nortearam o Estatuto da Cidade, como a qualidade de vida, o bem-estar das pessoas, a justiça social.

A democratização da gestão pública resultará, assim, da participação popular na elaboração do Plano Diretor, ou seja, do instrumento que orientará toda a organização da sua cidade. Com isso, os cidadãos passam a ter direito a discutir sobre o planejamento urbano da sua cidade, bem como a fiscalizar toda a execução do plano aprovado. Segundo Maria da Graça Agostinho Faccio (2006, p. 06):

A participação da população é o elemento novo na proposta de planejamento e gestão urbanos previsto no Estatuto da Cidade, capaz de produzir mudanças mais significativas nas cidades e talvez o mais difícil de se concretizar, pois não acontece por decreto ou por força de lei (mesmo que a existência desta lei ajude no processo, como é o caso da Lei do Estatuto da Cidade, mas que por sua vez foi o resultado de uma mobilização social). O processo participativo acontece dependendo do nível de amadurecimento dos movimentos sociais e envolvimento da população e deve avançar para além do próprio Estatuto da Cidade, buscando ir além da conquista dos direitos à moradia e serviços urbanos.

Como demonstrado, portanto, o Plano Diretor Participativo tem por finalidade, diante do reconhecimento das características e problemas reais de uma cidade, visa, com a participação do povo, um melhor planejamento urbano.

Em linhas gerais, o processo de elaboração do Plano Diretor Participativo tem início com a divisão do município em áreas, onde serão concentradas as reuniões para discussão e escolha das propostas pelos cidadãos deste. Em seguida, as propostas serão apresentadas, discutidas e negociadas, com a finalidade de se elaborar uma única proposta para o Plano Diretor do município, o qual será submetido à apreciação da Câmara Municipal, a quem cabe deliberar e aprovar com a sanção do Prefeito, nos termos do art. 182, §1º da Constituição Federal.³

4.2 Orçamento Participativo

Além do Plano Diretor Participativo, um outro instrumento utilizado para se efetivar o ideal democrático é o Orçamento Participativo.

O Estado como pessoa jurídica sujeita de direitos e obrigações realiza gastos e auferir receitas. Da necessidade de planejar os seus gastos e as suas despesas, surge o orçamento. Numa concepção clássica, orçamento seria uma peça financeira, contábil, que contém a previsão das receitas e das despesas do ente federado.

No entanto, com as diversas transformações ocorridas no seio social, acrescido das alterações de papéis a serem executados pelo Estado, esse conceito inicial vem sofrendo alterações de modo a se compatibilizar com as recentes mudanças institucionais. Como bem assinalam Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath (2003, p. 101), "os governos modernos, pois, já não se satisfazem em manipular os recursos arrecadados. Buscam instrumentos poderosos de intervenção na sociedade, planejando a economia, dando-lhe o rumo que sua ideologia determina".

Assim, de uma concepção financeira, passa-se a uma

³ O processo de participação popular no Plano Diretor segue a regulamentação de cada município, desde que obediente ao Estatuto da Cidade e à Constituição Federal. O Ministério das Cidades dá suporte a tal processo participativo, por meio de resoluções (ex: Resolução nº 25, de 18/03/2005, do Conselho das Cidades - Ministério das Cidades, disponível em: <http://www.cidades.gov.br/planodiretorparticipativo/index.php?option=com_content&task=category§ionid=24&id=103&Itemid=153> e outros informativos, como a cartilha de vereadores disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/planodiretorparticipativo/>>. O processo a ser observado no município de Fortaleza/CE está disponível no endereço: <<http://www.sepla.fortaleza.ce.gov.br/planodiretor/>>

concepção política, ligada aos gastos e às receitas, mas, também, ao programa de governo do ente federado. O orçamento ao traçar o programa a ser desenvolvido pelo governo, acaba por vincular o governante aos objetivos ali arrolados. É, justamente, nesse instrumento político e administrativo que se abre um novo espaço para o exercício da cidadania.

A história da formação do Estado brasileiro tem forte influência no modelo orçamentário adotado pelos entes federados. A sociedade brasileira é fortemente marcada pelo clientelismo político, pela marginalização de grupos sociais e pela dominação da coisa pública pela elite. De um Estado pautado nestas características, não poderia ter resultado um modelo de orçamento senão aquele centralizado no governante e pautado num clientelismo político. Apenas os governantes e seu acervo de técnicos são os responsáveis pela elaboração da proposta orçamentária, que, posteriormente, vem a se submeter à disputa de poder político característico das Casas Legislativas. A Câmara Municipal, detentora da competência para deliberar e aprovar o orçamento, disputa por parcelas deste, enquanto a população mantém-se alheia a todo processo orçamentário. Ressalte-se, inclusive, a possibilidade da grande massa popular sequer imaginar a existência de um instrumento como o orçamento público.

Percebe-se, portanto, que o orçamento muitas vezes é elaborado em desacordo com a realidade local e, justamente para alterar esse quadro irreal, é que vem surgindo em alguns municípios, com pioneirismo marcante para o município de Porto Alegre, uma administração popular que tem por objetivo inserir o cidadão no processo de gestão municipal.

Um dos instrumentos utilizados para concretizar tal objetivo foi o da participação popular no processo de elaboração orçamentária. Essa inovadora forma de participação popular, em que há manifesto exercício da democracia participativa, denomina-se Orçamento Participativo.

Através do orçamento participativo o cidadão tem a oportunidade de contribuir no processo de decisão sobre a alocação dos recursos públicos, ou seja, sobre onde e como serão realizados

os investimentos públicos. A elaboração do Orçamento Participativo vem alterando sensivelmente o quadro de alguns entes federados que tinham por prática de não-inclusão do cidadão do processo de elaboração do orçamento.

Nessa perspectiva, valiosa a lição de Renato Raul Boschi (1999, p. 655-690):

Entre as formas de participação popular na administração pública que emergiram nas duas últimas décadas no Brasil sobressai a proposta de Orçamento Participativo - OP. Com ele, a idéia de democracia participativa adquiriu maior consistência e as numerosas experiências desenvolvidas, embora tenham alcançado êxito variado, contribuíram para o amadurecimento e a popularização desse modelo de gestão pública.

Ainda nesse sentido, Denise de Queiroz Ferreira (2003, p. 70):

Hoje, a participação da população nas decisões para a destinação de parte dos recursos públicos é uma realidade existente em várias cidades, não só aquelas governadas pelo Partido dos Trabalhadores, como no início, mas também governadas por partidos do centro e até de direita. A administração pública, diante da realidade atual em que os processos de mudança são grandes e visíveis, busca sua modernização através da 'co-gestão' dos recursos, procurando atender as prioridades de cada região.

Esse instrumento de participação popular encontra respaldo legal no já citado art. 29, XII, da Constituição Federal⁴, no art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁵, bem como no art. 4º, III, f, do

4 Art. 29 - O Município rege-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal; [...].

5 Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Estatuto da Cidade⁶, ao preverem em seus dispositivos a necessidade da realização de audiência e consulta públicas para a elaboração e discussão das leis orçamentárias. A estes dispositivos, acrescenta-se, ainda, a eventual existência de norma constante na Lei Orgânica do Município, que, respeitando os princípios constitucionais, pode vir a prever expressamente a participação de cidadãos na gestão municipal.

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 11) prevê a existência de três princípios que devem nortear a implantação do Orçamento Participativo. São eles:

a) todos os cidadãos têm o direito de participar, sendo que as organizações comunitárias não detêm, a este respeito, pelo menos formalmente, *status* ou prerrogativas especiais;

b) a participação é dirigida por uma combinação de regras de democracia direta e democracia representativa, e realiza-se através de instituições de funcionamento regular cujo regimento interno é determinado pelos participantes;

c) os recursos de investimento são distribuídos de acordo com um método objetivo baseado em uma combinação de "critérios gerais" – critérios substantivos, estabelecidos pelas instituições participativas com vista a definir prioridades – e de "critérios técnicos" – critérios de viabilidade técnica ou econômica, definidos pelo Executivo, e normas jurídicas federais, estaduais ou da própria cidade, cuja implementação cabe ao Executivo.

Como visto, o Orçamento Participativo é o instrumento que possibilita a participação de cidadãos no processo de escolha de como e onde serão gastos os recursos públicos. Segundo Brian Wampler e Leonardo Avritzer (2004, p. 221), "o OP é um novo tipo de sistema decisório no qual cidadãos têm autoridade para votar sobre a destinação de receitas gerais e sobre áreas/temas de políticas específicas". A esta atuação conferida ao cidadão de

6 Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...] III – planejamento municipal, em especial: [...] f) gestão orçamentária participativa; [...].

discutir e elaborar propostas, some-se o ato de escolha dos seus representantes que irão discutir as propostas apresentadas e fiscalizar a execução de todas as metas traçadas no Orçamento Participativo.

Nesse mesmo sentido, vale ressaltar as palavras de Luciano Fedozzi (2001, p. 10):

Ao instituir uma esfera pública de co-gestão, com regras universais e previsíveis de participação e com um método transparente de decisão sobre a alocação dos recursos públicos, por meio de critérios objetivos e impessoais para a seleção das demandas, o OP engendra a constituição de uma esfera pública democrática que favorece a *accountability*, criando obstáculos objetivos tanto para a utilização pessoal/privada dos recursos, por parte dos governantes, como para a tradicional troca de favores que caracteriza o fenômeno clientelista na história do país.

Seguindo os moldes do plano diretor participativo, o processo de elaboração do orçamento participativo tem início com a divisão do município em áreas, de modo a facilitar a discussão e escolha de propostas pelos cidadãos que compõe o município.

Em linhas gerais, o Orçamento Participativo se desenvolve através de reuniões comunitárias, que servem de espaço para a conquista de novos participantes. Neste momento, há todo um trabalho das associações de bairro, de cooperativas, de ONGs para mobilizar os moradores de dado município a participarem na escolha de onde e como serão feitos os investimentos.

Em seguida, ocorrerão as assembleias gerais – preparatórias e deliberativas, dos Fóruns de delegados, de Reunião no Conselho do Orçamento Participativo, culminando com a elaboração do plano de investimentos que seguirá para apreciação da Câmara Municipal.

Ressalte-se, por fim, que a execução do Orçamento Participativo espelha-se no modelo implantado por Porto Alegre. No entanto, de acordo com as peculiaridades de cada município, este canal de participação adapta-se de modo a efetivar o máximo possível a democracia na gestão municipal. Assim, cada entidade

municipal constrói a sua experiência de Orçamento Participativo, segundo as suas condições particulares.

5 OS OBSTÁCULOS

É indiscutível que a Constituição de 1988 conferiu aos Municípios uma responsabilidade maior em relação à melhoria das condições de vida da sua população, à solução de seus problemas urbanos e a sua gestão administrativa.

Como já abordado, o plano diretor e o orçamento participativo são instrumentos inovadores na busca pela efetivação da democracia participativa na esfera municipal. No entanto, há que se reconhecer que, embora tenham proporcionado significados avanços, a implantação destes instrumentos não é por todos aceita.

Vários obstáculos são apresentados, o que resulta numa resistência retrógrada em efetivar a prática de tais instrumentos. Destaca-se como argumentação desfavorável, a de que os cidadãos não teriam competência para decidir sobre assuntos de grande implicância para o desenvolvimento da cidade.

Sem dúvida, percebe-se que os indivíduos, na sua maioria, mantêm-se desinteressados por assuntos políticos. Esse fato decorre da sociedade elitista em que se encontram, onde o poder concentra-se nas mãos de poucos e a sua participação nas decisões jurídicas mantém-se distante. De outro modo não poderia ser, vez que, na sociedade brasileira, o poder político tem sua origem no modelo patriarcal, autoritário, onde não existia a separação da esfera pública da privada. No entanto, um árduo, mas eficiente, trabalho de conscientização pode reverter esse quadro de apatia política e resultar numa participação efetiva e consciente dos indivíduos.

Acrescente-se, ainda, que esta conscientização deve ser realizada, inclusive, nos representantes escolhidos pelos cidadãos, como os delegados do Orçamento Participativo. E tal é necessário, pois seria uma forma de prevenir o surgimento de uma nova espécie de clientelismo, como o que pode vir a surgir com o praticado pelos líderes comunitários.

Igualmente, tem-se argumentado que a realização das propostas sugeridas não seria viável ante a ausência de verbas públicas. De fato, não há aporte financeiro para a realização de todas as propostas e isto deverá ser trabalhado durante as reuniões e assembléias, manifestando-se como uma das vertentes da conscientização. O cidadão terá a oportunidade de participar formulando propostas, mas será esclarecido que a realização das mesmas dependerá das receitas arrecadadas. O mesmo trabalho de conscientização, só que em nível de dificuldades técnicas e não financeiras, é realizado no plano diretor participativo. Todo um acompanhamento técnico deve existir para que os participantes saibam que não basta propor, discutir, mas atuar num espaço tecnicamente viável.

Outro obstáculo a ser superado é quanto à pressão negativa realizada pelo Legislativo. O Orçamento Participativo dificulta a prática do clientelismo pelos Vereadores. Dificilmente a proposta de lei orçamentária do Executivo vai ser sujeita a rejeição ou alterações, uma vez que a mesma passou diretamente pelo crivo do povo, não tendo por que razão os seus representantes votar contra a vontade de quem os elegeram.

Assim, percebe-se que, mesmo diante de dificuldades de se aceitar esse novo instrumento de participação do cidadão na gestão pública, há que se acreditar na evolução do mesmo que apenas começa a engatinhar. Faz-se necessário que a relação entre a Administração Pública e o cidadão seja pautada na democracia e na participação efetiva de todos. Isto significa, portanto, que instrumentos devem ser criados para garantir a existência de uma efetivo processo participativo.

O processo participativo não é implantado numa sociedade e pronto. É um processo que é construído a cada dia e, para isso, dependerá de um trabalho de conscientização social e amadurecimento dos grupos sociais que atuarão para a sua concretização. O êxito desses instrumentos de exercício da cidadania vai depender do grau de desenvolvimento do município, do rompimento com o tradicional sistema de clientela, do grau de mobilização social e, principalmente, da vontade do gestor municipal em associar à democracia representativa a forma participativa.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 foi elaborada sob uma nova concepção de cidadania. A cidadania que não fica restrita só ao ato de votar. O cidadão passa de coadjuvante a ator das decisões políticas, numa verdadeira associação da democracia participativa com a representativa.

Indiscutível, como já exposto neste trabalho, que o Município é o espaço ideal para a efetiva participação popular. É neste terreno que as relações entre indivíduos e Estado são mais estreitas, o que facilita a verdadeira prática democrática.

Alguns instrumentos têm sido reconhecidos como hábeis efetivar a cidadania, entre eles, o Plano Diretor Participativo e o Orçamento Participativo. Por meio destes instrumentos, a população influencia no processo de escolha da melhor forma de ocorrer o planejamento urbano de sua cidade e participa ativamente do processo de distribuição de recursos público, de como e onde vão ser alocados.

Apesar de excelentes instrumentos de efetivação da cidadania, a implementação do Plano Diretor Participativo e do Orçamento Participativo ainda deve percorrer um longo caminho para chegar a real efetivação de seus objetivos. No entanto, é certo que uma conscientização maior da população do seu poder de criar uma nova sociedade, a vontade do gestor municipal em concretizar o ideal democrático, bem como a utilização correta e eficaz de todos os instrumentos existentes, são suficientes para consolidar um real Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS

BOSCHI, Renato Rauí. Descentralização, clientelismo e capital social na governança urbana: comparando Belo Horizonte e Salvador. **Dados**. [on line]. 1999, vol.42, n° 4, p.655-690. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000400002&lng=pt&nrm=iso/> Acesso em: 10 jul. 2006.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FACCIO, Maria da Graça Agostinho. Plano Diretor Participativo e a construção do espaço público nas cidades brasileiras a partir do Estatuto da Cidade: possibilidades e limites. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**. FPOLIS, junho de 2006, n° 82, p. 02-10.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Plano Diretor**. In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FEDOZZI, Luciano. **Práticas Inovadoras de Gestão Urbana: o paradigma participativo**. Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/pdf/revista_PR/100/fedozzi.pdf> Acesso em 30 Out. 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Denise de Queiroz. Orçamento Participativo: instrumento de democratização da administração pública. In: **Contabilidade Vista e Revista**. Belo Horizonte: UFMG, v. 14, n. 3, 2003.

FONSECA, Gilberto Nardi. **A Gestão Democrática dos Municípios**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3478> > Acesso em 29 Out. 2006.

HORATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MURTA, Anamaria Sant'Anna. **Por um Plano Diretor Participativo**. Disponível em: <http://www.cultiva.org.br/textos/pdparticipativo_final.doc> Acesso em: 17 Jul. 2006.

OLIVEIRA, Francisco Mesquita. **Cidadania e cultura política no poder local**. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2003.

SANTIN, Janaina Rigo. **O Estatuto da Cidade e a Gestão Democrática Municipal**. Disponível em: < http://www.upf.br/cepeac/download/td_07_2006.pdf> Acesso em 30 Out. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: **Democratizar a democracia – os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos Participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P. (Org); NOBRE, Marcos (Org). **Participação e deliberação: Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: 34 Letras, 2004.

**A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE
DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
E-LIMITES DA LEGITIMIDADE DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(SUPREME COURT)'S NEW
PERSPECTIVE OF JUDICIAL REVIEW:
VERFASSUNGSWANDLUNG AND LIMITS OF
THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL
ADJUDICATION**

Lenio Luiz Streck

Pós-Doutor em Direito.

Professor Titular da Unisinos-RS.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Doutor em Direito.

Professor Adjunto da UFMG e da PUC-MG.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito.

Professor Titular da Unifor-CE.

Procurador do Município de Fortaleza.

E-mail:barreto@unifor.br

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:
A MUTAÇÃO COMO CAMINHO (OU CONDIÇÃO)
PARA A DECISÃO; 2 A RECLAMAÇÃO 4335-5,
O CONTROLE DIFUSO E AS CONSEQUÊNCIAS
DA NOVA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL; 3 O SISTEMA ATUAL DE CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE O PANO
DE FUNDO DA TRADIÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO; O PAPEL DO SENADO FEDERAL; 4

CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO NO BRASIL; 5 O PROBLEMA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO; DA ALTERAÇÃO DA NORMA DE UM TEXTO PARA A ALTERAÇÃO DO PRÓPRIO TEXTO; 6 APORTES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 PRELIMINARY CONSIDERATIONS: THE MUTATION AS WAY (OR CONDITION) FOR DECISION; 2 CLAIM 4335-5, THE DIFFUSE CONTROL AND THE CONSEQUENCES OF THE NEW POSITION OF THE SUPREME FEDERAL COURT; 3 THE CURRENT SYSTEM OF CONTROL OF CONSTITUTIONALITY ON THE BACKGROUND OF THE TRADITION OF THE DIFFUSE CONTROL: THE PAPER OF THE FEDERAL SENATE; 4 DIFFUSE CONTROL AND CONCENTRATED CONTROL IN BRAZIL; 5 THE PROBLEM OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE LIMITS OF THE JURISDICTION; OF THE ALTERATION OF THE NORM OF A TEXT FOR THE ALTERATION OF THE PROPER TEXT; 6 FINAL CONTRIBUTIONS; 7 REFERENCES.

Resumo: O presente artigo pretende apresentar objeções à nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. Para isso, discute criticamente a chamada mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Controle difuso. Mutações constitucionais. Legitimidade. Jurisdição constitucional.

Abstract: This article aims to develop some objections to the Supremo Tribunal Federal (Supreme Court's) new perspective of judicial review. To this end, it discusses the so-called *Verfassungswandlung* and some limits of the legitimacy of Constitutional Adjudication.

Keywords: Judicial review. *Verfassungswandlung*. Legitimacy. Constitutional adjudication.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A MUTAÇÃO COMO CAMINHO (OU CONDIÇÃO) PARA A DECISÃO

A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal a partir da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, com certeza, apenas mais um importante julgado.¹ Mais que isso: ao final dos debates entre os Ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo. Isso porque a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinnggebung*), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões.

É, pois, sobre esses aspectos cruciais que, motivados pela fertilidade do tema e pela responsabilidade como juristas comprometidos com o Estado Democrático de Direito, decidimos propor algumas reflexões sobre a matéria, na intenção de provocar discussões durante o processo decisório no Supremo Tribunal Federal. E a discussão que propomos inicia a partir dos bem fundamentados votos proferidos pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, que, acaso majoritários, estabelecerão uma ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional

¹ Até a publicação deste texto, o julgamento está no seguinte ponto: “Após o voto de vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007”.

no Brasil. Ao não concordarmos com os referidos votos, buscamos trazer alternativas teóricas que possam ser aptas a contribuir com o debate.

Afinal, numa sociedade que se quer democrática, é papel dos juristas comprometidos com essa sociedade contribuir não apenas para a formação de opinião pública especializada, mas também para a cidadania em geral, aprofundando a discussão sobre questões centrais para a realização permanente do Estado Democrático de Direito. Dialogar com as instituições, especialmente com o Supremo Tribunal Federal, e com uma esfera pública ampliada é a razão central que justifica escrever a presente contribuição.

2 A RECLAMAÇÃO 4335-5, O CONTROLE DIFUSO E A AS CONSEQÜÊNCIAS DA NOVA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fundamenta o entendimento do Min. Relator Gilmar Mendes o fato de que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl. nº 1880, 23.05.2002), o Tribunal reconhece o cabimento de reclamações que comprovem “prejuízo resultante de **decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal**, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado” (grifamos).

A questão envolve aspectos sobre a natureza do poder constituinte – e do poder constituinte brasileiro –, num primeiro momento, e, ainda, elementos acerca do caráter sofisticado do controle da constitucionalidade no Brasil, isto é, caracterizado pela co-existência dos modelos de controles concentrado e difuso.

Sendo mais específicos e utilizando parte do voto do Min. Eros Grau (concorde com o Relator), na verdade houve a alteração do próprio texto constitucional. Assim, como admite o Min. Eros Grau:

passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal

Federal, a outro texto: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. (grifou-se).

Pacífico é o entendimento do papel das cortes constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar, nas distintas formas de controle da constitucionalidade. Essa vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade. Mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção intelectual.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição da República) julga “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade *nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão*; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, *devolvido* a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República).

Essa exigência aplica-se com maior rigor quando se tem diante dos olhos casos que envolvam as chamadas cláusulas pétreas. Não foi outro o entendimento do Tribunal Federal Constitucional alemão quando, em 17 de agosto de 1956, proibiu a existência

do Partido Comunista da Alemanha (KPD). Os termos do acórdão nº 14 daquele ano não deixam dúvidas: "Um partido não é inconstitucional quando ele apenas não reconhece os mais elevados princípios de uma livre e democrática ordem constitucional; deve se constatar uma postura mais ativa, agressiva e de luta contra esta ordem existente"².

Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as "teses" - e não contra os julgados -³ do Supremo Tribunal Federal incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agir somente diante de uma **situação contextualizada**⁴

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Essa compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX.

2 No original: "5. Eine Partei ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie die obersten Prinzipien einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung (vgl. BuerfGE 2, 1[12f.]) nicht anerkennt; es muß vielmehr aktiv, kämpferische aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen" (1956, p. 85).

3 Não vamos discutir, aqui, o problema da relação entre o papel do Senado (art. 52, X, CF) e a questão da "repercussão geral" introduzida pela EC 45/04, regulamentada no art. 543-B do CPC. Observe-se a complexidade do problema: além do poder que o Supremo Tribunal Federal terá a partir da equiparação do controle difuso ao controle concentrado, tem-se que aquela Corte pode, agora, determinar a interpretação de uma norma constitucional e impô-la a todos os processos em sede de controle difuso. Podem ser anuladas, inclusive, as decisões já proferidas pelas diversas instâncias do Poder Judiciário. Portanto, como bem alerta Fernando Facury SCAFF (Novas Dimensões do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Prevalência do Concentrado e Ocaso do Difuso. In: Revista Dialética do Direito Processual n.50, São Paulo, 2007, pp. 20 e segs), isto é mais do que uma súmula vinculante: é uma decisão única, tomada por seis ministros (maioria absoluta), que pode desfazer as decisões adotadas pelos Tribunais de todo o País. A exigência de quorum qualificado (oito votos) é apenas para o juízo de admissibilidade e não para a votação do mérito. É um poder jamais visto no Brasil nas mãos do STF" (1956, p. 85).

4 O que não significa dizer em concreto, quando direitos subjetivos não estão em questão, ou seja, no sentido esse em que o termo é comumente emprestado por doutrina e jurisprudência do controle da constitucionalidade.

3 O SISTEMA ATUAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE O PANO DE FUNDO DA TRADIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: O PAPEL DO SENADO FEDERAL

A tradição brasileira de controle da constitucionalidade é a de controle difuso. Desde a Constituição de 1891 até a de 1988, o controle difuso foi incorporado ao rol de competências do Poder Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal como a última instância neste e em todas as outras questões. A partir da Constituição de 1934 até os dias atuais, permanece a competência do Senado Federal de, por meio de resolução, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Aqui também uma tradição já consolidada no constitucionalismo brasileiro, na medida em que são corridos mais de setenta anos da mencionada realidade institucional. O controle concentrado de constitucionalidade somente apareceu quando da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, então oferecendo nova redação ao art. 101 da Constituição de 1946, não se confundindo, todavia, com a chamada ação interventiva introduzida em 1934.

Essa realidade permaneceu quase inalterada até, praticamente, 1988. Aqui a redação original da vigente Constituição da República incorporou à ação direta de inconstitucionalidade - ADI - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADI por omissão e a ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental. Somente em 17 de março de 1993, com a Emenda Constitucional nº 3, é que foi introduzida no sistema de controle concentrado da constitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade, diga-se, de passagem, de duvidosa constitucionalidade, entre outras razões por não possuir similar em qualquer sistema constitucional contemporâneo.

Ainda assim, esses processos de controle concentrado da constitucionalidade aguardaram até o final de 1999 para receberem tratamento legislativo mais específico, o que se deu com as Leis nº 9.868 e nº 9.882 ainda pendentes em parte, todavia, de decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal quanto à sua constitucionalidade.

A ADI foi a forma que o constituinte originário encontrou de também envolver a sociedade civil organizada na guarda da Constituição. A objetividade desta observação comprova-se a partir da leitura do rol dos ativamente legitimados para a propositura de ADI: encontram-se no art. 103 da Constituição da República tanto representantes do Estado, como da sociedade. Neste sentido, a tônica democrático-participativa da Constituição se evidencia, já que a própria Constituição não compreende a sociedade sem seus nexos com o Estado e vice-versa (veja-se, já aqui, a importância do alargamento da legitimidade, questão que assumirá relevância no exame da Reclamação sob comento, que “equipara” coisas absolutamente diferentes: uma – a ADI –, ao também atribuir legitimidade processual autônoma a entes da sociedade civil; a outra – o controle difuso –, feita por todos juízes e tribunais, por iniciativa das partes ou de ofício, de modo incidental a processos em que atuem).

Assim, se para alguns, num primeiro momento, teria sido possível afirmar que a ADC seria um “instrumento da governabilidade” – e não da democracia – tal não é mais: após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ADI, ADC e ADPF, mostra com clareza que a tarefa do controle concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais.

Essa diferenciação possui outros desdobramentos possíveis no quadro do sistema constitucional. Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado, poderá existir, nesse controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado

Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.*

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é *ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.**

Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

É preciso entender que a questão do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão. Isso parece claro. O texto do art. 52, X, da Constituição do Brasil, somente tem sentido se analisado – *portanto, a norma que dele se extrai* – a partir de uma análise do sistema constitucional brasileiro. O sistema é misto.

Portanto, parece óbvio que, **se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença.** É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei nº 9.868/99). O controle difuso tem na sua *ratio* o efeito *ex tunc* **entre as partes.**

Então, qual é a função do Senado (art.52,X)? Parece evidente que esse dispositivo constitucional não pode ser inútil. Veja-se: em sede de recurso extraordinário, o efeito da decisão é *inter partes* e *ex tunc*. Assim, na hipótese de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso extraordinário, *remeterá a matéria ao Senado da República, para que este suspenda a execução da referida lei (art. 52, X, da CF).* Caso o Senado da República efetive a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, agregará aos efeitos anteriores a eficácia *erga omnes* e *ex nunc*. Nesse sentido,

[...] há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. *Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei.* Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Austria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (revogação). Dito de outro modo, *quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta irrita, nenhuma.* Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional,

em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado.* Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos *inter partes* em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: *por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia?* Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RMS 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado (STRECK, 2004, p. 479 e ss).

A discussão sobre se o Senado está ou não obrigado a elaborar o ato é outra coisa. O que está em jogo na presente discussão é a própria sobrevivência do controle difuso e os efeitos que dele devem ser retirados. *Não por diletantismo acadêmico-intelectual, mas pela objetiva e singela razão de que a Constituição da República possui determinação expressa sobre o papel do Senado neste sentido e que não foi revogada.* Por isso cabe insistir nesse ponto, e não apenas em nome de uma suposta defesa da tradição pela tradição, *mas de todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira; e da grave lesão que representa para o "modelo constitucional do processo" e do sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais a atribuição de eficácia erga omnes de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário.*

E isso envolve uma discussão paradigmática que está presente a todo momento nas presentes reflexões (afinal, o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a ativismos e decisionismos judiciais).

Parece que a diferença está na concepção do que seja vigência e eficácia (validade). *Decidir* – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – *que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição.* Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, *uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante).* E *súmula não é igual a controle concentrado.*

Assim,

se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades).* [...] Uma decisão de inconstitucionalidade – em sede de controle dito “objetivo” (sic) – funciona como uma derrogação da lei feita pelo Poder Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar uma inconstitucionalidade no controle concentrado, supostamente funciona como “legislador negativo” (sic). Por isso também são bem distintos os efeitos das decisões de inconstitucionalidade em países que possuem controle difuso ou controle misto (concentrado-difuso) e aqueles que possuem apenas o controle concentrado, bastando ver, para tanto, como funcionam os tribunais constitucionais europeus em comparação com os Estados Unidos (controle difuso *stricto sensu*) ou o Brasil (controle misto). [...] Em face disso é que, em sede de controle difuso, torna-se necessário um *plus* eficaz à decisão do Supremo Tribunal, introduzido em 1934, com o objetivo de conceder efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade (hoje o art. 52,X). Observemos: tanto no controle concentrado

como no difuso o Supremo Tribunal Federal decide através de *full bench*. A diferença é que, na primeira hipótese, o controle é “objetivo” (é “em tese”, como diz a doutrina, embora saibamos que não há decisões *in abstracto*); no segundo caso, o julgamento representa uma questão prejudicial de um determinado “caso jurídico”. Mas, então, há que se perguntar: se em ambos os casos o julgamento é feito em *full bench* e o *quorum* é o mesmo (mínimo de seis votos), *o que realmente diferencia as decisões? [...] Mas, se são iguais, porque são diferentes?* Aí é que está o problema: as decisões exurgentes do controle difuso não possuem autonomia, pois *dependem do “socorro” do poder legislativo para adquirir força vinculante erga omnes.* É uma questão de cumprimento do princípio democrático e do princípio do devido processo legal. É nesse sentido que o Senado, integrante do Poder Legislativo, ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atuará *não no plano da eficácia da lei (essa é feita em controle concentrado pelo STF), mas, sim, no plano da vigência da lei.* Daí que, no primeiro caso – controle concentrado – o efeito pode ser *ex tunc*; no segundo caso – controle difuso – o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto e *ex nunc* após o recebimento desse *plus* eficaz advindo de um órgão do Poder Legislativo. [...] Na verdade, o que faz a riqueza do sistema são essas possibilidades de divergir. Conseqüentemente, *não é qualquer decisão que pode ser vinculante.* E isso é absolutamente relevante. Afinal, nosso sistema não é o da *common law*. Aliás, mesmo no sistema da *common law*, há que se levar em conta, como bem lembra Dworkin, a força gravitacional dos precedentes. *Uma decisão só pode ser considerada como sendo “um precedente” retrospectivamente se for considerado o caso concreto objeto de apreciação aqui e agora. Caso contrário, adotaríamos a tese da aplicação mecânica dos precedentes, típica do positivismo exegético, enfim, do convencionalismo estrito” (STRECK, 2006, p. 115 e ss.).*

Deve, ainda, ser ressaltado que

Se entendermos que uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso vale contra tudo e contra todos, além de ter efeito *ex tunc*, também

teremos que entender que uma decisão afirmando a constitucionalidade de uma lei deve ter igual efeito. E teremos que suportar as conseqüências. E os efeitos colaterais. [...] Assim, por uma exigência de integridade no Direito (Dworkin), parece óbvio afirmar que a norma constitucional que estabelece a remessa ao Senado (art. 52, X) não poderia ser "suspensa" em nome de argumentos políticos ou pragmáticos. (STRECK, 2006, p. 115 e ss.).

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é. (STRECK, 2006, p. 115 e ss.).

4 CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO NO BRASIL

A competência do Senado Federal estabelecida pelo art. 52, X da Constituição, para além de se materializar no exercício de uma atribuição do poder constituinte originário, deixa-se refletir, ainda quando da contextualização de seu lugar constitucional. Espaço de representação política da Federação, ao Senado Federal foi atribuída a competência do art. 52, X da CF porque, racionalmente, somente a um organismo da Federação é que poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos, por exemplo, oriundos de outros entes da Federação, como Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão, especialmente, da amplamente solidificada sistemática de controle da constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no Supremo Tribunal. Tem-se, então, uma dupla acepção de democracia: a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro.

Como se trata de uma das Casas do Poder Legislativo, o Senado Federal não teria como estar vinculado ao entendimento

do Supremo Tribunal, o que também é pacificamente aceito pelo próprio STF. Porém, se o Senado Federal decidir pela suspensão, deverá fazê-lo, nos termos do entendimento esboçado pelo STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados deste último. Tem-se aqui, do ponto de vista da idealidade, um sistema de controle bem formulado e, do ponto de vista do realismo, que não tem sido a fonte de martírios para a Constituição da República.

Assim, não parece prosperar o entendimento do Sr. Min. Relator a respeito da evolução das formas e métodos de controle da constitucionalidade, quando recorre especificamente à interpretação conforme a constituição (*verfassungsgkonforme Auslegung*) ou a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*). O problema afigura-se mais complexo.

Com efeito, declarar a inconstitucionalidade não pode ter os mesmos efeitos que não declarar a inconstitucionalidade (embora esse equívoco tenha sido cometido pelo legislador brasileiro, ao conceder efeitos "cruzados" nas ADIs e ADCs). Isto é, é preciso ter claro que nem mesmo nos sistemas constitucionais que podem ser considerados como "consolidados" como Espanha e Portugal, a afirmação da constitucionalidade (ou, se se quiser, a não pronúncia de inconstitucionalidade) tem efeito vinculante (não esqueçamos, aqui, que a interpretação conforme é uma forma de "afirmação da constitucionalidade" – veja-se, nesse sentido, a opinião de autores como J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 950) e Jorge Miranda (1996, p. 265 e ss) sobre os efeitos da interpretação conforme a Constituição. Dito de outro modo, eis aqui uma diferença fundamental entre as decisões que acolhem a inconstitucionalidade e as que a desacolhem: as primeiras fazem coisa julgada material; as segundas têm força meramente de coisa julgada formal, não impedindo sequer que o mesmo requerente solicite novamente a apreciação da inconstitucionalidade da norma anteriormente "declarada" (*sic*) constitucional. Duas razões podem ser elencadas em favor dessa tese, a partir das lições de Rui Medeiros, Miguel Galvão Teles, Ferreira de Almeida e Garcia de Enterría: primeiro,

a eficácia geral da declaração de constitucionalidade impediria que, por uma evolução da interpretação das regras constitucionais resultante da transformação das circunstâncias e das concepções e porventura da própria alteração da mentalidade do tribunal, repusesse-se o problema da validade de normas já anteriormente apreciadas. Ou seja, se tribunal constitucional pudesse declarar a conformidade da norma com a Constituição, estaria a tornar estáticos e rígidos normativos abertos à variação do devir e cujas previsões e estatuições adequam-se ou “desadequam-se” com a mudança natural das coisas. A atribuição de força obrigatória geral à declaração de constitucionalidade dificultaria assim uma interpretação constitucional evolutiva – capaz de adaptar o texto da Constituição às situações históricas mutáveis e susceptível de atender a toda a riqueza inventiva da casuística. O segundo argumento, que não pode ser superado por via dos limites objetivos (identidade da causa de pedir) e temporais do caso julgado (cláusula *rebus sic stantibus*) – a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de rejeição de inconstitucionalidade conferiria ao tribunal – cujas decisões não podem ser corrigidas por nenhum outro órgão – o poder incontrolável de decidir infalivelmente sobre a constitucionalidade da lei, tornando-se um árbitro irresponsável da vida do Estado e dono, em vez de servo, da constituição. De forma contundente, Medeiros acrescenta um argumento avassalador: se a declaração de constitucionalidade tivesse força obrigatória geral, uma decisão do tribunal constitucional que concluísse erradamente pela conformidade à constituição de uma determinada norma envolveria, inevitavelmente, uma alteração da constituição, uma vez que a decisão teria o valor da norma constitucional que serviu de parâmetro e só poderia ser corrigida por emenda constitucional. A recusa de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de não-inconstitucionalidade permite, pelo contrário, remediar, através de nova decisão, os possíveis erros precedentemente cometidos na apreciação da constitucionalidade pelo tribunal constitucional⁵.

⁵ Ver, nesse sentido, MEDEIROS (1999, p. 836 e 837), referindo a doutrina de: ALMEIDA (1987, p. 133); TELES (1971, p.209); ENTERRIA (1982, p. 141 e 142); ENGELHARDT (1959, p. 136); RUGGERI (1990, p. 41 e ss.); STRECK (2004).

De todo modo – há que se reconhecer – , tais teses não vinga(ram) em *terrae brasilis*. Isto porque, em nome de *efetividades quantitativas*, optou-se, por aqui, em conceder efeito vinculante a qualquer decisão sobre (in)constitucionalidade (e, agora, conforme a tendência do STF, também para decisões em controle difuso de constitucionalidade). Agregue-se que, na Alemanha – e a lembrança de Helmut Simon – o próprio Tribunal Constitucional já rechaçou sua vinculação a posições prévias e rapidamente realizou alterações nos critérios de julgamento. O Tribunal foi muito criticado porque na sentença sobre o *Grundlagenvertrag* insistira em demasia a força vinculativa dos fundamentos jurídicos (BverfGE 36, 1 (36)). Especificamente com relação à interpretação conforme, há um acordo em relação a que *unicamente pode ser vinculante o veredicto acerca de interpretações contrárias à Constituição* (BverfGE 40, 88 (93 s.)), assim como a resolução do Pleno (BverfGE 54, 277). Tal interpretação compadece bem com a idéia dinâmica que deve ter uma Constituição, assim como o fato de que é tarefa do *Bundesverfassungsgericht* defender a Constituição e não se dedicar a canonizar suas posições de outro tempo. Uma idéia restritiva da força vinculante parece mais aconselhável que proibições constitucionais, que, em caso de erro, resultam dificilmente corrigíveis, além de que a simples ameaça de que se vá buscar guarida junto ao tribunal constitucional gera reações antecipadas de preparação de novos projetos de lei. (SIMON, 2001, p. 843).

Portanto – e isso se afigura como extremamente relevante – também poderíamos questionar até mesmo o fato de a interpretação conforme a constituição ou a declaração parcial de inconstitucionalidade possuírem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (embora a Lei 9.868/99 aponte em sentido contrário).

Já no caso de controle difuso de constitucionalidade – peculiaridade nossa e de Portugal – o próprio Supremo Tribunal sempre teve ciência (isto é, esteve concorde) de que não há a possibilidade de dar efeito *erga omnes* às decisões proferidas nessa modalidade, necessitando da intervenção do Senado Federal (afinal, embora o próprio Supremo Tribunal não estar cumprindo,

de há muito, a determinação constante no art. 52, X, da CF). E, por fim, se se trata de súmula vinculante sabe-se que é despicinda qualquer participação do Senado Federal. Qual a razão de tais conclusões? A resposta parece simples: isto é assim em face das determinações que integram a Constituição Federal por decisão do poder constituinte originário e derivado.

Dizendo de outro modo, a argumentação constante do voto do Sr. Min. Relator de que o próprio Supremo Tribunal Federal optou pela dispensabilidade de se encaminhar ao Pleno da Corte decisão tomada por uma de suas Turmas sobre constitucionalidade/inconstitucionalidade, desde que já tenha ocorrido manifestação do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, não pode ser comparada ao caso que se tem em exame. No caso, não se extrapola o limite de poder concedido pela Constituição. Não se invade esfera outra de poder.

Já para a situação que almeja a extensão dos efeitos de controle concentrado ao difuso, *não há nada que autorize o Supremo Tribunal Federal a operar mencionada sistemática no texto de nossa Constituição*, tampouco na tradição de nossa doutrina de controle da constitucionalidade. Portanto, o primeiro caso é aceitável porque se tem uma inovação produzida no âmbito de uma competência constitucionalmente delineada e já consolidada. No segundo – não somente pela razão de ser novo posicionamento – mas, fundamentalmente, *por não encontrar respaldo autorizador constitucional expresso*, exigência igualmente razoável em virtude de termos um sistema jurídico escrito, herdeiro da noção romano-germânica de direito. Ao contrário: o art. 52, X aponta em outro sentido.

Na verdade, há uma questão que se levanta como condição de possibilidade na discussão acerca da *validade* (e da força normativa) do art. 52, X, da Constituição do Brasil. Trata-se de uma questão paradigmática, uma vez que sua ratificação (o que vem sendo repetido pelo menos desde 1934), em uma Constituição dos tempos de Estado Democrático de Direito, *dá-se exatamente pela*

exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral.

Por isso, o art. 52, X é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões. Nesse aspecto, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto da ruptura paradigmática ocorrida no campo da filosofia. Dito de outro modo, o direito não está imune ao pensamento que move o mundo. Mundo é mundo porque é mundo pensado. Conseqüentemente, a derrocada do esquema sujeito-objeto (ponto fulcral das reflexões das teorias democráticas que vão desde as teorias do discurso à hermenêutica) tem repercussão no novo modelo de Estado e de direito exurgido a partir do segundo pós-guerra. O sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) dá lugar à intersubjetividade. Veja-se o problema ocasionado pela prevalência do velho paradigma representacional (sujeito-objeto) nas diversas reformas no processo: cada vez mais se coloca o procedimento à disposição do pensamento “justo” do juiz, valendo, por todos, citar a assim denominada “instrumentalidade do processo” (por todos, Candido Dinamarco e José Bedaque). Cada vez que se pretende “processualizar mais o sistema”, ocorre uma diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal. Ora, se o devido processo legal serve para preservar direitos, não é em nome dele que se pode fragilizar o próprio processo. Dia-a-dia, o sistema processual caminha para o esquecimento das singularidades dos casos. Trata-se, pois, de um novo princípio epocal. Na verdade, se o último princípio epocal da era das duas metafísicas foi a vontade do poder (*Wille zur Macht*), o novo princípio, forjado na era da técnica, acaba por se transformar no mecanismo que transforma o direito em uma mera racionalidade instrumental (lembramos, sempre e novamente, as escolas instrumentalistas...!). Manipulando o instrumento, tem-se o resultado. Ao final dessa “linha de produção”, o direito é (será) aquilo que a vontade do poder quer que seja. Chega-se ao ápice da *não democracia*: o direito transformado em política. Não que direito

e política estejam cindidos. Parece despidendo qualquer comentário acerca dessa problemática (pensemos, por exemplo, na doutrina de Hans P. Schneider). O que ocorre é que a relação direito-política não pode criar/estabelecer uma contradição em si mesmo, ou seja, se o direito serve para controlar/garantir a democracia (e, portanto, a política), ele não pode ser a própria política.

5 O PROBLEMA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO. DA ALTERAÇÃO DA NORMA DE UM TEXTO PARA A ALTERAÇÃO DO PRÓPRIO TEXTO

Finalmente, uma questão não pode ser olvidada. O século XX foi atravessado por duas grandes revoluções que dizem respeito diretamente ao direito e à filosofia, transformando-se em condições de possibilidade para a compreensão dos fenômenos jurídico-políticos ocorridos principalmente a partir do segundo pós-guerra.

De um lado, o constitucionalismo compromissório e principiológico com feições claramente diretivas (tese que continuamos a defender), firmando o compromisso do povo para com as transformações sociais historicamente sonegadas, circunstância que assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como o Brasil. Isso significa que o compromisso primordial de uma constituição é a democracia e a realização dos direitos fundamentais (promessas da modernidade).

A segunda revolução copernicana é a superação do esquema sujeito-objeto, que proporciona o derrota das posturas subjetivistas-solipsistas. E parece não haver dúvida de que o Estado Democrático de Direito dá-se no entremeio dessa reviravolta lingüística. Na verdade, o *linguistic turn* não foi devidamente recepcionado no campo do direito brasileiro; melhor dizendo, *a viravolta lingüística foi mal compreendida pela tese da mutação constitucional*. O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como *espaço de livre atribuição de sentido*; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, *a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário*. E, com isso, soçobra a

democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5.

Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52,X, da Constituição do Brasil).

Paremos para pensar: uma súmula do Supremo Tribunal Federal, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição. Para revogar essa súmula, se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer, são necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral e em dois turnos. Ao mesmo tempo, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando-se a discussão acerca da tensão vigência e eficácia de uma lei.

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito” (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma *suposta* interpretação evolutiva. (MENDES, 2004, p. 207).

Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlungen*

der deutschen Reichsverfassung, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais” (JACOBSON, 2000, p. 46; 54-57).

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin⁶ (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional (HORTA, 2002, p. 104-105; GARCÍA-PELAYO, 1993, p. 137; VERDU, 1984, p. 179-180) não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.

⁶ De todo modo, lembremos que Hsü Dau Lin escreveu o seu texto no contexto da República de Weimar, havendo todo um debate sob a Lei Fundamental, por exemplo, com Konrad Hesse e Böckenförde.

Em síntese, a tese da mutação constitucional *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes*.⁷ Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC n.º 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo (*sic*) que “diz o que é a Constituição”).

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006). Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Há, portanto, uma diferença *de princípio* entre legislação e jurisdição (Dworkin). O “dizer em concreto” significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos – a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em *terrae brasilis*).

Ao pretender que caibam reclamações contra as suas teses e não contra as suas decisões proferidas em casos propriamente ditos (observe-se, estamos tratando do controle difuso, cuja *ratio* é o exame de casos concretos e questões prejudiciais), o Supremo Tribunal Federal desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma

⁷ Sabe-se que na época em que foram escritas as obras de Lin e Smend, não havia Tribunais Constitucionais nos moldes construídos posteriormente. A tese da mutação não significa que não tenha sido dado valor fundamental às práticas políticas no parlamento ou no governo. A consequência das teses “mutacionistas” em tempos de “cortes constitucionais” poderia ser diferente.

descontextualizada. Passam a ser “conceitos sem coisas”. E isso é metafísica, para utilizarmos uma linguagem cara à hermenêutica de cariz filosófico.

Em outras palavras, a tese esgrimida pelo Ministro Gilmar Mendes reduz a discussão jurídica a questões de justificação da validade das normas. Ora, a discussão jurídica *é sempre concreta* e, confessemos, pela simples razão de que não somos metafísicos, não somos seres numenais: *até mesmo quando se faz controle concentrado, há concretude*. Afinal, há muito já se disse que a filosofia tem de descer dos céus para a terra, uma vez que os problemas estão cá em terra firme e não no mundo das idéias platônicas.

Registre-se, neste ponto, que até mesmo a sofisticada argumentação de cunho hermenêutico do Ministro Eros Grau perde terreno, mesmo que ele pretenda vê-la ancorada na dicotomia “texto e norma”, assim como na repercussão dessa tese na decisão de “mutação constitucional”. Ao que se depreende das assertivas do Min. Eros Grau, “tudo vira norma” e com pretensões universalizantes (podendo, na mutação constitucional, o próprio texto soçobrar, colocando-se em lugar deste não apenas uma nova norma, *mas, sim, um novo texto*, em face dos limites semânticos daquele texto que tinham que ser ultrapassados – nas suas palavras - era “obsoleto”).⁸

Os votos até proferidos adentram, assim, na discussão acerca do papel do direito e dos limites da “função corretiva” da jurisdição (em especial, da jurisdição constitucional). A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limites, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)?

Veja-se, nesse sentido, que o Ministro Eros Grau sustenta – e, com isso, concorda com o Ministro Gilmar – que cabe ao STF não

⁸ No fundo, toda (essa) discussão é similar à pretensão de universalização das súmulas vinculantes; ou seja, as súmulas vinculantes podem ser entendidas como uma hipostasiação de discursos de justificação, isto é, o pólo de tensão passa a estar somente no plano da validade do discurso jurídico.

apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional” (o texto do inciso X do art. 52 foi, efetivamente, alterado). Veja-se: o Ministro Eros Grau se pergunta se o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a “mutação constitucional” não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?”

E ele mesmo responde: “não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”. Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.”

Ocorre que, ao mesmo tempo, o Min. Eros Grau admite que “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição *sem que o próprio texto seja alterado em sua redação*, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência”, para, logo em seguida, acentuar que “há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. *Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.*”

Por tudo isso, o Min. Eros Grau dirá que “pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal - competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação (=dever de dar publicidade) da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional”.

Certo então, para o Ministro, que na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro. Entretanto, ele mesmo reconhece que “em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os limites do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a Jean-Pierre Vernant para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição e, compondo um mesmo espaço semântico.”

Entretanto, nossa leitura permite-nos entender que o Ministro Eros Grau reconhece, com apoio em Jean-Pierre Vernant, que sempre há que se indagar, quando se está frente a uma mutação constitucional, se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição (= à coerência) do contexto, reproduzindo-a de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento.”

Entendemos que, nesse exato contexto, a pergunta que não foi respondida é: mas o que é a tradição? De que tradição está-se falando? O que diz a tradição que consubstancia o texto e a norma do art. 52, X? Em que sentido a “substituição” do texto constitucional efeito em nome de uma mutação, deixa o novo “texto” em harmonia com a tradição? Não é exatamente para mudar a tradição que se faz “mutação”? Mas, então, se se faz mutação para alterá-la, como lhe ser coerente e fiel? É nesse sentido que a posição de Vernant é tautológica, incorrendo em um paradoxo. E paradoxos são coisas sobre as quais não podemos decidir.

Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega à conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único

que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado - e ratificado em 1988 - o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo - o Poder Legislativo, único que pode tratar do âmbito da vigência, providência necessária para dar efeito erga omnes à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?

Lembremos, de todo modo, que - embora esse não seja, nem de longe, o foco principal da tese do Min. Eros Grau - sempre se corre o risco, toda vez que se colocar demasiada ênfase nos discursos de validade, de aproximar o direito de determinadas teses realistas, reduzindo e enfraquecendo o papel da doutrina e das demais instâncias de formação do discurso jurídico, circunstância que nos faz ressaltar, aqui, por extrema justiça, o papel histórico do doutrinador e Professor Eros Roberto Grau na formação do discurso crítico sobre o direito em tempos duros sem constituição e que influenciou e influencia uma geração de juristas. Entretanto, tal problemática parece se insinuar, de certo modo, quando o Ministro acentua, em seu voto, que “o discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.”

6 APORTES FINAIS

Numa palavra final: essa “redução” do direito ao plano da validade, a confundir a perspectiva jurisdicional e a legislativa, não é novidade, valendo referir o modo como isto é visto pela teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy. Veja-se, nesse sentido, a descabida crítica que Alexy (1993) faz à distinção de Klaus Günther faz entre “discursos de fundamentação e discursos de aplicação”, na qual fica claro um deslocamento da esfera de tensão dessa distinção em direção aos discursos de validade (“the application of norms, too, can be considered a justification of norm; in its logical form it only differs from is generally called “justification of norms” insofar, as its object of is not na universal but an individual norm”). Por isso a argumentação é hispostasiada, isto é, tudo se

resume a fórmulas matemáticas e a cálculos de custo-benefício, que, por ter pretensão corretiva, acaba se substituindo ao próprio direito. Com efeito, Alexy resume essa tensão à validade do Direito, buscando uma espécie de discurso com validade universal. Esse discurso de validade, ao que indica, conteria a “idéia” que daria uma validade universalizante das diversas situações aplicativas (norma universal, nas palavras de Alexy).

No Brasil, essa tese – a de Alexy e a do Supremo Tribunal Federal na Rcl n.º 4335-5 - pode dar (ainda mais) respaldo aos defensores das súmulas vinculantes e a distorções no seu processo inadequado de aplicação. De fato, ao se constituírem em discursos de validade construídos para resolver problemas futuros que nela se “subsumam” (não parece haver dúvida a esse respeito, porque a súmula busca impedir a construção de discursos de aplicação – *Anwendungsdiskurs*), as súmulas vinculantes parecem encaixar-se na tese de que tudo se resume a discursos de validade, uma vez que nos discursos de justificação (validade) já haveria a referência a muitas situações construídas e experienciadas. (STRECK, 2007).

Não se pode deixar de lembrar que, para os discursos de justificação – e essa tese é subscrita por Alexy –, a questão é saber qual norma universal é correta. Mas do fato de que essas duas questões (aplicação e justificação) devem ser distinguidas, não implica a existência de dois tipos de discurso essencialmente diferentes; para ele, é possível que essas duas questões iniciem duas operações diferentes dentro de uma mesma forma de discurso e, então, leve a duas variações de uma mesma forma de discurso.

A pergunta que fica é: como saber em que circunstâncias uma norma “universal” é correta ou “qual” das normas é correta? Afinal, correção normativa no Direito é antes de tudo uma questão legislativo-democrática, assegurados os direitos fundamentais garantidores da equiprimordialidade das autonomias pública e privadas (Habermas). Além disso, o problema é saber se é suficiente descobrir que - e quando - uma norma universal é correta, uma vez que uma norma pode ser correta, mas inaplicável ao caso concreto. Talvez o problema esteja na exigência de Alexy, de que um juízo em fase de uma situação concreta deve se justificar também em

razão da sua universalidade, ou seja, ele deve ser adequado a toda e qualquer situação que àquela se assemelhe. Por aqui – e parece que a questão relacionada ao destino a ser dado ao controle difuso está inexoravelmente ligada a essa querela –, parece que a tese da hipostasição da discussão acerca da validade toma corpo a cada dia. Com isso, soçobra a realidade.

Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?...

Agregue-se a essa relevante questão hermenêutica a seguinte preocupação: decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da Reclamação sob comento, podem incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República. Volta-se à discussão acerca do direito enquanto paradigma, no seguinte ponto: qual é o papel do poder judiciário (ou da justiça constitucional?) É o de elaborar discursos de validade? É o de construir discursos de validade que “contenham” de antemão todas as hipóteses de aplicação? Mas, se assim fosse, a pergunta que sempre fica(ria) é: quais as condições de possibilidade que tem esse poder de Estado de ultrapassar esse limite *tensionado* e *tensionante* entre validade e aplicação? A discussão acerca da validade prescinde da aplicação?

Tais questões, ao que tudo indica, devem preocupar sobretudo a comunidade jurídica. E não provocar – como está a parecer – um silêncio eloquente!

Ainda, finalmente, uma observação: as sentenças de um tribunal são simbólicas e suas conseqüências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível, como bem alerta Castoriadis. Ou seja, um sistema de direito, que se constrói a partir de doutrina, jurisprudência, legislação, etc, existe *socialmente*

enquanto sistema simbólico. As coisas não se esgotam no simbólico (os atos reais, individuais ou coletivos, o trabalho, o consumo, a guerra, o amor, a natalidade, não são, nem sempre, nem diretamente símbolos); mas elas só podem existir no simbólico e são impossíveis fora de um simbólico. (CASTORIADIS, 1982, p.142). Assim, as conseqüências de determinados gestos, atos, decisões, são mais graves no aspecto do seu significado simbólico do que no seu aspecto "real". É possível, desse modo, apreender a dimensão da crise que atravessa o direito a partir das representações simbólicas. Dito de outro modo: como no gesto do carrasco, talvez o mais grave seja o que este representa simbolicamente. Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica, pode (e certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, em breve essa "mutação" começará a gerar - como se já não existissem a sociedade⁹ - os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto positivista, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart). Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo: como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Büllow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido esse corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição.

9 Por todos, veja a "mutação constitucional" feita recentemente pelo STJ no art. 514 do Código de Processo Penal. Com efeito, considerando ultrapassada a garantia da defesa prévia de quinze dias que o CPP concedia ao funcionário público quando processado, o STJ editou a Súmula 330, alterando, não a norma do art. 514, mas o texto...!

7 REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. Justification and Application of Norms. In: **Ratio Juris**, vol. 6, n. 2, jul 1993.
- ALMEIDA, J.M. Ferreira de. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas. In: **Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.
- CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra, Almedina, 2002.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- _____. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- ENGELHARDT, Dieter. Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat. In: **Jör**, 1959.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid, Tecnos, 1982.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza, 1993.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002.
- JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of Califórnia, 2000.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa, Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A eficácia das decisões de inconstitucionalidade - 15 anos de experiência" in: SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional II**. Coimbra, Coimbra, 1996.

RUGGERI, Antonio. **Storia di un "falso"**: L'efficacia inter partes delle sentenze di regetto della Corte Costituzionale. Milano, 1990

SIMON, Helmut. La jurisdicción Constitucional. In: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heide. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid, Marcial Pons, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - O caso dos crimes hediondos*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TELES, Miguel Galvão. A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis. In: **Revista O Direito**. Lisboa, 1971.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid: Tecnos, 1984, v. 4.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS MUNICIPAIS

THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL NORMS

Alberto de Magalhães Franco Filho

Mestrando em Direito Coletivo e Função Social do Direito pela
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

Bolsista da CAPES pelo programa PROSUP na modalidade II

Procurador da Câmara Municipal de Patos de Minas/MG.

Advogado.

E-mail: albertodemagalhaes@gmail.com

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2 PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; 3 BREVES PONDERAÇÕES À CERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; 4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS; 5 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEIS OU ATOS NORMATIVOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 6 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEIS OU ATOS NORMATIVOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL; 7 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INITIAL CONSIDERATIONS; 2 ESTIMATED ESSENTIAL TO THE CONSTITUTIONALITY CONTROL; 3 BRIEF BALANCES TO ABOUT THE CONSTITUTIONALITY CONTROL; 4 THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE MUNICIPAL NORMS; 5 ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE MUNICIPAL ORGANIC LAW AND NORMATIVE ACTS IN FACE OF THE FEDERAL CONSTITUTION; 6 ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE MUNICIPAL ORGANIC LAW AND NORMATIVE ACTS IN FACE OF THE STATE CONSTITUTION; 7

ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY
MUNICIPAL LAWS OR NORMATIVE ACTS IN FACE
OF THE MUNICIPAL ORGANIC LAW; 8 REFER-
ENCES.

Resumo: O Estado brasileiro apresenta uma forma federativa complexa ao reconhecer como entes da federação a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, tendo em vista que, todas estas entidades federais dentro de sua autonomia política poderão elaborar normas fundamentais de organização, como as Constituições Estaduais, a Lei Orgânica Distrital e as Leis Orgânicas Municipais, além da produção de leis e atos normativos estaduais, distritais e municipais. Este extenso sistema normativo determina a existência de um complexo modelo de controle de constitucionalidade. No presente trabalho iremos estabelecer a possibilidade e as hipóteses de se exercer controle de constitucionalidade sobre as Leis Orgânicas Municipais e os atos normativos municipais, tomando-se por base os paradigmas ou parâmetros de constitucionalidade a Constituição Federal e a Constituição Estadual, além da possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em face da Lei Orgânica Municipal.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Controle de Constitucionalidade; Normas Municipais.

Abstract: The Brazilian State presents a complex federative form when recognizing as beings of the federacy the Union, the State-members, the Cities and the Federal District, in view of that, all these federal entities inside of its autonomy politics will be able to elaborate basic norms of organization, as the State Constitutions, the District Organic Law and the Municipal Organic Laws, beyond the production of laws and state, district and municipal acts normative. This extensive normative system determines the existence of a complex model of constitutionality control. In the present work we will go to establish the possibility and the hypotheses of if exerting constitutionality control on the Municipal Organic Laws and the municipal normative acts, being overcome for base the paradigms or parameters of constitutionality the Federal Constitution and the State Constitution, beyond the possibility of the control of constitutionality of the municipal normative acts in face of the Municipal Organic Law.

Keywords: Unconstitutionality; Control of Constitutionality; Municipal Norms.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado contemporâneo é sem a menor sombra de dúvida um Estado Constitucional.

Hodiernamente a noção de Constituição encontra-se umbilicalmente ligada ao conceito de Estado, tendo em vista que

impossível conceber um Estado sem Constituição e uma Constituição sem Estado. Desta forma, assume o texto constitucional a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o arcabouço legislativo de uma nação e de condição de validade de todos os atos jurídicos.

Assume relevo, assim, a tarefa de conformar os atos normativos com a Constituição, através do chamado Controle de Constitucionalidade.

Aliado à tudo isso, destacamos ainda, o fato que nosso país assume a forma de Estado federativa, sendo nossa federação composta pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios¹, todos dotados de autonomia conforme se depreende da literal do caput do art. 1º da e do caput do art. 18, ambos da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

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: (...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Como é sabido os entes federativos não possuem soberania, mas são todos dotados de autonomia política, ou seja, possuem poder de agir dentro dos limites fixados pela Constituição Federal. Essa autonomia importa na existência e possibilidade destes entes exercerem quatro prerrogativas, quais sejam: auto-organização, autolegislação, autogovernabilidade e auto-administração.

¹ Alguns publicistas discutiam se o município tem ou não natureza de ente federativo. José Afonso da Silva é defensor de que o município não se enquadra na Federação afirmando que "Não existe federação de municípios. Existe Federação de Estados". Neste sentido, o autor justifica que, como os municípios não possuem representação no Senado Federal, um Poder Judiciário Próprio e até território (uma vez que integram os Estados), não se caracterizam como entes federativos. Por outro lado, a grande maioria da doutrina demonstra que o município, devido à importância que destaca na federação, tem certamente, natureza de ente federativo. Estamos com os últimos. Basta a verificação dos arts. 1º e 18 da nossa Constituição para notar que o Município é entidade federativa. Assim, o Município que tem autonomia constitucional, e não deve de ser excluído da Federação.

A auto-organização implica na possibilidade dos entes da federação, estabelecerem suas normas fundamentais de organização, como as Constituições Estaduais, a Lei Orgânica Distrital e as Leis Orgânicas Municipais. E a autolegislação determina a produção de leis e atos normativos estaduais, distritais e municipais dentro da competência de cada um dos respectivos membros da federação.

No presente estudo, buscaremos então estabelecer a possibilidade e as hipóteses de se exercer controle de constitucionalidade sobre as Leis Orgânicas Municipais e os atos normativos municipais, tomando-se por base os paradigmas ou parâmetros de constitucionalidade a Constituição Federal e a Constituição Estadual, além da possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em face da Lei Orgânica Municipal.

2 PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de ingressarmos, no estudo do controle de constitucionalidade, devemos estabelecer qual é o terreno fértil e propício para que ele nasça e se desenvolva, ou seja, quais os pressupostos necessários para sua existência.

Na lição de Michel Temer, o Controle de Constitucionalidade pressupõe, necessariamente o reconhecimento da supremacia da Constituição, ou seja, a existência de um escalonamento normativo onde o texto constitucional ocupa o ponto mais alto do sistema normativo e também a existência de uma Constituição rígida, onde o poder constituinte originário estabelece um processo mais árduo de modificação constitucional (ou nenhum processo modificativo) que o processo de elaboração normativa inferior (TEMER, 2006, p. 44-45).

Para Pedro Lenza, é essencial ao controle de constitucionalidade a existência de uma Constituição Rígida (que conduz ao reconhecimento do princípio da supremacia constitucional) e a

atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade (LENZA, 2007, p. 149-150).

Já Alexandre de Moraes defende que a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à idéia de rigidez constitucional e a proteção dos direitos fundamentais, sendo este último pressuposto apontado pelo autor como a primordial finalidade do controle de constitucionalidade (MORAES, 2005, p. 625).

Evidente que todos estes elementos são essenciais à existência do controle de constitucionalidade, contudo parece-nos que o mais essencial é o princípio da supremacia da constituição.

José Afonso da Silva explica tal princípio da seguinte forma:

O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2001, p. 45)

Neste mesmo sentido destacamos a doutrina de Clèmerson Merlin Clève:

[...] a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os

comandos maiores definidos do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma 'ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade'. É uma ordem, eis que reside sua posição de supremacia. É ademais, ordem material porque além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional. (CLÈVE, 2000, p. 27)

Assim podemos verificar, que sem o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre toda a ordem jurídica de determinado Estado é impossível falar na existência de controle de constitucionalidade.

3 BREVES PONDERAÇÕES À CERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O vocábulo controle significa a verificação, por parte de um sujeito controlador, da adequação de um objeto controlado a um objeto que serve de paradigma. Dessa forma percebe-se que o controle não é a adequação de um objeto a outro, que lhe é posto como paradigma; mas é a verificação dessa adequação. Assim, controle não é binômio entre dois objetos, mas é uma verificação feita por um sujeito sobre esse binômio. Seria, portanto então, um trinômio, implicando sempre na presença de três elementos: o sujeito controlador, que realiza o controle, tendo diante de si dois objetos, que são por ele comparados: o objeto controlado propriamente dito e o objeto-paradigma do controle, os quais não raro são chamados, simplesmente, objeto e paradigma do controle.

Seguindo esta linha de raciocínio, o controle de constitucionalidade terá como sujeito controlador um órgão público jurisdicional ou não, existirá um objeto controlado, que será sempre um ato normativo, e ainda um objeto-paradigma, que será sempre uma norma fundamental.

Dessa forma, controle de constitucionalidade de normas então, seria verificação por um órgão competente da consonância

ou compatibilidade de uma determinada espécie normativa, levando-se em consideração uma Constituição, que fundamenta a validade daquela norma e, portanto, não podendo ser contrariada pela aquela norma inferior.

Para Alexandre de Moraes, "controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais." (MORAES, 2005, p. 627)

Michel Temer salienta que:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência da eficácia plena de todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão. (TEMER, 2006, p. 44).

É cediço que, sempre uma lei ou ato normativo não estiver conformado, ou seja, afrontar uma Constituição ou norma fundamental ele será considerado inconstitucional. Segundo a maioria da doutrina, essa incompatibilidade poderá ser de duas formas: a) do ponto de vista *formal* e b) do ponto de vista *material*².

O vício formal determina que as leis ou atos normativos devem observar as normas constitucionais de processo legislativo (devido processo legislativo, previsto nos artigos. 59 a 69 da Carta Magna de 1988), sob pena de padecerem de inconstitucionalidade formal. Esta hipótese de inconstitucionalidade poderá ser classificada em dois critérios: a.1) *subjetivo*, que refere-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa, posto que qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, em especial às regras de iniciativa do projeto de lei, padecerá de flagrante vício de inconstitucionalidade; e a.2) *objetivo*, que está ligados às duas outras fases do processo legislativo

² Pedro Lenza acrescenta uma terceira forma de inconstitucionalidade denominada por ele de "vício de decoro parlamentar", que consiste na possibilidade de se considerar inconstitucional uma norma que sobre mácula no processo legislativo em razão de conduta indecorosa de um ou mais parlamentares. Trata-se de posição isolada do autor, mas interessante do ponto de vista teórico.

(constitutiva e complementar), que não à iniciativa, uma vez que toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar o trâmite do processo legislativo previstos na constituição (Ex: lei complementar aprovada por maioria simples).

O vício material, trata-se da verificação material (em relação à matéria) da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição.

Já controle de constitucionalidade é classificado em relação ao momento de sua realização, levando em consideração o ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, assim, enquanto o a) *controle preventivo* pretende impedir que alguma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, o b) *controle repressivo* busca expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em desrespeito à Constituição.

O controle prévio é realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo e antes do projeto de lei ingressar no ordenamento jurídico. Este controle será realizado em regra pelos poderes Legislativo e Executivo e excepcionalmente pelo Judiciário. O Legislativo fará o controle preventivo através das comissões de constituição e justiça, na forma que determinar o regimento interno da respectiva casa legislativa. O chefe do poder executivo (enquanto participe do processo legislativo) após aprovada a proposição legal na respectiva casa legislativa competente, poderá sanciona-lo ou veta-lo, total ou parcialmente. Ocorrendo o veto este poderá se dar por duas razões considerar a proposição legal inconstitucional (veto jurídico) ou considera-la contrária ao interesse público (veto político). Quanto ao controle do Judiciário é possível o controle de constitucionalidade durante o processo de feitura das espécies normativas, especialmente em relação à fiel observância das normas constitucionais do devido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69). Segundo entendimento do Supremo tribunal Federal, compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância (por parte da respectiva casa legislativa) de normas constitucionais referentes ao processo legislativo, uma vez que os parlamentares tem direito

líquido e certo a não participarem de processo legislativo contrário a Constituição Federal.

Já o controle de constitucionalidade repressivo será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, após o término de seu processo legislativo e seu ingresso no ordenamento jurídico. Existem dois sistemas ou métodos de controle judiciário de constitucionalidade repressivo: b.1) *controle concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação* e b.2) *controle difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção*.

Quanto ao controle difuso ou concreto que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, todas as esferas normativas (leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais) estão sujeitas a este controle respeitada a competência do órgão jurisdicional, evidentemente. Também conhecido como controle por via de exceção, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato normativo ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação à terceiros.

Assim, o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

Em contrapartida à esta espécie de controle difuso, temos o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, onde procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de

um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade é, pois, o objeto principal da ação.

No Brasil temos as seguintes espécies de controle concentrado de constitucionalidade contempladas pela Carta Política de 1988:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, I, “a”, CF/88);
- b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADI Interventiva (art. 36, III, CF/88);
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão (art. 103, § 2º);
- d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, I, a, in fine, CF/88);
- e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS

Após estas breves e pontuais considerações sobre o controle de constitucionalidade podemos responder os questionamentos que cercam nosso assunto.

Como já foi dito o controle de constitucionalidade divide-se em preventivo ou repressivo. A nós caberá a análise somente do controle repressivo, tendo em vista que o controle preventivo não traz grandes indagações no âmbito municipal, já que o controle preventivo que existe em nível federal é seguido pela respectiva Casa Legislativa em âmbito estadual (Assembléia Legislativa), distrital (Câmara Legislativa) e municipal (Câmara de Vereadores), pois o processo legislativo previsto na Constituição Federal, constitui-se norma de repetição obrigatória, e deve ser compatíveis e constar

necessariamente nas normas fundamentais de cada um dos entes da Federação.

Então assume importância o estudo do controle repressivo de normas municipais. Esta espécie de controle ainda se subdivide em controle abstrato e difuso.

O controle difuso dos atos normativos municipais não será por nós explorado, haja vista que, já afirmamos anteriormente que ele poderá ser exercido de forma ampla, tendo como objeto de controle uma lei ou um ato normativo municipal e parâmetro ou paradigma de constitucionalidade tanto a Constituição Federal, quanto a Constituição Estadual do respectivo Estado-membro onde está situado o Município e até mesmo a própria Lei Orgânica do Município, que será exercida por qualquer juiz ou tribunal. Evidentemente que levada em consideração a respectiva competência processual.

Resta, portanto o chamado controle de constitucionalidade abstrato, que é o que traz maiores dúvidas e é pouco explorado doutrinariamente em nosso país. Este sim é o nosso objeto de estudo.

Nossos questionamentos então seriam:

- 1º) É possível controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Federal? Em sendo possível, em qual ou quais modalidades?
- 2º) É possível controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Estadual? Em sendo possível, em qual ou quais modalidades?
- 3º) É possível controle abstrato de constitucionalidade leis ou atos normativos municipais em face da Lei Orgânica Municipal? Em sendo possível, em qual ou quais modalidades?

Passaremos então a responder cada um destes questionamentos individualmente.

5 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para respondermos este primeiro questionamento basta a leitura do art. 102, inc. I, "a" da Constituição Federal de 1988 que contém a disciplina do controle de constitucionalidade abstrato como parâmetro de constitucionalidade a própria Constituição, que é exercido pelo Supremo Tribunal Federal vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)

Desta forma é possível perceber claramente que as Leis Orgânicas Municipais, não podem ter dispositivos normativos declarados inconstitucionais em controle abstrato, por ausência de previsão constitucional e interpretação neste sentido, restando portanto apenas a via difusa de controle de constitucionalidade, que ocorrerá no STF somente através do Recurso Extraordinário, conforme dispõe o art. 102, inc. III da CF/88 e desde que presente o requisito de admissibilidade da repercussão geral (art. 103, § 3º da CF/88).

Nesse sentido destacamos a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário. Arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, Estado de Roraima, julgada improcedente. 2. Assentado o entendimento de

que a fixação do número de vereadores da Câmara Municipal de Boa Vista, pelo art. 13 da Lei Orgânica em foco, então impugnado, está dentro dos limites da regra constitucional Federal. 3. Juízo de validade de norma municipal, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face de regra da Constituição Federal. O art. 125, § 2º, da Lei Magna, prevê a hipótese de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, tão-só, diante da Constituição estadual. 4. A norma da Carta de Roraima apontada como ofendida - o art. 15 - não constitui regra de repetição do art. 29, IV, a, da Lei Magna Federal, à vista do qual se proferiu a decisão. 5. Não dispunha a Corte local de competência para processar e julgar a constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, perante a Constituição Federal (art. 29, IV, a). 6. Extinção do processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, eis que a Constituição não prevê a hipótese de ação direta em que se argua a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para anular o acórdão, por incompetência do Tribunal local. (STF - Recurso Extraordinário - RE n. 171819/RR - Relator(a): Min. Néri da Silveira - Julgamento em 08/04/2002 - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ 24-05-2002 PP-00069) (original sem grifos)

CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. II - Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. III - Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem

regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual. (STF - Recurso Extraordinário - RE nº 421256/SP - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Julgamento em 26/09/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJ 24-11-2006 PP-00076 (grifamos))

Não obstante à isso, é importante ressaltar que relativamente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, qualquer ato municipal, seja ele normativo ou não, que viole um preceito fundamental da Constituição Federal, poderá ser controlado abstratamente, levando-se em consideração o parâmetro de constitucionalidade da Constituição Federal, nos termos do art. 102, § 1º da CF/88. Porém quanto às demais espécies de ações de controle abstrato não há possibilidade.

6 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEIS OU ATOS NORMATIVOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Em uma Federação o controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal é obra do poder constituinte originário e decorre do princípio da supremacia da Constituição.

Para se criar uma jurisdição constitucional nos demais entes da federação é preciso autorização expressa da Constituição Federal, para a criação das Constituições dos Estados-membros e ainda o poder para regular, especificamente, a defesa judicial de suas Constituições.

No Brasil a auto-organização dos Estados-membros está descrita no caput do art. 25 da CF/88. Já o poder de criar sua

jurisdição constitucional está prevista no art. 125, § 2º da Carta Política, senão vejamos:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 125 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Portanto nota-se que os Estados-membros poderão instituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica contra atos normativos municipais em face da Constituição Estadual. No Brasil, todas as Constituições estaduais, sem exceção, disciplinaram o instituto, com maior ou menor legitimação.

Quanto à possibilidade de instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade no âmbito estadual a CF/88 foi silente, porém segundo o Gilmar Ferreira Mendes é perfeitamente possível a criação de Ação Direta de Constitucionalidade no âmbito Estadual, para se declarar a constitucionalidade de atos normativos municipais, como parâmetro na Constituição Estadual, vejamos:

Ora, tendo a Constituição de 1988 autorizado o constituinte estadual a criar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Carta Magna estadual (CF, art. 125, § 2º) e restando evidente que tanto a representação de inconstitucionalidade, (...) quanto a ação declaratória de constitucionalidade, (...) possuem caráter dúplice ou ambivalente, parece legítimo concluir que, independentemente de qualquer autorização expressa do legislador constituinte federal, estão os Estados-membros legitimados a instituir a ação declaratória de constitucionalidade. (MENDES, 2004, p. 367)

Outra questão interessante é a possibilidade ou não da instituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão no âmbito estadual, já que o § 2º do art. 125 da CF/88 fala em "representação de inconstitucionalidade". Sobre o tema selecionamos o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, que considera que tanto na ADI Genérica quanto na ADI Por Omissão o pedido é o mesmo, ou seja, a declaração de uma inconstitucionalidade; portanto, seria permitido a criação de ADI por omissão no âmbito estadual, para se declarar a inconstitucionalidade por omissão de ato normativo municipal em face da Constituição Estadual:

[...] as ações diretas por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão têm, em grande parte, um objeto comum – a omissão parcial – então parece correto admitir que a autorização contida na Constituição Federal para a instituição da representação de inconstitucionalidade no plano estadual é abrangente tanto da ação direta de inconstitucionalidade em razão da ação, como da ação direta por omissão. (MENDES, 2004, p. 377)

Assim sendo, as Constituições estaduais que optaram por disciplinar diretamente o controle abstrato da omissão acabaram por consagrar fórmula plenamente compatível com a ordem constitucional vigente.

Relativamente à Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, prevista no art. 35, inc. IV da CF/88, somente será decretada intervenção estadual em municípios, quando ato normativo municipal violar algum princípio constitucional sensível previsto na Constituição Estadual.

Com relação à possibilidade de existir Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente de violação de preceito fundamental da Constituição Estadual, através de atos normativos municipais, salientamos o entendimento de André Ramos Tavares que esclarece que este instituto deveria sim ser criado em âmbito estadual, dada a sua importância, informando que alguns Estados-membros assim o fizeram, como é o exemplo de São Paulo, Alagoas, Rio Grande do Norte. Vejamos seu

posicionamento:

Decorrencia imediata da desatenção para com o instituto revela-se na sua escassa previsão pelos entes estaduais, em suas respectivas constituições, o que se impõe em atenção ao princípio da simetria. (TAVARES, 2001, p. 85)

Ante ao exposto, podemos afirmar que o controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual é perfeitamente possível, e ainda que estas normas municipais podem ser controladas através de todas as espécies de ações de controle abstrato de constitucionalidade, seja por ADI Genérica, ADI Por Omissão, ADC, ADI Interventiva, ou ADPF.

7 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL

O controle de constitucionalidade em abstrato de normas municipais tendo como parâmetro de constitucionalidade a Lei Orgânica de um determinado município é impossível, já que não existe previsão constitucional.

Ademais vale lembrar que alguns autores sequer consideram o poder dos municípios de auto-organizar através de Leis Orgânicas uma manifestação do Poder Constituinte Derivado Decorrente, como Luiz Alberto David Araújo & Vidal Serrano Nunes Junior, que consideram as leis orgânicas como produtos "da mera elaboração legislativa da Câmara de Vereadores" (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2006, p. 299.).

Destacamos o posicionamento do STF sobre o tema:

Recurso Extraordinário. 2. Controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Lei Orgânica do Município. Inexistência de previsão constitucional. 3. Recurso não conhecido. (STF – Recurso Extraordinário - RE n. 175.087/SP - Relator(a): Min. Néri da Silveira – Julgamento em

19/03/2002 – Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ
17-05-2002 PP-00073)

Em resumo, tendo como parâmetro de constitucionalidade a Lei Orgânica Municipal não existe possibilidade de controle de concentrado de constitucionalidade, até porque não existe um órgão para exercer este controle.

8 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

**ESTUDO DE CASO CONCRETO
(LEADING CASE) ANÁLISE DA
INCONSTITUCIONALIDADE
INTERPRETATIVA APRESENTADA PELO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL EM
DESCUMPRIMENTO À ADPF. 144 E DA
POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**LEADING CASE - ANALYSIS OF
UNCONSTITUTIONALITY INTERPRETATIVE
PRESENTED BY SUPERIOR COURT IN
ELECTORAL BREACH THE ADPF. 144 AND
THE POSSIBILITY OF CONSTITUTIONAL
CLAIM**

Claudio José Amaral Bahia

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP.
Professor do Programa Stricto Sensu em Direito (Mestrado),
mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de
Ensino, em Bauru.
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.
Advogado.

Ana Carolina P. Abujamra

Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru.
Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação
mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru.
Professora de Direito Processual Civil I do Direito OAPC em
Santa Cruz do Rio Pardo.
Advogada.

E-mail: anacarolabujamra@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE; 3 O CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE;

3.1 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL; 3.2 DA VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG OU INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; 3.2.1. DA ADPF Nº 144/DF LEADING CASE; 3.2.2 RATIO DECIDENDI VS. OBTER DICTUM; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE JUDICIAL REVIEW; 3 THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; 3.1 THE PETITION FOR BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT; 3.2 THE VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG OR INTERPRETATION IN AGREEMENT WITH CONSTITUTION; 3.2.1 THE ADI Nº 144/DF - LEADING CASE; 3.2.2 RATIO DECIDENDI VS. OBTER DICTUM; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 é lei fundamental e suprema do Estado Democrático Brasileiro. Esta por seu turno, esta acima de todo ordenamento jurídico, devendo este se submeter a ela, posto não estar galgado no vício da inconstitucionalidade. Para sanar tal vício, remédios existem, e, dentre eles, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que fora utilizada no sistema brasileiro pela AMB (ADPF144) para declarar inconstitucional norma mal interpretada pelos Tribunais superiores e que feria o direito do cidadão de ser votado. Mesmo havendo posicionamento favorável na ADPF, os Tribunais não cumpriram tal decisão, e, portanto, restou aos interessados se socorrem do instituto da Reclamação Constitucional.

Palavras-Chave: Controle. Inelegibilidade. Interpretação. Reclamação.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 is supreme and fundamental law of the Brazilian Democratic state. This in turn this over every legal system, it must submit to it, not be put in greyhound defect of unconstitutionality. To remedy this defect, there are remedies, and among them, the accusation of breach of fundamental precept (ADPF), which was used in the Brazilian system for AMB (ADPF144) to declare unconstitutional standard misinterpreted by higher courts and that the feria citizen's right to be voted. Even with the favorable positioning ADPF, the courts failed this decision, and thus left the parties rely upon the Office of Constitutional Complaint.

Keywords: Control. Disqualification. Interpretation. Claims.

1 INTRODUÇÃO

Em 26 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal recebeu a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º144, cuja *actio* constitucional foi impetrada pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), visando, em suma, a chamada "interpretação conforme" dos arts. 1º, I, alíneas "d", "e", "g", "h" e 15 da Lei Complementar 64/90 (Lei de Inelegibilidades), a fim de que a Excelsa Corte venha a declarar inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a *interpretatio* de tais dispositivos pelo o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de que apenas condenação com trânsito em julgado, no exame da vida pregressa dos candidatos, pode ser levado em conta para negar registros de candidatos nas eleições.

A discussão, como não poderia deixar de ser, aborda, ainda, considerações acerca de importante e tão pouco utilizado instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, qual seja, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, até mesmo porque este foi o veículo processual escolhido para se levar a matéria para apreciação da Corte Constitucional de nosso País, aproveitando-se, assim, a oportunidade histórica aberta para reforçar-se a necessidade de o Direito acompanhar a evolução social de maneira mais próxima possível a realidade.

Realiza-se, também, análise sobre o relevante princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), devido principalmente ao fato de que o mesmo foi utilizado como esteio do pedido principal contido na citada *actio* levada a efeito pela AMB, apresentando-se sua aplicação na tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, bem como sua importância para o ordenamento jurídico pátrio.

Embora a temática seja bastante movediça, o que já pode se assegurar *ab initio* é que uma tomada de posição em casos que tais está a depender – seja para um lado quanto para o outro – da estrita observância dos dogmas e postulados constitucionais existentes, exigindo-se, obviamente, que o intérprete procure ao máximo se abstrair de paixões pessoais outras que possam obnubilar seu

raciocínio jurídico, a fim de que a decisão final seja a mais próxima possível do sentimento de Justiça almejado e esperado por todos os cidadãos brasileiros quando se fala em prestação efetiva da tutela jurisdicional.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. É a garantia de que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe são conformes.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, esta se daria, portanto, com uma desconformidade de normas inferiores com a norma superior. Seria, por assim dizer, uma contrariedade vertical porque é sabido que, de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico. Por sua vez, inconstitucionalidade sob o aspecto formal é a não obediência ao processo legislativo previsto no Texto Magno. Verificada qualquer dessas duas hipóteses haverá, conseqüentemente o vício jurídico insanável da inconstitucionalidade.

A Carta Magna Brasileira de 1988, no que tange a possibilidade de mudança é um "instrumento" rígido, aquele que exige formalidade mais solene e austera que a utilizada na feitura das demais leis, possui supremacia perante todo o ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim toda espécie normativa deve coadunar-se, tanto material quanto formalmente, aos princípios estabelecidos pelo legislador constituinte originário. Para resguardar tal conformidade, o próprio texto constitucional criou mecanismos político e jurisdicional de controle de leis.

O controle difuso no Brasil começou nos meados de 1891, e desde sua implantação o que se almejou, através da criação de um tribunal federal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal (cumulando funções de pacificador das interpretações das leis destinadas a toda

a nação), a edificação de um sistema no qual fosse possível, ao menos, sujeitar a última palavra sobre a interpretação da lei federal como um todo – aí incluídas, obviamente, as normas e regras constitucionais.

Todavia, nada obstante à inspiração buscada na sistemática prevalecente nos Estados Unidos da América, a verdade é que o sistema jurídico aqui implementado na instalação da República (Constituição de 1891) distanciou-se sobremaneira de sua fonte inspiradora, pois, enquanto lá vigia – e ainda vige – o sistema jurídico do *Common Law*, no qual impera a força vinculante das decisões tomadas pela *Supreme Court* nos casos concretos (*stare decisis*), aqui as decisões do Supremo não possuíam qualquer efeito *erga omnes*.

A partir da Constituição de 1934, o controle da constitucionalidade, que era realizado apenas de forma casuística, mereceu um certo aprimoramento, na medida em que passou a contar com a intervenção do Senado, que, após devidamente comunicado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente a julgamento onde se havia declarado a inconstitucionalidade de lei, suspendia a execução da mesma. Assim, enquanto a decisão do Supremo Tribunal Federal gerava efeitos *ex tunc*, mas apenas entre os participantes da ação no âmbito da qual havia sido declarada a inconstitucionalidade, a providência tomada pelo Senado de suspender a execução da lei produzia efeitos apenas *ex nunc*, mas ao menos *erga omnes*, ou seja, destinada a toda a sociedade.

Na vigência da Constituição de 1934, estava estabelecida, também, uma forma de controle de constitucionalidade espelhada numa ação denominada *ação direta interventiva*, destinada à regulação de situações específicas em que se cogitava da quebra do princípio federativo, que era afastada por meio da intervenção da União nos Estados. Do ponto de vista democrático, tem-se que a Constituição de 1937 representou inegável retrocesso, em virtude de seu manifesto caráter autoritário, sendo certo que, no pertinente ao controle de constitucionalidade, restou mantida a modalidade difusa, agora sem remessa ao Senado, não se perdendo de vista o fato de que mesmo o Supremo considerando determinada lei

inconstitucional, podia o Presidente da República, em entendendo que referida norma se mostrasse relevante e necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa do interesse nacional de alta monta, enviá-la, novamente, ao Poder Legislativo, o qual, pelo voto de 2/3 dos parlamentares, em cada uma das Casas, derrubaria a decisão do Supremo.

Com a promulgação da Constituição de 1946, o panorama do controle da constitucionalidade não se modificou, de modo que permaneceram as mesmas regras previstas no ordenamento pretérito, o que foi objeto de alteração com a superveniência do golpe militar de 1964. É que, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de outubro de 1965, implementou-se uma forma de controle concentrado da constitucionalidade das leis por meio da instituição de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão passou a gerar efeitos em relação à coletividade como um todo.

Com o endurecimento do regime militar em 1967, surgiram os Atos Institucionais que, nada obstante à manutenção da via concentrada de controle de constitucionalidade das leis mencionada no parágrafo anterior, acabaram por deixar unicamente sob o controle do Executivo Federal a possibilidade de discussão dos temas tratados nos referenciados Atos Institucionais, sendo certo que, em 1969, também por Ato Institucional, passou-se a admitir o controle da constitucionalidade de lei municipal pelos Tribunais de Justiça dos Estados quando da violação de princípios sensíveis, permitindo-se, inclusive, a intervenção dos Estados nos Municípios. Em razão da transição do regime militar para o democrático, por obra da Constituição que culminou no vigente ordenamento, novos ventos se sopraram sobre a questão envolta ao redor do controle da constitucionalidade das leis, conforme se verá mais adiante. Até 1965 vigorava no Brasil o controle difuso de constitucionalidade. O controle concentrado fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da emenda constitucional nº 16, conforme vimos alhures.

A Lei nº 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Essa lei, meramente ordinária, apresenta-se como algo novo no direito pátrio, haja vista trazer em seu bojo a especificação e o funcionamento da jurisdição constitucional. Ocorre que a Constituição não tratou da competência para legislar sobre a jurisdição constitucional, o que acarretaria vício formal ao texto em apreço, ante a falta de legitimidade.

3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade concentrado, direto ou abstrato tem origem na Alemanha, a partir da Constituição de Weimar. No Brasil, um sistema concentrado de controle de constitucionalidade somente pode ser constatado a partir da Emenda Constitucional nº 16, de novembro de 1965, que introduziu, ao lado da representação interventiva, uma "representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual" a ser manejada pelo Procurador-Geral da República.

Este sistema, com pequenas alterações, vigeu até o advento da Constituição de 1988, quando foi introduzida a Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja por ação, seja por omissão. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 03, de 17/03/1993 introduziu um parágrafo 4º ao artigo 103 da CF/88, criando a ação Declaratória de Constitucionalidade. O processamento das ações continuou a ser regrado sobretudo pelas disposições regimentais e construções jurisprudenciais, até que sobreveio a Lei nº 9.868/99, a qual disciplina o processamento tanto das ações declaratórias de inconstitucionalidade como as de constitucionalidade. Conforme ensina Luiz Alberto David Araujo (2002, 242):

A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema concentrado, optando pela ação direta de inconstitucionalidade, que já reinava em nosso ordenamento. Trouxe, na alínea 'a', do inc. I, do Art. 102, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria. A grande novidade foi o aumento dos legimitados para a propositura da

ação. Ao lado desse instrumento, havia a previsão de outro, colocado originalmente pelo constituinte de 1988: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento que aguarda a legislação ordinária para a sua implementação. A Constituição de 1998 cuidou de anunciar que haveria uma arguição de descumprimento de preceito fundamental a ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei. Portanto, a norma de eficácia limitada (na classificação de José Afonso da Silva) denota a sua criação para a lei posterior, o que só veio ocorrer em 1999, pela Lei 9.882, como já acima mencionado. Portanto, o quadro original de 1988 era composto de dois instrumentos: o primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade, efetivado, era utilizado desde logo, com a instrumentalização do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que lhe servia de suporte processual. E um outro instrumento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que aguardava a disciplina pela lei ordinária.

Hoje, o controle concentrado faz-se por quatro meios: ação direta declaratória de constitucionalidade-inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo essa última objeto de estudo do presente artigo.

3.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Constituição Federal de 1988, através do Art. 102, § 1º, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma inovação, qual seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental com apreciação reservada ao Supremo Tribunal Federal, na forma estabelecida posteriormente pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, ou seja, depois de decorridos mais de 10 (dez) anos de sua inserção na seara basilar brasileira. Ela presente um paralelo em relação aos modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade.

Ao referir-se a preceito fundamental, o legislador constituinte procurou incluir as vigas mestras da nossa Constituição, dos quais se podem enumerar os princípios fundamentais (Arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais (Art. 5º), os princípios da administração pública (Art. 37) e os princípios constitucionais sensíveis (Art. 60, § 4º, incs. I a IV), sendo que destes podem decorrer outros.

Não menos certo nos parece que o que hoje merece a denominação de preceito fundamental pode vir a ter sua densidade normativa sensivelmente diminuída. Nessa esteira de silogismo, o que não é considerado preceito fundamental pode vir a sê-lo, eis que a Lei Maior não pode permanecer rígida perante as mudanças da evolução da sociedade.

É importante destacar que os legisladores alienígenas já previram tal espécie de recurso constitucional, que vem sendo utilizado nos países de origem para prestarem com mais eficácia a tutela jurisdicional constitucional. A título de exemplificação, pode-se citar, dentre outros, o recurso constitucional austríaco, surgido em 1867 no Império, na Lei do Tribunal Constitucional que, posteriormente, veio a integrar a Constituição de 1820. Já, na Alemanha, verifica-se a existência do *agravo constitucional* ou *queixa constitucional* (*verfassungsbeschwerde*), com utilização excepcional por qualquer pessoa que se sinta violada pelo poder público em seus direitos fundamentais, de larga utilização para anular decisões judiciais perante o Tribunal Constitucional Federal.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm a finalidade precípua de expungir do sistema jurídico toda e qualquer afronta a todo e qualquer dispositivo constitucional, e o recurso extraordinário presta a levar ao Supremo Tribunal Federal todas eventuais relações em controle difuso, no curso de uma ação, a ADPF representa a possibilidade de submeter ao Pretório, de forma direta ou incidentalmente as violações de preceitos fundamentais previstos na constituição. Têm por finalidade precípua evitar ou reparar lesão aos já mencionados preceitos fundamentais, como, elas vem estampada na última parte do *caput* do Art. 1º da Lei nº

9.882, de 3 de dezembro de 1999, devendo ser intentada perante a Corte Excelsa. Em outras palavras, e como bem ilustram os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas (2000, 68), a ação *sub studio*:

[...] demonstra o papel que o veículo processual vem cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valioso no seu sistema jurídico. Não é lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a arguição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial

É sabido que o controle da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro comporta duas vias, duas maneiras distintas de se obter o mesmo desiderato, a saber: a concentrada e a difusa, caracterizando-se assim a implementação de forma mista de defesa do Texto Magno.

No controle concentrado somente poderá se perquirir ao redor de problemas de constitucionalidade que envolvam leis ou atos normativos emanados das esferas federal ou estadual, sendo certo que a jurisprudência pátria restringiu tal conceito a tão somente os atos denominados primários, *id est*, aqueles que emanam diretamente da Carta Política. Já, no que tange ao controle difuso a grande dificuldade apresentada é o infinito número de decisões divergentes que poderão aflorar sobre a mesma problemática constitucional, situação esta que poderia, em determinados casos, fazer reinar a insegurança jurídica para os jurisdicionados.

Em meio a esse aparente limbo surgiu a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual, se corretamente utilizada, acabará se tornando mais um firme passo na trilha ao respeito à cidadania e ao Estado de Direito, eis que sua amplitude permite a análise de atos não legislativos e de atos municipais, afastando-se, assim, qualquer interpretação no sentido de delimitar os atos albergados pela referida *actio*, tal qual ocorreu com a ação direta de inconstitucionalidade.

Desta feita, é inequívoco que a ação de arguição de preceito fundamental constitui-se em mais uma forma de controle concentrado de constitucionalidade, tendo incidência sobre atos normativos ou não emanados do poder público, incluindo-se, aí, todos os órgãos federativos (Federal, Estadual e Municipal).

Todavia, importante se faz a advertência proclamada por André Ramos Tavares (2001, 121), no sentido de que:

[...] é preciso também afastar a possibilidade de que 'preceito fundamental' seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. É que se assim fosse, então tornar-se-ia repetitiva a parte final do § 1º do Art. 102 quando se refere a preceito fundamental decorrente desta Constituição.

A legitimidade ativa para a propositura da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental é a mesma relativa à invocação da ação direta de constitucionalidade, que se encontra descrita nos incisos do Art. 103 da Constituição Federal, referendado no inc. I do Art. 2º da Lei nº 9.882, de 03/12/99. Só acrescentar, também, que se aplicam aqui, sobre tais entes legitimados para deflagrar o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, os requisitos concernentes à já mencionada ação direta de inconstitucionalidade, inclusive no que se refere à criação jurisprudencial denominada *pertinência temática*.

Imperativo se faz destacar que o projeto original, mais precisamente o inc. II do Art. 2º, da referida lei, estava a permitir a legitimação para o aforamento do pleito de arguição de descumprimento de preceito fundamental a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público, mas, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República sob o pálio de que estaria a propalar o inchamento de demandas postas à douta apreciação da Corte Suprema, perdendo-se grande oportunidade de concretizar a referida *actio* como verdadeiro meio para o pleno exercício da cidadania.

A peça inicial da ação de arguição deve conter o preceito fundamental que se reputa violado, a indicação do ato reptado,

a prova da violação do preceito, o pedido e a demonstração de controvérsia judicial relevante quanto à aplicação do preceito que se considera violado, se for o caso. O Relator poderá indeferir liminarmente a petição inicial, quando não for o caso de descumprimento do preceito fundamental alegado, quando faltar algum dos requisitos previstos na Lei ou se for declarada inepta. A decisão prolatada desafia o recurso de agravo, no prazo de cinco dias.

A Lei nº 9.882/99 traz, também, em seu bojo, a possibilidade de concessão de medida liminar, por meio de decisão da maioria absoluta dos ministros da Suprema Corte, sendo que o relator poderá, ainda, conceder tal medida *ad referendum* do Tribunal Pleno, no caso de extrema urgência ou perigo de grave lesão, ou, ainda, em período de recesso. Superada tal fase inicial, às autoridades responsáveis pelo ato reptado serão solicitadas informações, que deverão ser prestadas no prazo de dez dias. Em prosseguimento, o relator poderá ouvir as partes, requisitar outras informações, bem como designar perito para emitir parecer sobre o tema.

Ademais, objetivando o esclarecimento da questão suscitada e visando à formação da convicção dos magistrados, há a possibilidade de convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria para discorrer sobre a questão em audiência pública, não se olvidando a necessidade de ouvir o representante do MP, nos moldes preconizados pelo parágrafo único, do Art. 7º da Lei nº 9.882).

Após, o relator pedirá dia para a audiência de julgamento, que deverá contar com, pelo menos, dois terços dos ministros na respectiva sessão, salientando-se que o *decisum* não admite a interposição de qualquer espécie de recurso, até mesmo da ação rescisória.

A decisão proferida em sede de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental possui, como dito linhas atrás, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Público, mas foi atribuído à Suprema Corte, tendo em vista razões de segurança jurídica o excepcional interesse social, por maioria de 2/3, estabelecer que só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou do momento que venha a ser fixado.

Nessa esteira, pode-se concluir que a irradiação de efeitos contra todos, bem como a eficácia vinculante da decisão prolatada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal terá, sem sombra de dúvidas, inegável serventia, ainda mais ao se levar em consideração que quando o aludido *decisum* pôr a termo problemática basilar a respeito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal inserindo-se, aí, aqueles anteriores ao vigente Texto Constitucional.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental possui objeto muito mais abrangente que aquele afeto à ação direta de inconstitucionalidade, vez que não se recolhem apenas atos normativos federais e estaduais, podendo, então, atingir atos municipais, sejam eles normativos ou não. Finalmente, diferem-se as ações no que tange à possibilidade de a decisão liminar proferida em sede de arguição de descumprimento estancar os feitos em curso.

3.2 Da *Verfassungskonforme Auslegung* ou Interpretação conforme a Constituição

Não há um consenso sobre o conceito do Direito, podendo ser definido como "o conjunto de normas gerais e positivas que regulam a vida em sociedade" (*Radbruch*). A palavra "direito" tem seu nascedouro do latim *directum*, que significa aquilo que é reto, que está em conformidade com a legislação. A origem do Direito é comum a origem do Homem, pois destina-se a efetuar a organização das relações humanas, proporcionando as condições necessárias para o equilíbrio da existência dos cidadãos dentro da sociedade.

Se o Direito visa regular as relações entre seres humanos, inegável se apresenta que seus fenômenos são plenamente mutáveis, evolutivos, enquanto que as leis da natureza, por exemplo, as da física, da matemática, da química, são imutáveis, constituindo uma realidade de há muito definida. Na vida em sociedade, por óbvio, existe a necessidade de obediência a vários tipos de normas, além daquelas de cunho jurídico, tais como as de ordem religiosa, moral e de urbanidade. As normas morais e jurídicas possuem em comum o fato de que se materializam como "normas de conduta, de comportamento".

Entretanto, a dessemelhança entre elas é gritante na medida em que somente as normas jurídicas possuem sanção efetiva e oponível pelo Estado (parte coativa da lei imposta pelo Poder Público para constranger os indivíduos à observância da norma ou seja, é a cominação de penas contra os agentes que venham a violar o ordenamento jurídico vigente), circunstância que não ocorre na moral que apenas poderá apresentar, em maior ou menor grau, repreensão dentro da consciência humana, materializada pelo remorso, pelo arrependimento etc. De outra banda, não se pode deslembrar que o campo de atuação da Moral é bem mais abrangente do que o do Direito. Em determinadas ocasiões o Direito traz para o seu campo de atuação preceitos morais.

A norma jurídica é o imperativo autorizante de conteúdo sancionatório, possuindo as seguintes características: utilidade, brevidade, clareza, precisão, honestidade, justiça e possibilidade. A natureza jurídica da norma advém da autoridade competente para a sua edição e que obedeceu aos trâmites legislativos necessários para a sua constitucionalidade e legalidade. A finalidade da norma jurídica é atingir a ordenação social, baseando-se, para tanto, nas diretrizes constitucionais relativas a dignidade humana, solidariedade social, erradicação da pobreza, dentre outras.

Todavia, é sabido que não basta apenas a edição de normas jurídicas para que toda a sorte de conflitos sociais sejam por elas resolvidas. Existem ocasiões em que o Juiz não encontra, na legislação escrita, norma jurídica correspondente ao problema concreto que lhe foi submetido, e, mesmo assim, não poderá deixar de proferir julgamento, devendo, então, se valer do quanto positivado no artigo 4.º da LICC.

A omissão mencionada no artigo de regência, em verdade significa que a lei apresenta alguma lacuna, alguma imperfeição, situação, aliás, inevitável em qualquer ordenamento jurídico, pois não há como o legislador, por mais competente e dedicado que seja prever todas as hipóteses referentes as relações entre as pessoas entre os indivíduos. No silêncio, na omissão, deve o juiz, como já dito, se valer dos mecanismos oferecidos pelo referido artigo 4.º da LICC e pelo artigo 126 do CPC.

O juiz, sempre que possível, tenta adequar uma norma geral e abstrata a um caso específico e concreto, sendo certo que, dentro de um silogismo, a norma funciona como premissa maior e a hipótese *sub judice* como premissa menor, decorrendo, inevitavelmente, uma solução.

Existem situações que a norma jurídica não possui a clareza necessária, trazendo, inclusive, expressões de difícil conceituação, tais como: *bem comum, negligência, boa-fé, preceito fundamental, dignidade etc.*, sendo imprescindível a busca do conteúdo exato do texto legal pelo intérprete. Em outras situações, esta norma jurídica pode ter caráter polissêmico ou multiforme, casos que exigem do operador atos interpretativos condizentes com as finalidades da Constituição. Tais operações fazem parte daquilo que denomina-se *interpretação*. Assim, interpretar nada mais é do que imprimir sentido e alcance à lei, sendo que a *hermenêutica* é a ciência da interpretação das leis.

De acordo com a definição apresentada pelo Minidicionário Houaiss, tem-se que interpretação diz respeito a determinação do significado de algo, determinação esta exarada a partir de um ponto de vista ou um entendimento ou julgamento pessoal. Todavia, no âmbito jurídico o vocábulo, segundo Pedro Nunes, assume aspecto mais científico e apurado, representando o método pelo qual o hermeneuta (intérprete) procurar aprender o pensamento do legislador, expresso na norma *sub examine*, e em seguida explica a sua verdadeira inteligência, o seu justo e conveniente sentido técnico-jurídico. Adverte Jorge Miranda (2002, 448) que:

[...] há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através dessa tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. Não é possível a aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação.

A interpretação das normas da Constituição exige do operador do Direito uma sensibilidade capaz de levá-lo à essência dos dogmas

e compreender as disposições fundamentais contidas em seu bojo, atentando para o próprio sentido que o constituinte atribuiu para as palavras do Texto Maior, sem deixar de lado as condições sociais, econômicas, históricas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos, buscando, ao final, sua aplicação ao caso concreto.

Para a corrente interpretativista, os juizes, ao procederem à interpretação da Constituição, devem limitá-la a captação do sentido dos preceitos e dogmas nela inseridos, ou, quando muito, naqueles claramente implícitos, uma vez que a mesma se assenta no quanto postulado pelo princípio democrático, através do qual tem-se que a decisão judicial não pode e não deve substituir a decisão político-legislativa da maioria democrática.

De outra parte, a corrente não interpretativista sustenta a possibilidade e a necessidade de os magistrados se utilizarem, no que tange a interpretação constitucional, de valores e princípios substantivos, não devendo, assim, somente prevalecer aquele de índole democrática, tendo-se como ponto de partida para tal desiderato a soberania da Constituição, considerando-se o Direito não apenas como um conjunto de regras concretas, mas como também sendo formado por princípios jurídicos abertos, tais como justiça, imparcialidade, igualdade e liberdade.

Apesar de a questão relativa ao denominado "método justo de interpretação" ser uma das mais controvertidas e espinhosas dentro do juspublicismo, tem-se que nos dias de hoje a interpretação das normas constitucionais caracteriza-se como um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com fulcro em critérios ou premissas diferentes, mas, geralmente, que se complementam.

Todavia, não há como se esquivar de importante princípio interpretativo, denominado de interpretação conforme a Constituição, o qual acaba se constituindo num instrumento de fundamental relevância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais. De acordo com o referido princípio percebe-se que quando o intérprete se deparar com normas de

caráter polissêmico, deverá priorizar interpretação que outorgue sentido à norma em conformidade com os princípios e as regras emanadas de uma determinada Constituição.

Sobre o chamado método de interpretação conforme a Constituição, o qual, diga-se *en passant*, serviu de sustentáculo para o pedido principal contido na proemial da ADPF n.º 144, interessante trazer à baila a esclarecedora manifestação do constitucionalista gaúcho Paulo Bonavides (2001, 474), para quem:

A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada 'conforme a Constituição'. Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.

Justifica-se a interpretação conforme a Constituição pela inegável e precípua necessidade de implantação da justiça constitucional por intermédio da *Lex Legum*, servindo, inclusive, para preencher eventuais lacunas que existam no ordenamento jurídico, cuja caracterização pode ser dar pela analogia, pela redução ou, ainda, por derivação das premissas normativas constantes da própria Constituição.

É preciso esclarecer, valendo-se da lição propagada por Gilmar Ferreira Mendes (1996, 275), que existe manifesta distinção entre a interpretação conforme e a chamada declaração de nulidade sem redução de texto, a saber:

[...] ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto,

na interpretação conforme a Constituição, se tem dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Em suma, e como decorrência da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, havendo possibilidade de múltiplas interpretações de um determinado dispositivo, deve-se escolher aquela que mantenha harmonia com a Carta Magna, ainda que não seja a que mais evidentemente resulte da leitura do texto. O princípio da interpretação conforme, que tem como desdobramento, além da eleição de uma linha interpretativa, a exclusão expressa de outras possíveis que conduzam a resultado antagônico àquele estampado na Constituição. Fica nítida, assim, a importância, dentro de certos limites, de o operador do Direito se valer do princípio da interpretação conforme a Constituição quando da análise de textos infraconstitucionais, no afã de que seja mantida a coesão e a unidade do sistema, fomentando-se cada vez mais, a segurança jurídica que deve nortear as soluções de conflitos envolvendo os jurisdicionados e, por via reflexa, todos os cidadãos.

3.2.1 Da ADPF n.º 144/DF – *Leading Case*

Na ADPF n.º 144/DF, sob a relatoria do preclaro Ministro Celso de Mello, temos que o julgamento do mérito **declarou improcedente o pedido ali contido e corrigiu as distorções de aplicação da Lei Complementar n.º 64/90**, mormente no que diz respeito à rejeição ou não do registro de candidatura pretendido por outrem.

Vale à pena ressaltar que, ao votar pela improcedência do pedido veiculado na ação, a Ministra Cármen Lúcia afirmou categoricamente, que: “[...] Somos escravos da Constituição [...]” ao acompanhar o voto do ministro-relator, Celso de Mello, também

pela improcedência da dita ADPF¹.

Ocorre que, mesmo existindo essa decisão em sede de ADPF, e, os Tribunais devidamente oficiados, houve a negativa de registro de candidatura de alguns, o que como vimos alhures torna possível, a apresentação de Reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, posto ter o cidadão um direito fundamental garantido pela Constituição Federal tolhido e existir patente descumprimento de ordem judicial. Nos dizeres do próprio Ministro Celso de Mello,

“[...] as decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (*erga omnes*) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais (...). Torna-se forçoso reconhecer, pois, que o desrespeito à eficácia vinculante, Corte, autoriza, ante o seu inquestionável cabimento, o uso da reclamação [...]”².

Ainda, tal descumprimento por parte dos Tribunais causa prejuízo, de natureza de difícil reparação, ou seja, que existe nítida conexão e dependência entre causa e efeito, podendo a parte/ cidadão que se sentir ofendido, se socorrer do instrumento Reclamação junto aos Tribunais Superiores, no caso STF.

Apenas uma digressão, a Ministra Carmem Lucia, embora tenha declarado estar cansada de tomar ciência, pela imprensa, de atos de quebra da ética e da moralidade na vida pública do país, deixou assente que não cabe ao Judiciário substituir-se ao legislador na elaboração de normas complementares à Constituição Federal para melhorar o sistema eleitoral e a administração pública,

¹Essa Excelsa Corte já se posicionou no sentido de que na hipótese de a decisão objeto de descumprimento ter sido prolatada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ainda que se trate de medida liminar, a juntada da decisão cuja autoridade se busca restaurar e preservar não se mostra necessária (Rcl-AR n.º 872, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, j. 08.09.2005).
²STF, Tribunal Pleno, Reclamação n.º 1.987-0/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, j. 01/10/1993, maioria de votos, com destaques nossos.

como, aliás, se dá com a interpretação extensiva que o Colendo TSE imprimiu ao artigo 1.º, I, 'g', da LC n.º 64/90.

Asseverou ainda, que, se se permitisse o veto a candidato processado sem sentença transitada em julgado, estaria transgredindo o princípio da segurança jurídica e, também, o da igualdade jurídica, pois o critério defendido pela AMB poderia conduzir a decisões diversas em casos semelhantes. Além disso, esta postura feriria o princípio da separação dos poderes, estabelecido na Constituição Federal.

Nesse passo, importante, também, trazer a tona o escoreito posicionamento exarado pelo ínclito Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, que, considerando compreensível a repercussão do tema na opinião pública, assim se manifestou:

[...] A população passa a acreditar que a lista (com os nomes dos candidatos que responderem a processos) será a solução de todas as mazelas, mas a missão dessa Corte constitucional é aplicar a Constituição ainda que essa decisão seja contrária ao pensamento da maioria [...]", completando, "[...] Essa fórmula mágica produziria uma hecatombe de injustiças em série [...]"³.

No aludido processo objeto de controle de constitucionalidade (ADPF 144) foi discutida a questão atinente a desconformidade de interpretação do artigo 1.º, I, 'g', da LC n.º 64/90, bem como pelo fato de que o eminente Ministro Eros Grau, ao disponibilizar a íntegra do seu voto no site mantido pelo STF na internet, não titubeou em, dentre outras candentes conclusões, que:

[...] A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida progressiva de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da presunção da não culpabilidade consagrada no art. 5.º, LVII, da Constituição. [...] O PAPEL DAS INELEGIBILIDADES É DEFINIDO PELO

³ <http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/08/07/o-direito-deve-ser-achado-na-lei-e-nao-na-ua-diz-presidente-do-stf/>

CONSTITUIÇÃO COMO UMA DAS MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. O ARTIGO 1.º, I DA LEI COMPLEMENTAR N.º 64/90 EXIGE QUE A INELEGIBILIDADE RESULTE DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO; EXCEPCIONALMENTE, NO CASO DE REJEIÇÃO DE CONTAS RELATIVAS AO EXERCÍCIO DE CARGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS POR IRREGULARIDADE INSANÁVEL, PRIVILEGIA A DECISÃO IRRECORRÍVEL, SALVO SE A QUESTÃO HOUVER SIDO OU ESTIVER SENDO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. (...) PERMITO-ME AFIRMAR, ADEMAIS, QUE O PODER JUDICIÁRIO NÃO ESTÁ AUTORIZADO A SUBSTITUIR A ÉTICA DA LEGALIDADE POR QUALQUER OUTRA [...].

Nesse diapasão, importante trazer-se a lume, o escoreito posicionamento trilhado pelo preclaro Ministro Ricardo Lewandowski, materializado este quando da prolação de seu voto na ADPF n.º 144, cujo conteúdo foi rememorado em despacho de concessão de liminar proferido nos autos da Reclamação n.º 6.442, em trâmite perante essa Excelsa Corte, a saber:

[...] Num contexto desses, ter-se-á, quando mais não seja, afronta ao princípio da isonomia, na medida em que os candidatos serão tratados de forma distinta, segundo critério pessoal do juiz ou dos integrantes do tribunal responsáveis pelo registro de candidatura.

Melhor, então, que prevaleça, enquanto outro critério não for escolhido pelos membros do Congresso Nacional, aquele estabelecido pela Lei Complementar vigente, isto é, o do trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual, penso, DIANTE DA TAXATIVIDADE COM QUE ESTÁ REDIGIDO, NÃO PODE SER MODIFICADO POR MERA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL, SOB PENA DE INDEVIDA INVASÃO DA SEARA LEGISLATIVA POR PARTE DOS MAGISTRADOS.

Cumprido lembrar neste passo, que Niklas Luhmann, em conhecida passagem de uma de suas mais importantes obras (*Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980, pp. 132-145), assentou que a única forma de se ver o sistema social liberado dos constrangimentos e da aleatoriedade daquilo

que denominou de 'mercado político' – sujeito a crescente complexidade – é a institucionalização de procedimentos decisórios institucionalizados de maneira a alcançar-se, em suas palavras, 'legitimação do procedimento'.

Sob essa ótica, o devido processo eleitoral, que compreende regras permanentes e objetivos acerca das condições de elegibilidade, configura precisamente um importante mecanismo institucional que se destina a conferir legitimidade à seleção e eleição dos candidatos [...]⁴.

Assim, inconteste que a decisão vinculante proferida pelo STF se aplicaria integralmente a hipótese aqui exarada, haja vista que em tudo idêntica ao quanto ali decidido, não se perdendo de vista que o afastamento de tal entendimento se converteria em odiosa e inaceitável quebra do princípio da isonomia a que alude o festejado *caput* do artigo 5.º da Lei Fundante deste País, pois, se as condutas de maior gravidade (crimes e improbidade administrativa) não são capazes de gerar a inelegibilidade da candidatura dos acusados, enquanto não transitar em julgado a respectiva decisão condenatória, o que dizer das situações de menor intensidade e gravidade como a rejeição de contas municipais, contra as quais foram aforadas as medidas judiciais competentes?

Ademais, não se pode olvidar que a decisão proferida em sede de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui, como dito linhas atrás, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Público.

3.2.2 Ratio Decidendi Vs. Obter Dictum

O Supremo Tribunal Federal, ao emitir juízo excelso de deliberação a respeito da controvérsia principal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, *in casu*, na ADPF n.º 144, profere decisão com efeito vinculante e que irradia reflexos não só a partir do comando constante da parte dispositiva do julgado, mas, também, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) a

⁴ STF Reclamação n.º 6.642, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão proferida em 21.08.2007 com destaques nossos, despacho em anexo.

adotados, não se deslembrando que referido fenômeno apresenta-se como resposta à necessidade de preservar a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material das normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade deverão, sempre, ser valorizadas, respeitadas e preservadas.

E assim o é, na precisa e consistente verberação do preclaro Ministro Gilmar Mendes, tendo em vista que a “[...] eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros [...]”⁵, circunstância essa que, sem sombra de dúvidas, somente está a contribuir para o aumento da musculatura de preservação e desenvolvimento do sistema constitucional brasileiro.

Nesse eito, se entremostra necessário fazer-se a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obter dictum*, pois, nas decisões judiciais, existem razões que passam a vincular o juízo futuro e, outras, que apenas são utilizadas como suporte argumentativo.

No escólio de Ugo Mattei, a *ratio decidendi* é a verdadeira decisão do Tribunal, convertendo-se numa regra geral, sem a qual, o caso teria sido decidido diversamente: não é a decisão do caso particular que a faz precedente, mas a razão jurídica da decisão.

Já, o *obter dictum* refere-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado, daí porque, a supressão do excerto assim considerado não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

Conforme se extrai dos trechos dos votos ora mencionados que foram proferidos pelos insignes Ministros da Corte Suprema, quais sejam, Eros Grau, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da ADPF n.º 144, denota-se, às escâncaras que, a *ratio decidendi* da improcedência do pedido aviado pela

⁵ STF RCL 2.126, DJ de 19/08/02.

AMB está atrelada a impossibilidade de o julgador, por simples interpretação judicial, acrescentar requisitos que a lei complementar das inelegibilidades não apresenta em seu texto, em verdadeira usurpação a função do Poder Legislativo.

Assim, é que, de não poderiam os Tribunais sob hipótese alguma ter negado a candidatura de qualquer candidato abarcado nas situações ora ventiladas, pelo fato de se existir uma decisão em sede de controle de constitucionalidade, e, por um dos princípios primordiais da esfera penal de nosso sistema jurídico brasileiro — o princípio da inocência.

4 CONCLUSÃO

Embora seja inquestionável que a temática objeto do vertente estudo se entremoste revestida de intrínseca polêmica, tem-se que para a tomada de posicionamento, mister se faz a completa observância da escoreita advertência formulada nos dizeres do próprio Ministro Celso de Mello,

[...] as decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos ('erga omnes') e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais (...). Torna-se forçoso reconhecer, pois, que o desrespeito à eficácia vinculante, Corte autoriza, ante o seu inquestionável cabimento, o uso da reclamação [...].⁶

Até porque, se assim fosse, estar-se-ia diante de uma manifesta e clarividente violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório e especialmente da presunção de inocência.

Feitas tais considerações, percebe-se, para logo, que eventual solução da controvérsia *sub examine* passa, obrigatoriamente

⁶ STF, Tribunal Pleno, Reclamação n.º 1.987-0/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, j. 01/10/1999, maioria de votos, com destaques nossos.

pela análise e pela interpretação do arcabouço normativo e principiológico constitucional em vigência em nosso País, demandando do intérprete atuação firme e acurada, de modo a não se deixar envolver e intimidar com questões outras que nada guardam similitude e aplicação com o comumente chamado "mundo dos autos".

De outro vértice, embora seja praticamente impossível que a norma abstrata acompanhe a evolução da vida real, a verdade é que para o operador do Direito tal é possível, mediante uma interpretação evolutiva. Entretanto, não raras vezes é ela deixada de lado, não se alcançando os objetivos do Estado, declarados na Constituição. Tal conclusão se espelha no inesquecível Konrad Hesse, que afirmou que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo.

Continua o mestre alemão, mencionando que a pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).⁷

Por fim, quando falamos do instituto da Reclamação cabe lembrar que esta é medida destinada a fazer com que o STF faça cumprir as suas decisões e/ou preserve sua competência⁸. Assim, quando se descumprir decisão de turma ou do plenário, seja por ato do próprio STF (Ministro; Turma, quanto à decisão do Plenário; órgão administrativo) ou por ato externo ao tribunal, o STF, de ofício ou mediante reclamação do interessado, pode determinar o que de direito para a garantia de sua autoridade. Da mesma forma, quando outra entidade ou órgão do Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, agir invadindo a esfera da competência constitucional do STF, cabe a reclamação para que o STF determine medida tendente

⁷ HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.
⁸ Lei 8038/90, Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público. Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será atuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível".

a preservar sua competência. Este modelo federal tem sido aplicado por outros tribunais do País.

5 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113-114.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 246

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, ano VIII, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, jan./mar. 2000, p. 68.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: 2004.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Konrad Hesse, apud, PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1995.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 484.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUSSO, Enrico Spagna. **Diritto costituzionale**. 4 ed. Padova: CEDAM, 1992, p.37.

SANTORO, Emílio. **Estado de Direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei nº 11.417, de 19/12/06**. São Paulo: Método, 2007, p. 14.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, in **"Procedimentos Especiais"**, coordenação de Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior. São Paulo: Saraiva, 2003.

DA (IR)RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

THE (NO) RELEVANT LEGAL DISPUTES IN STOCK DECLARATION OF CONSTITUTIONALITY

Tais Nader Marta

Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru Professora
de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito nas
Faculdades Anhanguera de Bauru.

Advogada.

E-mail: taismarta@hotmail.com

Ana Carolina P. Abujamra

Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru.
Professora de Direito Processual Civil I do Direito OAPEC em
Santa Cruz do Rio Pardo.

Advogada.

E-mail: anacarolabujamra@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; 2.1 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE; 3 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE; 3.1 FINALIDADE; 3.2. CONSTITUCIONALIDADE; 3.3 UTILIDADE; 3.4 LEGITIMIDADE ATIVA; 3.5 POSSIBILIDADE DE LIMINAR; 3.6 DO PROCEDIMENTO, DA DECISÃO E SEUS EFEITOS; 3.7 DEMONSTRAÇÃO DA CONTROVÉRSIA; 3.8 PARALELO ENTRE A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE E A AVOCATÓRIA; 4 CONCLUSÕES; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE JUDICIAL REVIEW; 2.1 THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; 3 THE DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY;

3.1 PURPOSE; 3.2 CONSTITUTIONALITY; 3.3 UTILITY; 3.4; LEGITIMACY ACTIVE; 3.5 CHANGE OF INJUNCTION; 3.6 PROCEDURE OF THE DECISION AND ITS EFFECTS; 3.7 DEMONSTRATION OF CONTROVERSY; 3.8 PARALLELS BETWEEN THE DIRECT ACTION OF CONSTITUTIONALITY AND AVOCATÓRIA; 4 CONCLUSIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 é lei fundamental e suprema do Estado Democrático Brasileiro. Esta por seu turno, esta acima de todo ordenamento jurídico, devendo este se submeter a ela, posto não estar galgado no vício de inconstitucionalidade. Para sanar tal vício, remédios existem, e, dentre eles, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Tal ação se reveste de caráter duplo, contudo o que salta aos olhos é um de seus requisitos: a necessidade de relevante controvérsia judicial. O que vem a ser isso? Há definição em nosso sistema constitucional brasileiro?

Palavras-chave: Constituição Federal. Brasil. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relevante controvérsia.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 is supreme and fundamental law of the Brazilian Democratic state. This in turn this over every legal system, it must submit to it, not be put in greyhound defect of unconstitutionality. To remedy this defect, there are remedies, and among them, the Constitutionality of Declaratory Action. This action is of dual character, but what is a jump in the eyes of your requirements: the need for relevant legal controversy. What is it that? There are defining our constitutional system in Brazil?

Keywords: Federal Constitution. Brazil. Declaratory Action of Constitutionality. Relevant controversy.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu uma substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado "monopólio da ação direta" outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade "incidental" ou "difuso", é certo que a adoção de novos instrumentos, como

o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, introduzindo no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o bojo da reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário.

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaborado juntamente por Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional¹ com o seguinte teor:

Art. 102

I - (...)

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Art. 103 -

§ 4º - A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

¹ Proposta de emenda à Constituição n.º 130, de 1992.

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à Emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17.3.93, disciplinou o instituto, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Nessa ação, o autor somente apresenta-se perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Seu objetivo é, portanto, abreviar o tempo – que em muitos casos pode ser longo – para obtenção de uma pronúncia do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de certo ato, que esteja originando dissenso nos juízos inferiores, consubstanciando um verdadeiro atalho para encerrar a controvérsia sobre a sua legitimidade.

A primeira Ação Direta de Constitucionalidade apresentada discutiu a constitucionalidade da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que trata da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, quando se deu amplo debate sobre a constitucionalidade da própria ação declaratória, tendo o Tribunal ratificado a sua plena legitimidade.²

Desde então foram propostas outras ADCs³, algumas delas de grande repercussão, como a relativa à Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que dispõe sobre a contribuição social do salário-educação, e à Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, referente ao programa de racionamento de energia elétrica.

É certo, no entanto que, tal como já observado por Anschutz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um tribunal

² ADC nº 1-1, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 16.5.1995.

³ Na data de hoje, conforme constatação no site: www.stf.jus.br, são em número de 20 ADCs

especial atribuição para decidir questões constitucionais limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

No entanto, num Estado Democrático de Direito, que possui uma Constituição rígida, o controle de validade das leis desempenha um papel essencial de garantia dos indivíduos ante o Poder Público, ao retirar do mundo jurídico normas e condutas que contrariem a vontade soberana do povo que esta exprimida no texto constitucional.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, esta se daria, portanto, com uma desconformidade de normas inferiores – leis ou atos normativos – com a norma superior. Seria, por assim dizer, uma contrariedade vertical, porque é sabido que, de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

Por sua vez, inconstitucionalidade sob o aspecto formal é a não obediência ao processo legislativo previsto no Texto Magno.

Verificada qualquer dessas duas hipóteses haverá, conseqüentemente o vício jurídico insanável da inconstitucionalidade.

A Carta Magna Brasileira de 1988, no que tange a possibilidade de mudança é um “instrumento” rígido, aquele que exige formalidade mais solene e austera que a utilizada na feitura das demais leis, possui supremacia perante todo o ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim toda espécie normativa deve coadunar-se, tanto material quanto formalmente, aos princípios estabelecidos pelo

legislador constituinte originário. Para resguardar tal conformidade o próprio texto constitucional criou mecanismos político e jurisdicional de controle de leis.

Retrocedendo na história brasileira, o controle difuso da constitucionalidade corresponde a uma tradição republicana que atravessa os séculos, tendo-se iniciado no Brasil com a Constituição de 1891, e possui como um dos seus maiores defensores Rui Barbosa.

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8^a e 9^a). Pimenta Bueno (1978, 69) afirmava que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante.

À época em que implementado o aludido controle, almejou-se, através da criação de um tribunal federal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, a edificação de um sistema no qual fosse possível, ao menos, sujeitar a última palavra sobre a interpretação da lei federal como um todo – aí incluídas, obviamente, as normas e regras constitucionais – ao mencionado sodalício, que, então, cumulava as funções de *pacificador* das interpretações das leis destinadas a toda a nação.

Todavia, nada obstante à inspiração buscada na sistemática prevacente nos Estados Unidos da América, a verdade é que o sistema jurídico aqui implementado na instalação da República (Constituição de 1891) distanciou-se sobremaneira de sua fonte inspiradora, pois, enquanto lá vigia – e ainda vige – o sistema jurídico do *Common Law*, no qual impera a força vinculante das decisões tomadas pela *Supreme Court* nos casos concretos (*stare decisis*), que servirão de norte a ser seguido pelas demais instâncias do Poder Judiciário no exercício da aplicação da lei em situações semelhantes – daí porque se fala na força dos precedentes –, aqui as decisões do Supremo não possuíam qualquer efeito *erga omnes*.

O sistema republicano consagra uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades

marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1^o, a e b).

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1^o, a e b).

Não obstante, não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179). Assim, a partir da Constituição de 1934, o controle da constitucionalidade, que era realizado apenas de forma casuística, mereceu um certo aprimoramento, na medida em que passou a contar com a interveniência do Senado, que, após devidamente comunicado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente a julgamento onde se havia declarado a inconstitucionalidade de lei, suspendia a execução da mesma.

Assim, enquanto a decisão do Supremo Tribunal Federal gerava efeitos *ex tunc*, mas apenas entre os participantes da ação no âmbito da qual havia sido declarada a inconstitucionalidade, a providência tomada pelo Senado de suspender a execução da lei produzia efeitos apenas *ex nunc*, mas ao menos *erga omnes*, ou seja, destinada a toda a sociedade.

Na vigência da Constituição de 1934, estava estabelecida também, uma forma de controle de constitucionalidade espelhada numa ação denominada *ação direta interventiva*, destinada a regulação de situações específicas em que se cogitava da quebra do princípio federativo, que era afastada por meio da intervenção da União nos Estados.

Do ponto de vista democrático, tem-se que a Constituição de 1937 representou inegável retrocesso, em virtude de seu manifesto caráter autoritário, sendo certo que, no pertinente ao controle de constitucionalidade, restou mantida a modalidade difusa, agora sem remessa ao Senado, não se perdendo de vista o fato de que mesmo o Supremo considerando determinada lei inconstitucional, podia o Presidente da República, em entendendo que referida norma se mostrasse relevante e necessária ao bem-estar do povo, a promoção ou à defesa do interesse nacional de alta monta, enviá-la, novamente, ao Poder Legislativo, o qual, pelo voto de 2/3 dos parlamentares, em cada uma das Casas, derrubaria a decisão do Supremo.

Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento.

Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. Essa Constituição vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

A Carta Magna de 1946 restaura a tradição do controle judicial no direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, a, b e c), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: "a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato". Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender* a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

É que, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de outubro de 1965, implementou-se uma forma de controle concentrado da constitucionalidade das leis por meio da instituição de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão passou a gerar efeitos em relação à coletividade como um todo. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República ressaltava que "a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos".

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16, de 1965. A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República,

foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, I). A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n. 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1 de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

Com o endurecimento do regime militar em 1967 surgiram os Atos Institucionais que, nada obstante à manutenção da via concentrada de controle de constitucionalidade das leis mencionada no parágrafo anterior, acabaram por deixar unicamente sob o controle do Executivo Federal a possibilidade de discussão dos temas tratados nos referenciados Atos Institucionais sendo certo que, em 1969, também por Ato Institucional, passou-se a admitir o controle da constitucionalidade de lei municipal pelos Tribunais de Justiça dos Estados quando da violação de princípios sensíveis, permitindo-se, inclusive, a intervenção dos Estados nos Municípios.

Em razão da transição do regime militar para o democrático por obra da Constituição que culminou no vigente ordenamento, novos ventos se sopraram sobre a questão envolta ao redor do controle da constitucionalidade das leis, conforme se verá mais adiante.

Até 1965 vigorava no Brasil o controle difuso de constitucionalidade. O controle concentrado fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da emenda constitucional n.º 16, conforme vimos alhures.

A Lei n.º 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias

de constitucionalidade. Essa lei, meramente ordinária, apresenta-se como algo novo no direito pátrio, haja vista trazer em seu bojo a especificação e o funcionamento da jurisdição constitucional.

Ocorre que a Constituição não tratou da competência para legislar sobre a jurisdição constitucional, o que acarretaria vício formal ao texto em apreço, ante a falta de legitimidade.

Isso decorre, em especial, das questões extremadas que a referida norma vem a tratar, tais como o efeito avocatório, a interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto, entre outros, o que nos leva a considerar que a mesma não poderia vir arraigada na mera competência processual estatuída no Art. 22 da Constituição Federal.

2.1 O Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade concentrado, direto ou abstrato tem origem na Alemanha, a partir da Constituição de Weimar tomando-se uma fórmula preferencialmente adotada nos ordenamentos de origem romano-canônica.

No Brasil, um sistema concentrado de controle de constitucionalidade somente pode ser constatado a partir da Emenda Constitucional n.º 16, de novembro de 1965, que introduziu ao lado da representação interventiva, uma representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual a ser manejada pelo Procurador-Geral da República.

Este sistema, com pequenas alterações, vigeu até o advento da Constituição de 1988, quando foi introduzida a Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja por ação, seja por omissão. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 03, de 17/03/1993 introduziu um parágrafo 4º ao artigo 103 da CF/88, criando a ação Declaratória de Constitucionalidade.

O processamento das ações continuou a ser regido, sobretudo pelas disposições regimentais e construções jurisprudenciais, até que sobreveio a Lei n.º 9.868/99, a qual disciplina o processamento tanto das ações declaratórias de inconstitucionalidade como as de constitucionalidade.

Conforme ensina Luiz Alberto David Araujo (2002, 242):

A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema concentrado, optando pela ação direta de inconstitucionalidade, que já reinava em nosso ordenamento. Trouxe, na alínea 'a', do inc. I, do Art. 102, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria. A grande novidade foi o aumento dos legítimos para a propositura da ação. Ao lado desse instrumento, havia a previsão de outro, colocado originalmente pelo constituinte de 1988: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento que aguardava a legislação ordinária para a sua implementação. A Constituição de 1998 cuidou de anunciar que haveria uma arguição de descumprimento de preceito fundamental a ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei. Portanto, a norma de eficácia limitada (na classificação de José Afonso da Silva) deixava a sua criação para a lei posterior, o que só veio a ocorrer em 1999, pela Lei 9.882, como já acima mencionado. Portanto, o quadro original de 1988 era composto de dois instrumentos: o primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade, efetivado, que era utilizado desde logo, com a instrumentalização do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que lhe servia de suporte processual. E um outro instrumento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que aguardava a disciplina pela lei ordinária.

Hoje, o controle concentrado faz-se por quatro meios: ação direta declaratória de constitucionalidade (a qual estudar-se-á a fundo) - inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vale lembrar que o controle de constitucionalidade também pode ser levado a efeito pelas cortes estaduais frente às respectivas constituições.

3. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

É sabido que, com a constante mudança da sociedade, alteram-se também os perfis dos conflitos de interesse até então existentes, cuja problemática foi observada pelo atual texto constitucional na medida em que em seu bojo foram inseridas, na categoria de direitos fundamentais, novas modalidades de proteção aos jurisdicionados como, *ad exemplum*, o mandado de segurança coletivo.

Se antigamente a sociedade dependia estritamente do legislador para ver fomentar os direitos que lhe eram inerentes, temos que nos dias de hoje tal responsabilidade recai sobre o Poder Judiciário.

Assim é que o ordenamento jurídico pátrio permite aos jurisdicionados promover a provocação do Judiciário valendo-se de instrumentos processuais voltados para a tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Instrumentos estes capazes de assegurar o amplo acesso à Justiça e de permitir que uma única decisão judicial gere efeitos sobre um certo número de pessoas, premiando a celeridade e economia processuais.

De outra parte, os posicionamentos descontraídos emitidos pelos nossos Tribunais acerca da mesma temática, além de trazerem tranqüilidade à população, ferem, muitas das vezes, o princípio da isonomia. O certo é que nossa sociedade necessita de meios hábeis para harmonizar as decisões judiciais, ainda mais quando se adotam os sistemas difuso e concentrado de fiscalização da constitucionalidade.

Nesse ponto, a declaração de inconstitucionalidade emanada pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, resolve em definitivo determinada questão e barra incontáveis ações individuais.

Atentos a tal problemática, os juristas Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes realizaram criterioso estudo e, a partir do mesmo, acabou sendo apresentada a proposta de Emenda Constitucional que recebeu o número 3 e instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

A princípio, a referida ação declaratória não foi bem recebida, sofrendo críticas de inconstitucionalidade e inocuidade, porém, pelo Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem suscitada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1-1-DF⁴, pronunciou-se pela sua constitucionalidade.

Seu objetivo principal é o de transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação sobre a constitucionalidade de dispositivo legal que esteja sendo objeto de grande controvérsia entre juízes e tribunais sendo que, uma vez decidida a questão a Administração Pública (direta e indireta) e o Poder Judiciário ficarão vinculados à decisão proferida.

3.1 Finalidade

Em um primeiro momento, pode parecer que uma ação tendente a declarar a constitucionalidade de uma lei não tenha razão de ser, uma vez que a constitucionalidade da lei é presumida.

No entanto, no sistema pátrio que admite a fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada e difusa, o fim principal da referida ação é levar ao Supremo Tribunal Federal uma lei ou ato normativo federal sobre o qual paira dúvida acerca de sua constitucionalidade, para que, assim, seja proferida decisão definitiva com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, promovendo a guarda do direito constitucional objetivo e trazendo segurança jurídica para os cidadãos brasileiros.

3.2 Constitucionalidade

A princípio, grande parte dos juristas vislumbrou a existência de vícios que comprometeriam a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade, dentre os quais pode-se citar a ofensa

4 Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1-DF: "[...] esta Corte, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 que instituiu a presente ação declaratória de constitucionalidade, estabeleceu, como uma das condições dessa ação, a necessidade de demonstrar a existência de controvérsia judicial séria sobre a norma ou as normas cuja declaração de constitucionalidade é pretendida. Assim sendo, a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos ainda aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar."

aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento. Além da violação destes princípios, prejudica-se o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, impedindo-o de invocar a proteção jurisdicional por inviabilizar o controle difuso da constitucionalidade.

Ora, na verdade as falhas apontadas não desqualificam a ação de constitucionalidade como meio de fiscalização constitucional até mesmo porque os legitimados do Art. 103 da Constituição Federal podem promover ação direta de inconstitucionalidade da mesma norma. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá vir a conhecer, através de distintas ações, outros posicionamentos acerca da constitucionalidade da mesma norma.

Tal ação não apresenta ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pelo fato de impedir os legitimados de poderem exercitar o controle difuso. Ocorre que, para a manutenção dos controles difuso e concentrado entremostra-se necessária a possibilidade de a Suprema Corte declarar, com efeitos *erga omnes*, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma.

Em conclusão, constata-se que a ação declaratória de constitucionalidade, tanto quanto a ação direta de inconstitucionalidade, fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, perfazendo processos objetivos, posição, aliás, defendida pelo Ministro Moreira Alves⁵.

3.3 Utilidade

Na verdade, a ação declaratória de constitucionalidade não é novidade em nosso sistema jurídico, isso porque, a própria ação de inconstitucionalidade é também uma ação de constitucionalidade, já que naquela o Supremo Tribunal Federal tanto poderá declarar a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade do ato normativo repto.

5 Ação declaratória de constitucionalidade questão de ordem 1-DF:

Aliás, durante certo tempo, aceitou-se que o Procurador-Geral da República propusesse representação interventiva e representação de inconstitucionalidade com parecer contrário, buscando, com maior celeridade, o reconhecimento judicial da legitimidade de determinada norma, que, de outra forma, tomava longos anos para ser apreciada em definitivo.

Nesse passo, o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com vigência em 1.970, tratava expressamente dessa possibilidade em seu art. 174, § 1º. Atualmente, apesar da possibilidade de encaminhamento da representação com parecer contrário ter sido suprimida daquele Regimento Interno, artigo 169, § 1º, o fato é que o Procurador-Geral continuou a oferecer representações de inconstitucionalidade manifestando-se, por fim, muitas vezes em favor da constitucionalidade da norma.

Entretanto, tal posicionamento fora revisto⁶ e apenas o Procurador-Geral pode apresentar ação direta de inconstitucionalidade ofertando, em sua manifestação, parecer contrário, contudo, tal caminho é vedado aos demais legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal.

Assim é que, a utilidade da ação direta de constitucionalidade repousa no fato de que a decisão proferida produz efeito contra todos e vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, ou seja, mais abrangente que os efeitos produzidos na ação direta de inconstitucionalidade, acabando por transformar a presunção relativa de constitucionalidade que paira sobre todas as normas em absoluta (*jure et jure*).

3.4 Legitimidade Ativa

A legitimidade ativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a par do quanto estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45, restou idêntica àquela estabelecida para a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ou seja, conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado

⁶ Representação 1.349, Rel. Min. Aldir Passarinho.

Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

3.5 Possibilidade de Liminar

Anteriormente à assunção da Lei nº. 9.868/99, muito se discutiu acerca da possibilidade ou não de concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade. De fato, altercavam-se aqueles que se mostravam contrários a tal desiderato que se a Suprema Corte viesse realmente a conceder liminar em ação declaratória de constitucionalidade estaria perpetrando uma repetição inútil, na medida em que se estaria afirmando aquilo que já é presumido, ou seja, a constitucionalidade e a legalidade da lei ou ato normativo.

Entretanto, e depois de detida e acurada análise sobre a problemática em questão, parece restar indene de dúvidas tanto a possibilidade como a necessidade, em certos casos, de concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade não podendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal se furtar à apreciação de pleitos nesse sentido.

Atualmente, referida discussão não mais se entremostra pertinente tendo em vista que a já citada Lei nº. 9.868/99 acabou por admitir expressamente a concessão de medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade. Assim como na ação direta, o Supremo Tribunal Federal poderá – por maioria absoluta de seus membros – deferir o pedido de medida cautelar. Firmou-se o entendimento de que a medida cautelar em ação de constitucionalidade possui efeito vinculante, obrigando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em assim sendo, e concedida a medida liminar vindicada, o Supremo Corte deverá publicar a parte dispositiva da referida decisão, dentre 10 (dez) dias, em seção especial do Diário Oficial da União, sendo certo que o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade deverá ocorrer dentre 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de perda da eficácia da mesma, nos precisos moldes

do quanto estatuído no parágrafo único do referendado artigo 21 da Lei nº. 9.868/99.

Entretanto, na prática essa regra não tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Um exemplo de não aplicação desse prazo limite é a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4 em que o Supremo Tribunal Federal deferiu, em parte, a medida cautelar requerida em 11.02.1998, pela literalidade do que dispõe o parágrafo único do artigo 21 da Lei nº. 9.868/99 a eficácia dessa medida tenha se esgotado no mês de agosto de 1998. No entanto, após sete anos da concessão da medida cautelar o Supremo Tribunal Federal julgou procedente (no dia 03.02.2005) a reclamação interposta contra a decisão da primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás que atentou contra a autoridade decidido liminarmente na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.⁷

3.6 Do procedimento, da decisão e seus efeitos

O procedimento disciplinador da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade passou a ser regulado com a edição da Lei nº. 9.868 de 10 de novembro de 1999, que trata do processamento e do julgamento das referidas ações perante o Excelso Supremo Tribunal Federal. Até então, o procedimento observado era, no que cabia, o mesmo utilizado para a tramitação da ação de inconstitucionalidade.

Deveras, a Lei nº. 9.868/99 trouxe, em seus Arts. 14 a 20, o procedimento para o correto processamento da ação declaratória de constitucionalidade, cuja dogmática não poderá ser ofendida sob pena de não-conhecimento e de não admissibilidade da mesma pelo Supremo Tribunal Federal.

Julgada procedente a ação de constitucionalidade a manifestação jurisdicional implicará na declaração de constitucionalidade do ato normativo, embora a rejeição da medida redunde, via de consequência, na declaração de inconstitucionalidade da norma objeto da demanda.

⁷ Rcl AgR 2.416/GO, rel. Min Cezar Pelúzo, 03.02.2005.

Assim é que, tanto no caso de procedência como no de improcedência, ainda que parcial, a decisão proferida produz efeito *erga omnes*, que irá vincular todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, e, em princípio, *ex tunc*.

Imperativo se faz destacar que a decisão proferida tanto na ação busca a confirmação da constitucionalidade quanto na ação direta de inconstitucionalidade é declaratória de um estado preexistente.

3.7 Demonstração da controvérsia

A petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deverá, necessariamente, indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo ferretado, os fundamentos jurídicos da impugnação, o pedido, com suas especificações, além da comprovação da existência de controvérsia judicial relevante acerca da aplicação da disposição objeto da medida, uma vez que a Suprema Corte não é órgão consultivo, devendo solucionar as controvérsias apresentadas, ainda que de forma abstrata.

De outro modo, a mera demonstração de entendimentos divergentes sobre a constitucionalidade de determinada norma não autoriza o intento da ação em apreço; faz-se necessária a demonstração de divergência judicial que, não demonstrada, obsta o prosseguimento da demanda na Excelsa Corte.

Tenha-se presente, portanto, a advertência da doutrina e, também, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade "só terá lugar e se justificará diante da ocorrência de um estado de incerteza de grandes proporções quanto à legitimidade da norma"⁸, pois, inexistindo controvérsia em proporções relevantes, ou não se configurando um estado de dúvida de grandes proporções em torno da validade constitucional da lei emanada da União Federal,

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, tomo III/152, 1997.

tornar-se-á insuscetível de conhecimento a ação declaratória de constitucionalidade.

Dentro desse tema, o STF, em julgamento da ADC 8, julgou que há a necessidade de que o dissídio se exteriorize em proporções relevantes, pela ocorrência de decisões antagônicas que, em ambos os sentidos e em volume expressivo, consagrem teses conflitantes.

A existência efetiva de controvérsia judicial deve ser fundada em razões jurídicas idôneas e consistentes – em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Tal se faz necessário para que não se tenha a criação de um quadro de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

A observância desse requisito se faz importante para que a ADC não se converta em instrumento de consulta sobre a validade de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando a natureza jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, e para efeito de configuração do interesse objetivo de agir do autor da ação declaratória (CF, art. 103, § 4º), torna-se indispensável – consoante exige a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que “pré-exista controvérsia” que ponha em risco a presunção *juris tantum* de constitucionalidade insita a qualquer ato emanado do Poder Público.

A imprescindibilidade da demonstração liminar de que ocorre situação de efetivo dissídio judicial em torno da constitucionalidade de determinada lei editada pela União Federal vincula-se à natureza mesma da atividade desempenhada pela Suprema Corte. É que esta – respeitados os limites impostos pelo princípio da separação de poderes – jamais poderá converter-se em instância de consulta sob pena de o pronunciamento do Tribunal revelar-se estranho e incompatível com a própria essência que qualifica a função jurisdicional.

Não cuidar para que o requisito da relevante controvérsia judicial seja atendido, repita-se fere o princípio da separação de

poderes, posto que estar-se-ia, dando ao Supremo Tribunal Federal, o poder de complementar o processo legislativo da lei, para ratificar os juízos de sua constitucionalidade, que se não de ter como implícitos, ao menos, na deliberação do Congresso Nacional, ao aprovar o projeto de lei ou ao recusar veto do Presidente da República, sob invocação de sua invalidade.

3.8 Paralelo entre a ação direta de constitucionalidade e a avocatória

A avocatória surgiu no direito brasileiro com a Emenda Constitucional 7, de 13.04.1977, outorgando ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, quando houver imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que pudesse suspender os efeitos da decisão proferida e para que lhe fosse devolvido o conhecimento integral da lide.

Até pouco tempo, em 1.991, cogitou-se sobre o retorno da avocatória ao sistema jurídico brasileiro. Ocorre que, tal medida fora insuperavelmente manchada pelo regime autoritário, tendo em vista seu aspecto eminentemente político de suspender decisões jurídicas.

Desta forma, as vantagens da ação de constitucionalidade sobre a avocatória são inegáveis, eis que o Supremo Tribunal Federal somente será provocado para, de forma abstrata, decidir acerca de questão de constitucionalidade pertinente, não havendo que se falar em argumentos políticos, mas sim jurídicos. Ademais, na análise de caso concreto, caberá ao próprio juízo competente solucioná-la, sem a interferência da Suprema Corte, devendo apenas ser observada a decisão proferida sobre a questão constitucional em abstrato.

4 CONCLUSÕES

A Constituição, sendo a norma fundante do Estado, deve preservar seu núcleo essencial e permanente. De acordo com Konrad Hesse a Constituição há de ser concebida como uma ordem

jurídica fundamental da coletividade que consagra as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação futura. (PIOVESAN, 2003, 22/23).

Atualmente, a preocupação universal da Constituição, no sistema moderno, é assegurar a efetividade e a supremacia de suas normas, especialmente porque estas representam os valores sociais mais caros das sociedades envolvidas.

Em princípio, a norma jurídica inferior incompatível com os ditames constitucionais não deveria produzir quaisquer efeitos. No entanto, em razão da segurança, da ordem e da paz social, a simples incompatibilidade não é suficiente para justificar o descumprimento de ato inconstitucional. É preciso que sejam afastados os efeitos dos atos inconstitucionais em processos específicos previstos pela própria Constituição, sob pena de regredirmos à justiça pelas próprias mãos. E mesmo nestes processos específicos muitas vezes pode-se chegar a decisões de afastamento relativo dos efeitos, em prol de valores constitucionais superiores que estejam envolvidos.

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem se revelado uma das mais notáveis criações do direito constitucional. É importante analisar que o sistema de controle de constitucionalidade passa por grande desenvolvimento na ordem jurídica moderna.

No que tange ao controle concentrado, mais precisamente no caso das ações declaratórias de constitucionalidade, temos que está não poderá ser usada como meio de consulta de constitucionalidade de lei, o que desvirtuará a sua importância, e, por isso a necessidade da demonstração quando da sua propositura da "relevante controvérsia jurisprudencial" que esteja pondo em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

A controvérsia deverá ser demonstrada na petição inicial pela indicação da existência de ações em andamento em juízos ou tribunais inferiores em que a constitucionalidade da lei esteja sendo impugnada e deverão ser levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal todos os argumentos existentes (favoráveis e contrários) para que ocorra a uniformização do entendimento.

No entanto, como se vê no trabalho apresentado, a relevante controvérsia judicial, ainda é um requisito subjetivo, que caberá ao relator sorteado para a ação definir se esse foi cumprido ou não. Ainda, já há mínimo balizador do que é esse requisito, do qual pedimos vênia para corroborar, e, trazer a tona.

Assim, o requisito da relevante controvérsia judicial poderá ser entendido como, a demonstração de divergência judicial idônea e consistente sobre a norma ou as normas cuja declaração de constitucionalidade será pretendida. Ou seja, quando gerado um estado de incerteza de grandes proporções quanto à legitimidade da norma - causando insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Dessa forma, não cuidar para que o requisito da relevante controvérsia judicial seja atendido, fere o princípio da separação de poderes, posto que estar-se-ia, dando ao Supremo Tribunal Federal, o poder de complementar o processo legislativo da lei, para ratificar os juízos de sua constitucionalidade, que se não de ter como implícitos, ao menos, na deliberação do Congresso Nacional, ao aprovar o projeto de lei ou ao recusar veto do Presidente da República, sob invocação de sua invalidade.

Caso não seja comprovada a existência de relevante controvérsia judicial o Supremo Tribunal Federal não conhecerá a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Por fim, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que só a controvérsia judicial relevante autoriza a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade, sendo insuficiente a comprovação de controvérsia doutrinária para a propositura da ação.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo, Saraiva.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANSCHÜTZ, Gerhard. **Verhandlungen des 34. Juristentags**, v. II, Berlim e Leipzig, 1927, p. 208.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, ano VIII, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, jan./mar. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO **Instituições de Direito Processual Civil**, 2ª ed., v. II, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito

adquirido, In: **Revista de Direito Administrativo n. 210**. Rio de Janeiro: Renovar.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO Antônio Houaiss. **Minidicionário Houaiss**. Rio de Janeiro: Objetiva Ltda., 2001.

LAMY Marcelo. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade. In **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. Livro coordenado por André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Análise do direito comparado e nacional**. Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUSSO, Enrico Spagna. **Diritto costituzionale**. 4.ed. Padova: CEDAM, 1992.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

SANTORO, Emílio. **Estado de Direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica constitucional**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 03, v. 366.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à lei nº 11.417, de 19/12/06. São Paulo: Método, 2007.

Tribunal Constitucional Português, 1ª seção, Processo nº 474/88. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, in **Procedimentos Especiais**, coordenação de Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Júnior, São Paulo: Saraiva, 2003.

REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL ADEQUADA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

REFLECTIONS ABOUT ORGANIZATIONAL ADEQUATE STRUCTURE TO PROTECT THE CULTURAL HERITAGE

Lucíola Maria de Aquino Cabral

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Procuradora do Município de Fortaleza.

E-mail: luciolacabral@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OS DIREITOS CULTURAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?; 2.1 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS?; 3. QUEM É O ESTADO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL?; 3.1 A QUEM COMPETE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL?; 3.2 PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988; 4. O PODER PÚBLICO E SUAS ESTRUTURAS ADMINISTRATIVAS; 4.1 ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL; 4.2 OS CONSELHOS NACIONAIS DE CULTURA; 4.3 CONSELHOS ESTADUAIS - CEARÁ; 4.4 CONSELHOS MUNICIPAIS - FORTALEZA; 4.5 OS FUNDOS DE APOIO À CULTURA; 5. BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL; 5.1 LEGISLAÇÃO NACIONAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS; 5.2 O DEC. LEI Nº 25/1937 E A CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E NATURAL MUNDIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988; 6. DIREITO À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL; 6.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE E OS EFEITOS DO TOMBAMENTO; 6.2 DESONERAÇÃO DO TOMBAMENTO; 7 CONCLUSÃO; 8 BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CULTURAL RIGHTS ARE FUNDAMENTAL RIGHTS; 2.1 GENERATIONS OR DIMENSIONS OF RIGHTS?; 3 WHO IS THE STATE IN THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE?; 3.1 TO WHO THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE COMPETES?; 3.2 CULTURAL HERITAGE IN THE CONSTITUTION OF 1988; 4. THE PUBLIC POWER AND YOURS ADMINISTRATIVE STRUCTURES; 4.1 ATTRIBUTIONS OF THE AGENCIES OF DEFENSE OF CULTURAL HERITAGE; 4.2 THE NATIONAL COUNCILS OF CULTURE; 4.3 STATE COUNCILS - CEARÁ; 4.4 LOCAL COUNCILS - FORTALEZA; 4.5 THE CULTURAL FUNDS; 5. SHORT ANALYSIS OF THE NATIONAL LEGISLATION; 5.1 NATIONAL LEGISLATION: CONSTITUTIONAL ASPECTS; 5.2 THE DECREE-LAW 25/1937 AND THE CONVENTION CONCERNING THE PROTECTION OF THE WORLD CULTURAL AND NATURAL HERITAGE AND THE CONSTITUTION OF 1988; 6 THE RIGHT TO CULTURAL HERITAGE PRESERVATION; 6.1 THE RIGHT OF PROPERTY AND THE EFFECT OF TOMBAMENTO; 6.2 DESONERATION OF TOMBAMENTO; 7 CONCLUSION; REFERENCES.

Resumo: Este trabalho traz algumas reflexões sobre a estrutura organizacional adequada à proteção do patrimônio cultural brasileiro. O estudo foi realizado com base na legislação que disciplina as estruturas administrativas hoje existentes em nível federal, estadual e municipal, em cotejo com as normas contidas nos arts. 216 e 216 da Constituição Federal de 1988 e no Dec. Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. O objetivo deste estudo consiste em avaliar se as estruturas administrativas governamentais são adequadas à proteção do patrimônio histórico cultural e, para isto, foi realizada uma análise da legislação que regulamenta os diversos órgãos tais como o Ministério da Cultura, o IPHAN e os respectivos conselhos e fundos culturais. Idêntico procedimento foi adotado com relação à Secretaria da Cultura do Estado do Ceará - SECULT e a Secretaria de Cultura do Município de Fortaleza - SECULTFOR.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Direitos culturais. Direitos fundamentais. Defesa do patrimônio. Política cultural.

Abstract: This paper develops some considerations on the nature of the organizational structures suitable to the protection of the Brazilian cultural patrimony. The study is based on the legislation that disciplines the existing administrative structures, at the federal, state and municipal levels, in accordance

with the norms contained in article 225 and 216 of the 1988 Federal Constitution and the Decree-Law nº 25, of November, 30th, 1937. The goal of the study is to appraise if the governmental administrative structures are suitable to the protection of the historical cultural patrimony. In order to reach this goal, an analysis of the legislation that regulates the various agencies in this field, such as the Culture Ministry, the Instituto do Patrimônio histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - National Historic and Artistic Patrimony Institute - and their respective cultural councils and funds. The same procedure was adopted regarding the Secretaria da Cultura do Estado (SECULT) - Department of Culture of the State of Ceará - and the Secretaria de Cultura do Município de Fortaleza (SECULTFOR) - Department of Culture of the City of Fortaleza. Based on these information it is possible to say that the current administrative structures need to be rethink and modified to confer effective protection to the Brazilian cultural patrimony.

Keywords: Cultural patrimony. Cultural rights. Fundamental rights. Patrimony defense. Cultural policy.

1 INTRODUÇÃO

O tema relacionado aos direitos culturais foi introduzido no direito brasileiro a partir da Constituição de 1988. Até então o tratamento legal conferido à cultura limitava-se praticamente a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, com base nas normas estatuídas pelo Decreto Lei no. 25/1937.

Na atualidade, porém, os direitos culturais possuem status de direitos fundamentais, constituindo dever do Estado garantir a todos seu pleno exercício, bem como o acesso às fontes da cultura nacional. O texto constitucional assegura, ainda, que o Estado deverá apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Outra mudança significativa trazida pelo constituinte de 1988 foi com relação ao conceito de patrimônio cultural, haja vista que o Decreto Lei nº 25/1937 afirmava que o patrimônio histórico e artístico nacional era constituído pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico,

bibliográfico ou artístico. De acordo com o art. 216 da Constituição de 1988, constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à 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.

Observa-se, portanto, que a Constituição de 1988 ampliou significativamente o conceito de patrimônio cultural, estabelecendo ademais que o poder público, com a colaboração da comunidade, cuidará de sua promoção e proteção. Tais mudanças acarretaram, por conseguinte, modificações na legislação federal, estadual e municipal, devendo ser ressaltado, entretanto, que o Decreto Lei nº 25/1937 foi recepcionado pela Carta da República.

Este estudo traz uma reflexão sobre a estrutura organizacional dos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio cultural brasileiro nas três esferas governamentais, considerando os respectivos mecanismos criados para impulsionar as políticas culturais, como, por exemplo, o sistema federal da cultura, o conselho nacional da cultura e o fundo nacional da cultura. Verificou-se a existência de estruturas administrativas semelhantes tanto no Estado como no Município de Fortaleza, evidenciando-se também que o Chefe do Poder Executivo exerce enorme poder sobre os órgãos e que as ações por eles desenvolvidas não conseguem alcançar ainda os objetivos fixados pela Constituição de 1988.

2 OS DIREITOS CULTURAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?

A Constituição de 1988 inseriu o tema da cultura no contexto da "ORDEM SOCIAL", mais precisamente nos artigos 215 e 216. Todavia, ao fazê-lo ampliou significativamente o conceito de patrimônio cultural, como se depreende pela simples leitura destes artigos em comparação com o art. 1º do Dec. Lei nº 25/1937.

Importa agora responder ao seguinte questionamento: i) o que são direitos culturais; ii) os direitos culturais são direitos fundamentais?

A resposta ao primeiro questionamento – o que são direitos culturais – é bem representativa da dificuldade que encontra o intérprete no momento de, primeiro, conceituar o que é direito cultural e, segundo, tentar explicitá-los. Isto se deve, essencialmente, a dois fatores: i) escassa bibliografia sobre o assunto; ii) errôneo entendimento de que tudo já se disse sobre isto, ou seja, o tema está esgotado.

No entanto, Cunha Filho (2000, p. 22) alerta para o fato de que *"nada deve ser cientificamente desconsiderado, ou ficar isento de investigação, sob pena de se estabelecer com dito objeto uma relação dogmática nociva à verdade e ao desenvolvimento científico humano"*.

Partindo desta perspectiva, procurou-se localizar na doutrina brasileira um conceito de direitos culturais que mais se aproximasse do contexto em que foi inserido o aludido tema no âmbito da Constituição de 1988.

Para não aprofundar a discussão, até porque não é este o objeto de estudo deste trabalho, traz-se à colação apenas dois conceitos, conforme explicitados em seguida.

Segundo Reiszewitz (2004, p. 77), os direitos culturais,

[...] englobam todos aqueles direitos que implicam em participação na vida cultural, que viabilizam o contato da população com as fontes de cultura e com a natureza, portanto, seu exercício depende da educação, do lazer e, sobretudo, de políticas culturais que incentivem a produção cultural e o acesso à cultura.

Observa-se que a conceituação trazida pela autora não alcança todo o conteúdo dos direitos culturais, sobretudo se colocado frente ao texto do art. 216 da Constituição Federal de

1988. Mais apropriado o conceito ofertado por Cunha Filho (2000, p. 34), conforme abaixo:

Direitos culturais são aqueles afetos às artes, memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

A expressão "direitos culturais", segundo Cunha Filho (2000, p. 231), aparece pela primeira vez no art. 215 da Constituição Federal de 1988 e foi inserida no direito brasileiro somente a partir da publicação do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A segunda indagação consiste em verificar se os direitos culturais são direitos fundamentais.

O art. 215 da Carta da República proclama que 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.

De outra parte, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 evidencia inúmeros direitos culturais, a saber: i) a liberdade de expressão artística (inc. IX); ii) os direitos autorais e conexos (incisos XXVII e XXVIII), e o direito à proteção do patrimônio cultural (inc. LXXIII), além de outros dispersos no texto constitucional e, ainda, aqueles apanhados pela cláusula de abertura constante do § 2º do citado art. 5º.

Contudo, entende-se que nem todos os direitos culturais integram a categoria dos direitos fundamentais, haja vista que para isto deverão atender, pelo menos, dois requisitos: i) estar inseridos e qualificados como tal no texto constitucional; ii) possuir existência significativa a ponto de ser albergada pelos princípios que informam o conjunto de direitos fundamentais, em seu aspecto

material, dos quais sobressai-se o que sintetiza e justifica os demais, a multimencionada dignidade da pessoa humana. (CUNHA FILHO, 2000, p. 41).

2.1 Gerações ou dimensões de direitos?

Os direitos culturais estão inseridos na segunda dimensão de direitos fundamentais, destacando Sarlet a distinção entre as três dimensões de direitos, conforme se observa em seguida:

Primeira Dimensão: podem ser traduzidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, direitos de defesa, caracterizados por uma zona de não intervenção do Estado e uma conseqüente esfera de autonomia individual em face de seu poder. São apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, "direitos de resistência ou de oposição ao Estado". Possuem inspiração jusnaturalista – o direito à vida, à liberdade, à propriedade, igualdade perante à lei.

Segunda Dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais. Cuida-se não mais de evitar a intervenção do Estado, mas sim de "propiciar um direito de participar do bem-estar social" (C. Lafer). Trata-se, portanto, de liberdade através do Estado. Caracterizam-se por consagrarem ao indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. As chamadas liberdades sociais – como o direito de sindicalização e o direito de greve – também integram os direitos de segunda dimensão, que podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social.

Terceira Dimensão: solidariedade e fraternidade. Trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos e caracterizando-se, por isso, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Segundo o mencionado autor, mais duas dimensões de direitos são propostas pelo Professor Paulo Bonavides:

Quarta Dimensão: direito à democracia e à informação, direito ao pluralismo;
Quinta Dimensão: direito à paz.

Não é necessário adentrar no mérito da discussão acerca do número de gerações ou dimensões de direitos fundamentais; todavia, convém esclarecer que se dá preferência ao termo dimensões de direitos, tendo em vista que *“o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso de tal expressão pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”*. (SARLET, 2007, p. 54-60).

3 QUEM É O ESTADO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL?

A proteção dos bens culturais foi conferida ao poder público pela primeira vez, através da Constituição brasileira de 1934, que em seu art. 148 dizia explicitamente que *“cabe à União e aos estados favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”*. (CASTRO, 1981, p. 176).

A Constituição brasileira de 1937, por sua vez, dispunha em seu art. 134 que; *“os monumentos históricos, artísticos e naturais, como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos municípios”*. (CASTRO, 1981, p. 176).

Observa-se que, embora haja certa semelhança entre os citados dispositivos, a Constituição de 1937 trouxe os municípios foram expressamente inseridos no contexto da proteção do patrimônio cultural, não obstante não tivessem estes status de ente político.

Todavia, foi o Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 que efetivamente veio estabelecer normas de proteção patrimonial

cultural brasileiro, sendo certo que seu texto foi parcialmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se que o Dec. Lei nº 25/1937, apesar de ser originário de um período de ditadura militar, foi amplamente debatido no parlamento, conforme destaca Machado (2006, p. 919):

O Ministro da Educação da época – Gustavo Capanema – afirmava na Exposição de Motivos enviada ao Presidente da República visando à edição do Decreto-lei 25/37:

Foi, assim, elaborado o necessário projeto de lei. Na sua feitura, aproveitou-se tudo quanto de útil, entre nós, se projetara anteriormente. Foi consultada e atendida, no que pareceu conveniente, a legislação estrangeira.

V. Exa. apresentou o projeto ao Poder Legislativo em 15 de outubro de 1936. Na Câmara dos Deputados não se lhe fez emenda. O Senado Federal introduziu-lhe algumas pequenas modificações. A 10 do corrente mês de novembro, quando se decretou a nova Constituição, estava o projeto em fase final de elaboração, de novo na Câmara dos Deputados.

Retomando agora o projeto inicial, julguei de bom aviso nele incluir, com uma ou duas exceções, as emendas do Senado Federal, e ainda uma outra nova disposição, com o que lhe melhorou o texto.

O projeto de decreto-lei, que ora tenho a honra de submeter à elevada consideração de V. Exa., é, assim, o resultado de longo trabalho, em que foram aproveitadas as lições e os alvires dos estudiosos da matéria.

É ainda de notar que, nesse projeto, está regulada, em toda a sua plenitude, a disposição do art. 134 da Constituição.

Transformado em lei, é lícito esperar que sua execução decorra para o nosso patrimônio histórico e artístico a proteção vigilante, segura e esclarecida de que, há tanto tempo, está carecendo.

Verifica-se, portanto, que o aludido Decreto Lei consubstancia normas pioneiras no que concerne a proteção do patrimônio cultural, notadamente no que se refere à limitação imposta ao direito de propriedade através do tombamento.

A proteção do patrimônio cultural, inicialmente, estava afeta à União e aos Estados, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que deu tratamento diferenciado à matéria, é que se procedeu à repartição de competências entre os entes federados. Assim, são competências comuns à União, aos Estados e aos Municípios, consoante dispõe o art. 23, III da Carta de 1988, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. O art. 24, VII do texto constitucional afirma que são competências concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, conferindo ao Poder Público (à União, aos Estados, e ao Distrito Federal), o dever de protegê-lo. Relativamente aos municípios, a Carta da República dispôs no art. 30, inciso IX que compete a estes promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Portanto, todos os entes políticos da federação brasileira possuem o dever de proteger o patrimônio histórico.

3.1 A quem compete a proteção do patrimônio cultural?

A proteção do patrimônio cultural, conforme foi dito acima, compete ao Poder Público e à comunidade, conforme se verifica através da leitura do art. 216, § 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 216, § 1º: 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.

Convém acrescentar que o fato de constar no texto constitucional norma no sentido de proteger o patrimônio cultural isto por si só não é suficiente para garantir sua sustentabilidade destacando Machado que na implementação do conceito de patrimônio cultural devem ser consideradas duas partes: uma

estática e outra dinâmica. A estática comporta a legislação que irá propiciar as formas de sua conservação e os tipos de gestão. No que se refere a sua dinâmica, o conceito de patrimônio cultural assim se caracteriza pelo fato de que caminha no tempo, unindo gerações. (MACHADO, 2006, p. 903-905).

Resta, portanto, evidenciado que ao Estado brasileiro, constituído por seus entes políticos, e à comunidade, foi atribuído o dever de proteger e preservar o patrimônio cultural.

3.2 Patrimônio cultural na Constituição de 1988

O conceito de patrimônio cultural foi inicialmente definido pelo Decreto Lei nº 25/1937, que em seu art. 1º estabelecia o seguinte:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Observa-se, no entanto, que na Constituição Federal de 1988 o conceito de patrimônio cultural foi alargado, ganhando novo conteúdo, como se pode observar abaixo:

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 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.

Segundo Silva (2001, p. 101-102), o patrimônio cultural brasileiro é a expressão jurídica que compreende não só o patrimônio cultural estabelecido pela União, mas também aquele estabelecido pelos Estados e Municípios, devendo ser entendido como um todo orgânico, cuja unidade traduz a identidade do país e cujo significado é tanto maior quanto mais incorporado estiver ao viver corrente da cidadania.

Note-se, porém, que para compor o patrimônio cultural brasileiro, quer sejam bens de natureza material ou imaterial, devem os mesmos ser portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Destaca Leuzinger que não sendo identificados estes requisitos referenciais estar-se-á diante de uma fonte de cultura nacional, a qual todos devem ter garantido o pleno acesso, mas não do patrimônio cultural brasileiro. (LEUZINGER, 2007, p. 145)

4 O PODER PÚBLICO E SUAS ESTRUTURAS ADMINISTRATIVAS

Dispõe o art. 215 da Constituição Federal de 1988 que “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.”

Considerando-se o contexto jurídico do Estado brasileiro, é certo afirmar que compete ao Estado assegurar a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, sem que se imponha qualquer tipo de controle ou interferência. Vale dizer, o dispositivo constitucional referido acima impõe uma ação afirmativa ao Estado, no sentido de promover a realização dos princípios da liberdade e da igualdade, visando a democratização da cultura.

Ora, essa democratização somente será possível se houver uma descentralização das ações relacionadas à cultura. Assim, é de

se questionar de que forma e em que medida essa descentralização pode ser efetivada.

Em primeiro, deve ser considerado que a Carta da República estabeleceu um sistema de repartição de competências que, no caso da cultura, obriga aos entes políticos promover políticas públicas culturais. Analisando-se a norma do § 1º do art. 216 verifica-se que o dever do Estado, com a colaboração da comunidade, promover o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Em segundo, a norma do § 3º do mencionado art. 216 dispõe, ainda, que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Silva (2001, p. 214) esclarece que,

O texto, na verdade, diz que o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural. Isso tem a seguinte significação: ao promover o patrimônio cultural, o Poder Público estará constituindo-o, formando-o, por um daqueles meios indicados: tombamento etc. [...] Ao promover, constituir, formar, desse modo, o patrimônio cultural brasileiro, o Poder Público estará igualmente preordenando meios jurídicos para a proteção dos bens que nele forem inscritos por um daqueles institutos indicados na norma constitucional. Promover, aí, portanto, significa dar origem, gerar, diligenciar para que se realize o patrimônio cultural brasileiro, favorecer o surgimento e desenvolvimento desse patrimônio.

Em se tratando de direitos culturais, portanto, deve o Estado pautar sua atuação de forma transparente e com intensa participação popular, no intuito de possibilitar a todos o acesso à cultura. Dentro de um contexto democrático isto quer significar que os bens culturais devem ser auferíveis por todos. Assim, resta ao Poder Público, através de seus órgãos ou entidades, definir e implementar as políticas culturais, tendo em vista que o patrimônio cultural é o direito constitucionalmente protegido. (CARVALHO, 2006, p. 147).

De acordo com Carvalho, o Estado, por ser a pessoa jurídica que personifica o interesse público, tem o dever de concretizar um direito de todos, a saber, o direito ao patrimônio cultural. A administração pública, por conseguinte, consubstancia a estrutura organizacional que irá materializar os atos e serviços que expressam a finalidade e o interesse público. (CARVALHO, 2006, p. 148).

Nesta perspectiva é que se fará uma breve análise das estruturas administrativas dos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio cultural em nível federal, estadual e municipal, em conformidade com o arcabouço legislativo que o abriga.

4.1 Atribuições dos órgãos de defesa do patrimônio histórico e cultural

A história da gestão do patrimônio histórico, no Brasil, teve início a partir da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que em seu art. 46 estatua o seguinte:

Fica criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o País e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

Ainda em 1937, através do Decreto Lei nº 25, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN, órgão administrativo responsável pelas funções executivas na área do patrimônio histórico. Posteriormente, através da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990 foi criado o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, que sucedeu o antigo SPHAN, recebendo seu acervo, suas receitas, bem como as competências conferidas pelo Decreto Lei nº 25/37. Em 12 de dezembro de 1990, a Lei nº 8.116 atribuiu ao IBPC a natureza jurídica de autarquia.

Atualmente, o IPHAN, autarquia federal que sucedeu ao Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC, conforme MP nº 752/1994 convalidada pela Lei nº 9.649/1998, regulamentada

pelo Decreto nº 5040/2004, é o órgão responsável pela proteção do patrimônio histórico nacional.

De acordo com o art. 2º do Decreto 5040/2004, o IPHAN tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965, e no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, e, especialmente:

- I - coordenar a execução da política de preservação, promoção e proteção do patrimônio cultural, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;
- II - desenvolver estudos e pesquisas, visando a geração e incorporação de metodologias, normas e procedimentos para preservação do patrimônio cultural; e
- III - promover a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a revitalização do patrimônio cultural, exercendo o poder de polícia administrativa para a proteção deste patrimônio.

Todavia, a responsabilidade pela política cultural, em nível federal, compete ao Ministério da Cultura, conforme previsão constante da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992. De acordo com a mencionada Lei, integram a estrutura do Ministério da Cultura, os seguintes órgãos: i) o Conselho Nacional de Política Cultural; ii) a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura e, iii) a Comissão de Cinema. Foram mantidos: i) a Secretaria de Informação, Estudos e Planejamento; ii) a Secretaria de Apoio à Cultura e, iii) a Secretaria para o Desenvolvimento Audiovisual.

Ao Ministério da Cultura foram atribuídas competências para: a) o planejamento, coordenação e supervisão das atividades culturais; b) formulação e execução da política cultural; c) proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro.

Ressalta Silva que a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que alterou a estrutura organizacional da Presidência da República, manteve em seu art. 13, VI o Ministério da Cultura com atribuições voltadas, basicamente para a política nacional de cultura e a proteção do patrimônio histórico e cultural. (SILVA, 2001, p. 225).

Assim, em nível federal, compete ao IPHAN desempenhar atividades de ordem precipuamente executivas, cabendo ao Ministério da Cultura promover a política cultural, que envolve necessariamente, a proteção do patrimônio histórico.

No Estado do Ceará, a Lei nº 8.541, de 09 de agosto de 1966 criou a Secretaria da Cultura do Estado do Ceará – SECULT, cuja estrutura administrativa foi posteriormente alterada pela Lei nº 13.297, de 07 de março de 2003 e regulamentada pelo Decreto nº 27.001/2003.

Nos termos do art. 38 da Lei nº 13.297/03, compete à Secretaria da Cultura:

Planejar, normatizar, coordenar, executar e avaliar a política cultural no âmbito do Estado, compreendendo o amparo à cultura, a promoção, a documentação e a difusão das atividades artísticas e culturais, a defesa do patrimônio Histórico, Arqueológico, Paisagístico, Artístico e Documental; incentivar e estimular a pesquisa em artes e cultura; apoiar a criação, a expansão e o fortalecimento das estruturas da sociedade civil voltada para a criação, produção e difusão cultural e artística; analisar e julgar projetos culturais; deliberar sobre tombamento de bens móveis e imóveis de valor histórico, artístico e cultural reconhecido pelo Estado do Ceará; cooperar na defesa e conservação do Patrimônio Cultural, Histórico, Arqueológico, Paisagístico, Artístico e Documental – material e imaterial – do Estado; além de outras atribuições correlatas, nos termos do Regulamento.

Vale ressaltar que a SECULT não só cuida da proteção do patrimônio cultural do Estado do Ceará, mas também é responsável pela definição de sua política cultural.

No Município de Fortaleza foi criada a Secretaria da Cultura de Fortaleza – SECULTFOR, órgão da administração direta, conforme Lei Complementar nº 54, de 28 de dezembro de 2007, a qual é responsável pela definição da política cultural do Município, bem como pela proteção de seu patrimônio histórico.

O art. 2º da aludida Lei Complementar dispõe sobre as competências da SECULTFOR, destacando-se as seguintes atribuições:

- I - definir políticas e diretrizes de cultura, em consonância com a Lei Orgânica do Município, e com os Planos Nacional e Municipal de Cultura, e estabelecer normas gerais para a efetivação das ações culturais do Município;
- II - desenvolver, coordenar, acompanhar e monitorar as políticas públicas de cultura que possibilitem o reconhecimento, a pesquisa, a formação, a estruturação, o fomento, a defesa, a proteção, a preservação, a valorização e a difusão das mais variadas expressões culturais, entendendo a cultura como afirmação da vida em suas diversas formas de expressão, artísticas ou não artísticas, no âmbito do Município;
- III - coordenar e gerenciar, tecnicamente, as propostas e projetos a serem efetivados pela Administração Municipal na área da cultura;
- VI - fomentar a manifestação e promover a divulgação da arte e da cultura local, defendendo a diversidade cultural e a produção artística, consagrada ou não, e mantendo a população informada sobre locais, exposições, eventos e cursos promovidos pela Prefeitura Municipal de Fortaleza e à disposição na área cultural;
- VII - restaurar e preservar os bens culturais materiais e imateriais, móveis e imóveis pertencentes ao patrimônio histórico e cultural do Município, com sua proteção e valorização;
- IX - garantir a defesa do uso dos bens públicos culturais em função do interesse social, bem como garantir o acesso às políticas culturais e de acessibilidade aos equipamentos e bens públicos;
- XIV - apoiar técnica e administrativamente o Conselho Municipal de Cultura;
- XV - coordenar e elaborar o Plano Municipal de Cultura de duração plurianual, em consonância com

o órgão municipal responsável pelo planejamento orçamentário da Prefeitura Municipal, com a participação da comunidade e das Secretarias Executivas Regionais (SER), de conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Municipal de Cultura, e em consonância com o Plano Nacional de Cultura, bem como dos programas e projetos de cultura no âmbito municipal;

XIX – gerir de forma autônoma e democrática os recursos destinados à cultura, os recursos do Fundo Municipal de Cultura (FMC) – estes sob orientação e controle do Conselho Municipal de Cultura – tendo como referência as políticas públicas de cultura do Município e do Plano Municipal de Cultura;

As políticas culturais do município, assim como a proteção de seu patrimônio histórico, estão hoje sob a responsabilidade da SECULTFOR, cujas competências mais importantes foram enumeradas acima.

Como se pode observar, a legislação municipal prevê a elaboração de um Plano Municipal de Cultura, de duração plurianual, o que representa significativo avanço, posto que permitirá harmonizar e integrar a política cultural do município com a política cultural nacional prevista no Plano Nacional de Cultura, conforme determina o § 3 do art. 215 da Constituição Federal de 1988.

4.2 Os conselhos nacionais de cultura

As normas de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, como visto, remontam a 1937 e já naquela década a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, em seu art. 46, criou o Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN.

A criação de um Conselho Consultivo em plena época de ditadura é fato muito curioso, tanto que sua estrutura administrativa era composta pelo Diretor do SPHAN, pelos diretores dos museus nacionais e coisas históricas ou artísticas e mais 10 (dez) membros

nomeados pelo Presidente da República, vale dizer, era um órgão fechado e controlado pelo governo federal.

Posteriormente, o Decreto Lei nº 74, de 21 de novembro de 1966 criou o Conselho Federal de Cultura, que tinha como principais atribuições formular a política cultural nacional; articular-se com os órgãos federais, estaduais e municipais, bem como com as universidades e instituições culturais, de modo a assegurar a coordenação e execução dos programas culturais; decidir sobre o reconhecimento das instituições culturais; promover a defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional etc.

O Conselho Federal de Cultura, por sua vez, foi substituído pelo Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC, órgão integrante da estrutura organizacional do Ministério da Cultura, regulamentado pelo Decreto nº 1.939, de 25 de junho de 1996. Conforme estabelece o art. 4º do mencionado Decreto, *competete ao Conselho Nacional de Política Cultural, assessorar o Ministro de Estado da Cultura na formulação e definição de diretrizes e estratégias para a ação governamental na área cultural, emitindo pareceres em assuntos que lhe forem submetidos pelo Ministro de Estado.*

Em 24 de agosto de 2005, o Decreto nº 5.520 instituiu o *Sistema Federal de Cultura*, dispondo também sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Cultural – CNPC, do Ministério da Cultura.

O art. 1º do Decreto nº 5.520/2005 atribuiu as seguintes finalidades ao Sistema Federal de Cultura: i) integrar os órgãos, programas e ações culturais do Governo Federal; ii) contribuir para a implementação de políticas culturais democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da federação e da sociedade civil; iii) articular ações com vistas a estabelecer e efetivar, no âmbito federal, o Plano Nacional de Cultura; iv) promover iniciativas para apoiar o desenvolvimento social com pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. O art. 3º, inciso VIII do citado Decreto estatui que é competência do Ministério da Cultura

coordenar e convocar a Conferência Nacional de Cultura. Em seu art. 5º consta a finalidade do CNPC; em seu art. 6º está definida sua composição e, em seu art. 7º foram definidas as competências do Plenário do CNPC.

Vale ressaltar, ainda, que a Presidência do Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC é exercida pelo Ministro de Estado da Cultura e, em sua ausência, pelo Secretário - Executivo do Ministério da Cultura. No que concerne à Conferência Nacional de Cultura, resta esclarecer que esta será constituída por representantes da sociedade civil indicados em Conferências Estaduais, na Conferência Distrital, em Conferências Municipais ou intermunicipais de Cultura e em Pré-Conferências Setoriais de Cultura, e do Poder Público dos entes federados, em observância ao disposto no regimento próprio da conferência, a ser aprovado pelo Plenário do Conselho Nacional de Política Cultural.

Todas estas inovações foram efetuadas por meio do Decreto nº 5.520/2005, sem que fossem revogados, no entanto, nenhum dos dispositivos do Decreto nº 1.939/1996.

Por outro lado, a estrutura administrativa do IPHAN é constituída por órgãos colegiados, órgão de assistência direta e imediata ao Presidente; órgãos seccionais; órgãos específicos singulares e órgãos descentralizados, como se pode constatar da redação do art. 3º do Decreto nº 5.040, de 7 de abril de 2005. Interessa aqui destacar a importância do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, cuja competência está definida no art. 9º do citado Decreto:

Art. 9º Ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural 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.

Machado (2006, p. 928) assinala que o Conselho Consultivo do IPHAN é órgão também deliberativo e que decide

obrigatoriamente, sobre três matérias: i) tombamento; ii) registro dos bens culturais imateriais; iii) saída de obras de arte do país.

4.3 Conselhos estaduais do Ceará

No âmbito do Estado do Ceará foram criados o Conselho Estadual de Preservação do Patrimônio Cultural do Estado do Ceará e o Conselho Estadual da Cultura, conforme as Leis estaduais nº 13.078, de 20 de dezembro de 2000, alterada pela Lei nº 13.619, de 15 de julho de 2005 e Lei nº 13.400, de 17 de março de 2003.

De acordo com o art. 3º da Lei nº 13.078/2000, compete ao Conselho Estadual de Preservação do Patrimônio Cultural do Estado do Ceará: i) deliberar sobre o tombamento de bens móveis e imóveis de valor reconhecido para o Estado do Ceará; ii) formular, em conjunto com a Secretaria da Cultura e Desporto, as diretrizes a serem obedecidas na política de preservação e valorização dos bens culturais; iii) cooperar na defesa e conservação do patrimônio histórico, arqueológico, artístico, bibliográfico e paisagístico do Estado, na conformidade da Legislação Federal e da Estadual referente ao assunto; iv) emitir parecer sobre assuntos e questões de bens patrimoniais e culturais que lhe sejam submetidas pelo Secretário da Cultura e Desporto e/ou Departamento de Patrimônio Cultural; v) assessorar o Departamento de Patrimônio Cultural quando se fizer necessário; vi) adotar medidas previstas nesta Lei, necessárias a que se produzam os efeitos do tombamento; vii) em caso de excepcional necessidade, deliberar sobre as propostas de revisão do processo de tombamento; viii) quando necessário e em casos de maior complexidade, manifestar-se sobre projetos, planos e propostas de construção, conservação, reparação, restauração e demolição, bem como sobre os pedidos de licença para funcionamento de atividades comerciais ou prestadoras de serviços em imóveis situados em local definido como área de preservação de bens culturais e naturais, ouvido o órgão municipal expedidor da respectiva licença; ix) pleitear benefícios ao proprietário de bens tombados.

O Conselho Estadual da Cultura, instituído pela Lei nº 13.400/2003, conforme disposto em art. 2º, possui como principais

atribuições: i) emitir prévio parecer sobre: a) os planos anual e plurianual de trabalho da Secretaria da Cultura e de suas entidades vinculadas; b) as diretrizes gerais relativamente aos incentivos estaduais à cultura, principalmente os do Fundo Estadual da Cultura de que trata o art. 233 da Constituição Estadual; c) os eventos que, a partir de proposta do Secretário Estadual da Cultura, deve, compor o calendário cultural do Estado; d) questões de natureza cultural que lhe sejam submetidas pelo Secretário da Cultura; ii) funcionar como última instância recursal administrativa nas decisões que envolvam projetos submetidos aos incentivos estaduais à cultura.

A exemplo da União, o Estado do Ceará, instituiu através do Decreto nº 27.930, de 30 de setembro de 2005, a Conferência de Cultura do Ceará, coordenada pela Secretaria da Cultura e com os seguintes objetivos: i) discutir a estruturação do Sistema Estadual de Cultura e Sistemas Setoriais de Cultura; ii) elaborar diretrizes para o Plano estadual de Cultura; iii) subsidiar as discussões do Plano Nacional de Cultura; iv) subsidiar as discussões sobre o Sistema Nacional de Cultura; v) eleger os (as) delegados (as) que representarão o Estado do Ceará na Conferência Nacional de Cultura.

4.4 Conselhos municipais de Fortaleza

A Secretaria de Cultura de Fortaleza – SECULTFOR foi criada por meio da Lei Complementar nº 54, de 28 de dezembro de 2007. Consoante foi afirmado anteriormente, a SECULTFOR é órgão vinculado ao Gabinete do Prefeito e integrado ao Sistema Municipal de Cultura, cujas finalidades consistem em formular e coordenar as políticas públicas de cultura no Município de Fortaleza.

A estrutura organizacional da SECULTFOR encontra-se descrita em anexo, sendo relevante destacar que o Município de Fortaleza, através da Lei Complementar nº 54/2007 criou o Sistema Municipal de Cultura, atendendo ao disposto no art. 2º da Lei Orgânica do Município, o qual é composto pelo Conselho Municipal de Política Cultural, Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Histórico Cultural – COMPHIC e pelo Fundo Municipal de Cultura. Segundo o art. 285 da LOM o Sistema Municipal de Cultura *abrangerá e articulará todos os órgãos e instituições culturais*

no âmbito de sua competência, com a finalidade de implementar e implantar as políticas públicas de cultura.

O art. 286 da LOM estabelece a obrigação do Município de Fortaleza de elaborar o Plano Municipal de Cultura, de duração plurianual, em conjunto com organismos colegiados da cultura e da sociedade civil organizada. Logo no art. 287 da LOM verifica-se que o Município de Fortaleza deverá também realizar, periodicamente, a Conferência Municipal de Cultura, salientando-se que este dispositivo foi regulamentado pelo art. 2º, inciso XVII da Lei Complementar municipal nº 54/2007. De acordo com a citada lei complementar, a Conferência Municipal de Cultura deverá ocorrer a cada 2 (dois) anos, com ampla participação popular, objetivando a construção e o acompanhamento coletivo das políticas públicas.

4.5 Os fundos de apoio à cultura

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, § 3º dispõe que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Trata-se de norma relacionada à política cultural, cujo escopo é viabilizar a implementação da cultura através de ações concretas que impulsionem e fomentem seu desenvolvimento, e, ao mesmo tempo, estimulem e incentivem a criação, a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. (SILVA, 2001, p. 214)

Segundo Silva (2001, p. 217), a União criou verdadeiro Sistema Institucional de Apoio à Cultura que se materializa através das seguintes instituições oficiais: i) Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC; ii) Fundo Nacional da Cultura – FNC; iii) Fundos de Investimento Cultural e Artístico – FICART, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 1º, 4º e 8º, todos da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

Além destes mecanismos, a Lei nº 8.313/1991 prevê também a possibilidade de financiamento de projetos culturais, mediante a aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais

apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, bem como através de contribuições ao Fundo Nacional da Cultura – FNC, nos termos do art. 5º, inciso II da aludida Lei, desde que atendidos os critérios fixados em seu art. 1º. Trata-se de uma nova forma de mecenato, consoante Cunha Filho, na qual o Poder Público renuncia a uma parcela do imposto de renda que deveria receber para que o contribuinte, juntando a esta renúncia uma fração do seu próprio dinheiro, apóie um projeto cultural. (CUNHA FILHO, 2000, p. 105).

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.313/1991, o Programa Nacional de Apoio à Cultura será implementado através do Fundo Nacional da Cultura - FNC, dos Fundos de Investimento Cultural e Artístico – FICART e de Incentivos a projetos culturais.

O art. 4º da Lei nº 8.313/1991 enumera os objetivos do Fundo Nacional da Cultura – FNC, podendo ser citados os seguintes:

- I - estimular a distribuição regional equitativa dos recursos a serem aplicados na execução de projetos culturais e artísticos;
- II - favorecer a visão interestadual, estimulando projetos que explorem propostas culturais conjuntas de enfoque regional;
- III - apoiar projetos dotados de conteúdo cultural que enfatizem o aperfeiçoamento profissional e artístico dos recursos humanos na área da cultura, criatividade e a diversidade cultural brasileira;
- IV - contribuir para a preservação e proteção do patrimônio cultural e histórico brasileiro;
- V - favorecer projetos que atendam às necessidades da produção cultural e aos interesses da coletividade, aí considerados os níveis qualitativos e quantitativos de atendimentos às demandas culturais existentes, o caráter multiplicador dos projetos através de seus aspectos sócio-culturais e a priorização de projetos em áreas artísticas e culturais com menor possibilidade de desenvolvimento com recursos próprios.

Nota-se, no caso, a evidente preocupação do legislador ordinário com questões fundamentais para a preservação do

bens e valores culturais. Em primeiro observa-se a determinação de estimular a distribuição regional dos recursos, de forma a possibilitar aos interessados o acesso aos meios necessários para implementação de projetos culturais. Em segundo, é possível observar que existe um interesse bastante justificável no sentido de fomentar atividades culturais valoradas pela sociedade, mas que não atraem investimentos privados por não atenderem as necessidades do mercado. E mais, é possível constatar, ainda, que o Fundo Nacional da Cultura contribui para o pluralismo cultural, na medida em que respeita os mais diferentes modos de criar, fazer e viver de nossa gente, como se depreende do inciso II do art. 4º transcrito acima. (CUNHA FILHO, 2000, p. 102).

1. No âmbito da Administração Pública Estadual, a Lei n.º 13.811, de 16 de agosto de 2006 instituiu o Sistema Estadual da Cultura - SIEC, indicando suas fontes de financiamento e regulando o Fundo Estadual da Cultura – FEC.

Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.811/2006, que o SIEC tem como finalidade *conjug*ar esforços, recursos e estratégias dos poderes públicos das diferentes esferas da federação brasileira, de empresas e organizações privadas, de organismos internacionais e da sociedade em geral para o fomento efetivo, sistemático, democrático e continuado de atividades culturais, nos termos da referida Lei.

O FEC encontra-se previsto no § 1º do art. 9º e art. 12, ambos da Lei nº 13.811/2006. A mencionada Lei faculta, ainda, aos contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, depositar recursos financeiros em favor do Fundo Estadual da Cultura e apoiar financeiramente projetos culturais encaminhados ao Mecenato Estadual, podendo deduzir o valor em até 2% (dois por cento) do ICMS a ser recolhido mensalmente, na forma e nos limites estabelecidos em regulamento próprio, objetivando incentivar as atividades culturais.

A administração do FEC foi outorgada a um Comitê Gestor presidido pelo Secretário da Cultura, com composição definida em regulamento, ficando os respectivos atos sujeitos aos princípios constitucionais da administração pública, constantes no art. 37 da Carta da República.

O FEC poderá financiar até 80% (oitenta por cento) do custo total de cada projeto e, em casos excepcionais poderá financiar até 100% (cem por cento), porém, de regra, deverá o proponente oferta a respectiva contrapartida, seja com recursos financeiros, bens ou serviços, próprios ou de terceiros, salvo se habilitado a obter recursos junto a outra fonte de financiamento. A contrapartida poderá ser dispensada sempre que os recursos tenham sido destinados a apoiar programas, projetos e ações culturais desenvolvidas por entidades vinculadas à Secretaria da Cultura, ou por aquelas criadas para dar suporte aos equipamentos culturais do Estado.

A legislação estadual, contudo, não permite a obtenção concomitante de incentivos do FEC e do Mecenato Estadual para um mesmo projeto.

O Mecenato Estadual destina-se ao fomento de atividades culturais por meio da conjugação de recursos do poder público e da iniciativa privada, quando ocorra renúncia fiscal, conforme estatuído em Lei.

O Município de Fortaleza, por sua vez, instituiu o Fundo Municipal da Cultura por meio da Lei Complementar nº 54/2007, a qual será regulamentado por lei específica.

5 BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Foi visto que as estruturas administrativas em nível federal, estadual e municipal guardam semelhança, chegando até mesmo a copiar alguns institutos. É que, na verdade, a estrutura criada pela União é o paradigma para orientar o legislador estadual e municipal, tanto que é possível encontrar nas três esferas de governo os seguintes mecanismos de apoio e proteção à cultura: i) Sistema

Federal de Cultura - SFC, contemplando o Conselho Nacional de Política Cultural - CNPC, o Fundo Nacional da Cultura e os Fundos de Investimento Cultural e Artístico - FICART, além do sistema de incentivos à cultura; ii) o Sistema Estadual da Cultura - SIEC, que compreende o Conselho Estadual de Cultura, o Conselho Estadual de Preservação do Patrimônio Cultural do Estado do Ceará, o Fundo Estadual de Cultura e o sistema de incentivo à cultura; iii) o Sistema Municipal de Cultura, que compreende o Conselho Municipal de Política Cultural, o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural e o Fundo Municipal da Cultura, que se encontra pendente de regulamentação, não sendo possível afirmar, por conseguinte, se o Município de Fortaleza instituirá ou não o sistema de mecenato.

Vale ressaltar que as ações relacionadas à cultura na esfera federal, são compartilhadas entre o Ministério da Cultura e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, o qual possui em sua estrutura administrativa um Conselho Consultivo, com natureza também deliberativa, responsável pelo procedimento de tombamento e registro dos bens pertencentes ao patrimônio cultural.

É bastante vasta a legislação federal relacionada à proteção do patrimônio cultural e às políticas culturais, não interessando aqui mencionar todas as leis e decretos que disciplinam a matéria, mas apenas destacar o que há de mais importante dentro do ordenamento jurídico pátrio: i) Decreto Lei nº 25, de 30/11/1937 (Patrimônio Histórico e Artístico Nacional); ii) Lei nº 8313, de 23/12/1991 (Restabelece os princípios da Lei nº 7505/86 e institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura); iii) Decreto nº 1494, de 17/05/1995 (regulamenta a Lei nº 8313/91); iv) Decreto nº 3551/2000, de 04/08/2000 (Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial); v) Decreto nº 5520, de 24/08/2005 (Institui o Sistema Federal de Cultura e o Conselho Nacional de Política Cultural); vi) Decreto Lei nº 3866, de 29/11/1941 (Dispõe sobre o cancelamento do tombamento); vi) Lei nº 6.292, de 15/12/1975 (Homologação do tombamento pelo Ministro da Educação e Cultura).

5.1 Legislação nacional: aspectos constitucionais

Uma questão que se reputa relevante para este estudo diz respeito às normas contidas no Decreto Lei nº 25/1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Entende-se que o citado Decreto Lei foi parcialmente recepcionado pela Constituição Federal brasileira de 1988 e que o mesmo contém normas gerais e normas específicas dirigidas a administração federal. A matéria, no entanto, não é pacífica.

Deve-se considerar, porém, que o texto constitucional além de garantir o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura, assim como o apoio e o incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais, ampliou claramente o próprio conceito de *patrimônio cultural*, como se pode observar da redação do art. 216. Por conseguinte, as normas contidas no Decreto Lei nº 25/1937 podem e devem ser aplicadas quando não contrariem o disposto no texto constitucional.

Ademais, merece destaque o fato de que o conceito de patrimônio cultural constante do Dec. Lei 25/1937 exige o tombamento para conferir ao bem a qualidade de integrante do patrimônio histórico e artístico nacional; enquanto que a Carta de 1988 estabelece que para integrarem o patrimônio cultural nacional os bens devem ser portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade. Como anota Reisewitz (2004, p. 97), a Carta de 1988 faz referência apenas à memória do povo brasileiro, não exigindo que o bem ou o fato seja memorável ou possua excepcional valor histórico etc., para ser merecedor de proteção enquanto integrante do patrimônio cultural (ver art. 1º do Dec. Lei 25/1937 e art. 216 da CF/1988).

Neste contexto, pode-se afirmar que prevalece hoje o conceito de patrimônio cultural previsto no art. 216 da Carta de 1988, não estando prejudicada a aplicabilidade das demais normas contidas no Decreto Lei nº 25/73.

5.2 O Dec. lei nº 25/1937 e a convenção relativa à proteção do patrimônio cultural e natural mundial e a constituição de 1988

A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74/1977, assim como o Dec. Lei nº 25/1937, prestigiaram a proteção de bens materiais.

A Constituição Federal de 1988, na medida em que determina a proteção de bens culturais de natureza material (móveis e imóveis) e imaterial nada mais fez que ampliar o conceito de patrimônio cultural.

6 O DIREITO À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O art. 215 da Carta da República preceitua que “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”. Assegura, ainda, a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, e, mais o estabelecimento de um Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público.

Observa-se, portanto, que o constituinte de 1988 assegurou o direito à preservação do patrimônio cultural, cuja proteção é realizada por meio dos seguintes instrumentos: o tombamento, o registro, o inventário, a vigilância e a desapropriação, podendo, no entanto, serem criados outros meios de acautelamento pela administração pública e pela comunidade. (MACHADO, 2006, p.911).

6.1 O direito de propriedade e os efeitos do tombamento

Para que se proceda à análise das estruturas administrativas responsáveis pela proteção do patrimônio cultural, necessário se faz

tecer alguns comentários acerca dos efeitos do tombamento frente ao direito de propriedade.

Não se pretende discutir a natureza jurídica do tombamento, vez que não é este o escopo deste trabalho. Contudo, a título de exemplo, coloca-se em discussão dispositivo da legislação estadual que proíbe a saída de bem móvel tombado do território estadual.

Considerando-se que o bem jurídico tutelado pelo ordenamento é o direito à preservação do patrimônio cultural, importa indagar se os instrumentos de proteção e as estruturas administrativas existentes são eficazes e adequados para conferir eficácia às normas impostas pela Constituição de 1988.

Primeiramente, importa ressaltar que o tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura para a fruição das presentes e futuras gerações. (MACHADO, 2006, p. 918).

Em segundo lugar, merece ser destacado que a Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, estatuidando, ainda, que esta deve cumprir sua função social, conforme consta em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, respectivamente.

Assim, considerando-se o teor da norma constante do art. 4º, § 8º da Lei estadual nº 13.465/2004, que estabelece que os bens móveis tombados não poderão sair dos limites do Estado, sob pena de seqüestro e pagamento de multa, salvo se destinados à exposição ou outra forma de intercâmbio cultural, por prazo não superior a seis meses, indaga-se: como interpretar a norma que impõe um agravamento a uma limitação que recai sobre o direito de propriedade?

Segundo Machado, o legislador federal não retirou a possibilidade de o proprietário ser indenizado em tombamento, por essa razão entendeu o STF que o bem pode ser tombado sem ser desapropriado. Neste caso, a indenização seria devida em virtude

da especificidade do prejuízo causado ao proprietário do bem, tendo em vista que a limitação é de natureza singular e não geral (MACHADO, 2006, p. 950).

Partindo desse entendimento, é possível concluir que, no caso, caberiam duas possibilidades: i) promover a desapropriação do bem; ii) proceder ao pagamento de indenização, tendo em vista que há um certo grau de especialidade na limitação ao direito de propriedade. (MACHADO, 2006, p. 949).

Trata-se de evidente conflito entre dois direitos fundamentais, onde se tem, de um lado, o direito de propriedade caracterizado por um bem móvel e, de outro, um direito de natureza difusa configurado pelo direito ao patrimônio cultural.

A solução desse conflito passa pela idéia de núcleo ou conteúdo essencial, que foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutam do status de cláusulas pétreas. (BARCELLOS, 2005, p. 139-140).

Entende-se, portanto, que a norma estadual é incompatível com o comando constitucional, considerando-se, ademais, que o Dec. Lei nº 25/1937 estabelece normas gerais e normas específicas sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, não constando em sua parte geral, nenhum impedimento quanto ao livre trânsito de bem móvel tombado dentro do território nacional.

6.2 Desoneração do tombamento

Um segundo ponto que merece uma reflexão mais profunda diz respeito à desoneração ou ao cancelamento do tombamento.

O Decreto Lei nº 3866, de 29/11/1941 estabelece que: O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público,

poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.

É sabido que o tombamento de um bem obedece a um procedimento legal que culmina com a homologação do ato oriundo do Conselho Consultivo, quando se trate de bem tombado pelo IPHAN, conforme prevê o art. 21, inciso VIII do Decreto nº 5040/2004. Em se tratando de tombamento realizado pelo órgão estadual ou municipal, a homologação é feita através de ato do Poder Executivo, embora não haja na Constituição do Estado de Ceará nem na Lei Orgânica do Município de Fortaleza qualquer disposição neste sentido. Inexiste, por igual, qualquer disposição no sentido de que a desoneração do tombamento ou o seu cancelamento constitui prerrogativa daquela autoridade.

Souza Filho explica que o tombamento adquiriu status de *perenidade* a partir da Constituição de 1988, passando a constituir ato declaratório, uma vez que apenas reconhece o valor cultural pré-existente nos bens culturais, por isso rechaça a possibilidade de *destombamento*. (SOUSA FILHO, 2007, p. 51).

Salienta-se, por último, que não a Constituição Federal de 1988 não inseriu dentre as atribuições do Presidente da República competência para proceder ao cancelamento do tombamento, reputando-se tal prática tão somente ao fato de que o Chefe do Poder Executivo detém a legitimidade necessária para defender o interesse público.

7 CONCLUSÃO

Observa-se que as estruturas administrativas em nível federal, estadual e municipal procuram se adaptar as normas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, que inaugurou uma fase diferente em termos de direitos culturais e, em especial, no que concerne ao tema da proteção ao patrimônio cultural.

Estas mudanças decorrem também do fato de que o § 1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988 assegurou a participação da comunidade na promoção e proteção do patrimônio cultural. Contudo, as atuais estruturas administrativas não asseguram aos cidadãos uma participação mais efetiva na definição e implementação das políticas culturais, assim como não conferem garantias efetivas à proteção do patrimônio cultural. Em primeiro porque os órgãos responsáveis pela gestão do patrimônio cultural não estão insensíveis às interferências e as pressões políticas, uma vez que seus titulares são nomeados pelos Chefes do Executivo, o que por si já não garante a continuidade das políticas eventualmente definidas no Plano Plurianual ou no respectivo Plano de Cultura (federal, estadual ou municipal). Em segundo porque a participação da comunidade ainda não se faz de forma verdadeiramente democrática, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, sendo necessário que haja mais transparência nas ações do poder público e mais abertura junto aos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio cultural. A participação da comunidade ocorre, em geral, através dos Conselhos, podendo, entretanto, acontecer por outros meios como, por exemplo, através do direito de petição.

8 REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO, Ana Luisa Soares de. Apud, PRESTES, Vanesca Buzelato. (Org.). **Temas de Direito Urbano – Ambiental**. Quem é o Estado na proteção do patrimônio cultural: o caso de Porto Alegre. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- CASTRO, Sonia Rabello de. Apud, **Direito do Urbanismo: uma visão sócio-jurídica**. PESSOA, Álvaro. (Org.). Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos; Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. (Orgs.). **Direito Arte e Cultura**. Por uma disciplina de Direitos Culturais. Fortaleza: SEBRAE/CE., 2008.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado e Direitos Culturais. **Revista de Direitos Difusos**. Ano VIII. V. 42, abril-junho/2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**. Direito à Preservação da Memória, Ação e Identidade do Povo Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés. Tombamento e Registro: Dois Instrumentos de Proteção. **Revista de Direitos Difusos**. Ano VIII. V. 42, abril-junho/2007.

A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL À LUZ DO MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL

THE SAFEGUARDING OF IMMATERIAL CULTURAL PATRIMONY IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL MULTICULTURALISM

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.
Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.
Advogada.

E-mail: priscila_dalla@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A IDENTIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL; 3 A TUTELA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 IDENTIFICATION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AS IMMATERIAL CULTURAL PATRIMONY; 3 THE CONSTITUTIONAL PROTECTION IN RELATION TO TRADITIONAL KNOWLEDGE; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: O patrimônio cultural imaterial no que se refere ao conhecimento tradicional de populações locais indígenas ou não, vem sofrendo erosão, pois muitos cientistas apoderam-se dessa sabedoria para industrialização de produtos tendo como base as informações das comunidades tradicionais relacionadas a biodiversidade. No entanto, as mesmas não recebem nenhuma repartição dos benefícios advindos desses produtos. Portanto, mostra-se necessária uma proteção a esses conhecimentos. Assim, o constitucionalismo contemporâneo lança a salvaguarda desses conhecimentos através da Constituição Federal, e em última análise sendo o patrimônio cultural imaterial um direito fundamental.

Palavras-chave: Constituição. Patrimônio imaterial. Populações tradicionais.

Abstract. The immaterial cultural patrimony in what to be relates to the traditional knowledge of native local populations or not, comes suffering erosion, therefore many scientists take possession themselves of this wisdom for industrialization of products having as base the information of the traditional communities related biodiversity. However, the same ones do not receive no distribution from the happened benefits of these products. Therefore, a protection to this knowledge reveals necessary. Thus, contemporary constitutionalism launches it safeguards of these knowledge through the Federal Constitution, and in it finish analysis being the immaterial cultural patrimony a fundamental right.

Keywords: Constitution. Immaterial Patrimony. Traditional Populations.

1 INTRODUÇÃO

Mostra-se necessário reconhecer os direitos das comunidades tradicionais de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas pelo acesso aos recursos biológicos e genéticos, seja mediante a proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual ou outros mecanismos a serem previstos no contrato de acesso (ROCHA, 2003, p. 184).

Em respeito ao patrimônio cultural das populações tradicionais, a regulamentação jurídica para o acesso aos recursos da biodiversidade deve assegurar a essas comunidades o direito de não permitir a coleta de recursos biológicos e genéticos e o acesso ao conhecimento tradicional em seus territórios, além de exigir restrições a estas atividades fora de seus territórios, quando se demonstre que estas atividades ameacem a integridade de seu patrimônio natural ou cultural (ROCHA, 2003, p. 184).

Já que os princípios que a Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece para o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados - o consentimento prévio fundamentado e a repartição justa e equitativa dos benefícios - têm dupla implicação: por um lado, cabe aos países membros estabelecer mediante legislação interna, normas que disciplinem o acesso e a repartição de benefícios entre países provedores e destinatários utilizadores desses recursos; por outro lado, o respeito ao artigo 8(b) implica o consentimento prévio fundamentado dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais detentores de conhecimentos

tradicionais associados, e a repartição dos benefícios oriundos da utilização de tais conhecimentos com os seus detentores. Devem ser reconhecidos aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais direitos intelectuais coletivos sobre os seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (SANTILLI, 2005, p. 214).

2 A IDENTIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve (MIRANDA, 1996, p. 253).

Para Häberle, o essencial do núcleo cultural central consiste em certas idéias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores, podendo assim, os sistemas culturais serem compreendidos como produtos de certas ações ou como elementos condicionantes de certas ações (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Seus elementos são a dignidade da pessoa humana como premissa que deriva a cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais. Outro elemento é o princípio da soberania popular como forma identificatória de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável. Também é necessária a constituição como pacto onde se formulam objetivos educacionais e valores orientadores possíveis e necessários (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Da mesma forma, os sistemas de saberes tradicionais combinam assim, múltiplos objetivos através da síntese de práticas culturais, sociais e produtivas; estas permitem aperfeiçoar a oferta ecológica dos recursos, conservando as condições de

uma produção sustentável, uma distribuição mais equitativa dos recursos e uma apropriação diferenciada de bens no tempo e no espaço. Dessa maneira, as estratégias de uso múltiplo da natureza levam a decodificar a abundância de seus diversos microambientes, ampliando práticas produtivas que não apenas preservam a biodiversidade, mas elevam o nível de auto-satisfação das necessidades materiais da comunidade (LEFF, 2006, p. 431).

Conforme José Afonso da Silva (2001, p. 39):

A cultura passou a integrar os textos constitucionais a partir do momento em que as Constituições abriram um título especial para a ordem econômica, social, educação e cultura - o que se deu primeiro com a Constituição Mexicana de 1917 e depois com a Constituição de Weimar de 1918, e esta com maior influência sobre as Cartas Políticas produzidas entre as duas Grandes Guerras Mundiais. Foi daí que veio a norma do art. 148 da Constituição de 1934, que dispôs sobre a proteção das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral.

A Constituição Federal adotou uma concepção unitária do meio ambiente que compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais. É o que se deduz de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de proteção ao meio ambiente e à cultura, sendo este também o entendimento de grande parte da doutrina (SANTILLI, 2005, p. 70).

Nas palavras de José Afonso da Silva (1995, p. 2):

conceito de meio ambiente há de ser, pois globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Já que o patrimônio cultural imaterial diz respeito àquela amostra intangível da produção cultural dos povos, encontradas nas tradições, nos saberes, no folclore, nas línguas, nas festas, e em outras tantas manifestações que são transmitidas de geração em geração.

No que se refere à tutela do patrimônio cultural imaterial, quais sejam, as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, auferem relevo a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989, a Declaração sobre Diversidade Cultural de 2001, a Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Oral e Intangível da Humanidade de 2001 e, em especial, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em 17.10.2003, quando de sua 32ª Reunião Geral que chama a atenção no que diz respeito ao patrimônio cultural não ser estanque, já que, ao ser transmitido *"de geração em geração é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana"*. No Brasil, vigora o Decreto 3.551, de 04.08.2000, que instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. (MENDONÇA, 2007, p. 319).

Segundo a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em 2003, patrimônio cultural imaterial são as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, junto com os instrumentos, objetos, artefatos, lugares que lhes são associados, que as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

Lanari Bo (2003, p. 31) sustenta que a Convenção de 1972 do Patrimônio Mundial em relação aos sítios naturais no Brasil, representa o fascínio com a natureza brasileira e ainda afirma que:

a aproximação entre as noções de patrimônio cultural e natural tem sido objeto de reflexão em diversos países, sobretudo os desenvolvidos. A percepção

de que a paisagem também é um objeto cultural na medida em que exibe, além dos atributos físicos resultado de diversas ações humanas, está presente em inúmeras ações estatais de proteção. Muitos sítios naturais incluem em suas propostas para inscrição na lista da Unesco a presença de populações indígenas integradas ao meio ambiente. Em outra vertente, o conceito de *cultural landscape*, que valoriza paisagens construídas segundo tradições culturais, como é o caso das plantações de café cubanas, tem sido empregado para balizar candidaturas de sítios no âmbito da Convenção de 1972 do Patrimônio Mundial.

Deste modo, o meio ambiente cultural está relacionado à própria existência e desenvolvimento da vida, pois é inerente ao conjunto de relações estabelecidas pelo homem, seja dentro do seu grupo social, seja na sua interação com a natureza. A natureza é indissociável da formação cultural, sendo com base naquela que esta se desenvolve (DERANI, 2001, p.72).

Neste sentido, o legado cultural dos povos indígenas da América Latina aparece como um recurso indissociável de seu patrimônio de recursos naturais e do vínculo estabelecido historicamente com seu entorno através de suas práticas sociais e produtivas. Assim, a organização espacial e temporal de cada cultura conforma um sistema de relações sociais de produção que potencializam o aproveitamento integrado, sustentável e duradouro dos recursos naturais (LEFF, 2006, p. 425).

Vale destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da comunidade *Mayagna, de Awás Tingni*¹, reconheceu a necessidade do desenvolvimento livre e permanente da relação povos e suas terras, bem como que a própria sobrevivência física e a integridade cultural dos povos indígenas dependem da indivisibilidade de natureza espiritual. Tal concepção foi enfatizada

¹ Em 17 de setembro de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu sua sentença, declarando que a Nicarágua violou os direitos humanos dessa comunidade e ordenou que o governo reconheça, proteja os direitos legais da comunidade a respeito de suas terras tradicionais, seus recursos naturais e seu meio ambiente. A comunidade de Awás Tingni lutou durante anos perante os tribunais para proteger suas terras e os recursos naturais que nelas foram encontrados. REVISTA "MUNDO e MISSÃO", Nicarágua Livre. Disponível em: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/direitoshautodet.htm>. Acessado em 11 ago 2008.

em Kimberley (Declaração de Kimberley) e em Joanesburgo, no Plano de Aplicação dos Povos Indígenas sobre Desenvolvimento Sustentável (KISHI, 2005, p. 718).

Hodiernamente, a globalização impõe um viver, um sentir, um pensar cada vez mais parecido e comum, a valorização da diversidade cultural constitui um bem de incomensurável valor. A questão cultural torna-se mais visível, assim como a preocupação com a sua proteção e continuidade.

Nesse mesmo viés, Gálvez (2004, p. 319) traz um exemplo da Constituição do Peru, qual seja,

a Constituição de 1824 desse país adotou mesmo regulamento que fez o sistema norte-americano com respeito aos povos indígenas ao requisitar ao congresso geral a faculdade "ao reparo ao comércio com as nações estrangeiras e entre os estados diferentes do federação e tribos dos índios". Ou seja, reservam as relações com os indígenas mediante um instrumento jurídico chamado tratado, como se aqueles indivíduos formassem sua própria nacionalidade e história².

Assim, a cultura deve ser entendida como parte do ambiente total que engloba o conhecimento da biodiversidade no que tange aos objetos materiais de manufatura, às técnicas e saberes, como também, dimensionada num determinado território no qual as comunidades indígenas e as populações tradicionais detenham conhecimentos diferentes sobre a sociodiversidade e sobre a biodiversidade a que estão ligadas e que devem ser preservadas (WACHOWICZ; ROVER, 2007, p. 52).

Deste modo, o socioambientalismo nasceu baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluísse as comunidades locais e gerassem uma repartição socialmente justa e equitativa

² Tradução livre de la Constitución de 1824 de aquel país adoptó incluso regulación que hizo el sistema norteamericano respecto a los pueblos de indígenas al encargar al congreso general la facultad de "arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes Estados de la federación y tribus de los indios". Es decir, reservaban las relaciones con los indígenas mediante un instrumento jurídico llamado tratado, como si acaso aquellos individuos no fuesen parte de su propia nacionalidad e historia.

dos benefícios procedentes da exploração dos recursos naturais (SANTILLI, 2005, p. 35).

Já que o movimento ambientalista tradicional tende a se inspirar e a seguir modelos de preservação ambiental importados de países do Primeiro Mundo, aonde as populações urbanas buscam principalmente em parques, desenvolver atividades de recreação em contato com a natureza, conservando intactas as áreas protegidas. Distante das pressões sociais típicas de países em desenvolvimento com populações pobres e excluídas, o modelo preservacionista tradicional funciona bem nos países desenvolvidos, do norte, mas não se sustenta politicamente aqui (SANTILLI, 2005, p. 41).

Por conseguinte, pode-se afirmar utilizando as palavras de Santilli (2005, p. 41) que:

o socioambientalismo é uma invenção brasileira sem paralelo no ambientalismo internacional, que indica precisamente o rumo de integrar políticas setoriais, suas perspectivas e atores, num projeto de Brasil que tenha sua cara e possa, por isso mesmo, ser politicamente sustentado³.

Conforme Kymlicka (1996, p.153), os direitos diferenciados em função do grupo – como a autonomia territorial, o direito ao veto, a representação garantida nas instituições centrais, as reivindicações territoriais e os direitos lingüísticos – podem ajudar a corrigir dita desvantagem, mitigando a vulnerabilidade das culturas minoritárias ante as decisões das maiorias. As proteções externas desse tipo asseguram que os membros de uma minoria têm as mesmas oportunidades de viver e trabalhar em sua própria cultura que os membros da maioria.

Cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui a sua própria cultura, distinta, embora sempre em contato com as demais e sofrendo as suas influências. Mas, nos nossos dias de hoje, a circulação sem precedentes de bens culturais

³ Apud SANTILLI, Márcio. *Transversalidade na corda bamba*. Apresentação a um balanço dos seis meses do governo Lula na área socioambiental, realizado pelo Instituto Socioambiental (ISA) e disponível em www.socioambiental.org.

e de pessoas conduz, algo contraditoriamente, a tendências uniformizadoras e de multiculturalismo (MIRANDA, 2003, p. 83):

A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação.

As constituições de letra viva sendo entendido por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os interpretes da sociedade aberta, são em seu fundo e em sua forma expressão em instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes. Assim a realidade jurídica de todo o Estado constitucional é só um fragmento da realidade constitucional viva e seus textos e contextos são uma forma de suas realidades culturais. A identidade da constituição pluralista se alia entre a tradição, o legado cultural e as experiências históricas, pressupõe uma dependência cultural de todo um povo (HÄBERLE, 2000, p. 35).

Para Häberle, o essencial do núcleo cultural central consiste em certas idéias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores, podendo assim, os sistemas culturais serem compreendidos como produtos de certas ações ou como elementos condicionantes de certas ações.

Desta forma pode se compreender o conceito da cultura de forma tão diferenciada e disciplinada, que distingue entre os pólos variáveis e os múltiplos níveis existentes em função de cada um de seus respectivos contextos jurídicos, se conseguirá cumprir a tarefa própria do jurista e da ciência jurídica. Mas a cultura entendida em um sentido muito mais amplo forma o contexto de todo o texto legal e de toda ação relevante juridicamente significativa dentro do Estado constitucional (HÄBERLE, 2000, p. 26).

No entanto, assevera Kymlicka, que a argumentação baseada na igualdade só aprovará os direitos especiais para as minorias

nacionais se verdadeiramente existe, alguma desvantagem relacionada com o pertencimento cultural e se tais direitos servem realmente para corrigir esta dita desvantagem. Na América do norte os grupos indígenas são mais vulneráveis as decisões da maioria do que os quebequeses e os portoriquenhos e, portanto, as proteções externas haveriam de ser mais amplas (KYMILICKA, 1996, p.154).

Neste contexto assevera Gorczewski (2007, p.110):

Ainda, estaria o estado cumprindo a Declaração de Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas ou Linguísticas que o obriga a garantir e proteger a identidade cultural destas minorias.⁴

Para Kymlicka (1996, p.154), a pergunta que deve-se fazer é a seguinte: O que é uma forma justa de reconhecer línguas, traçar fronteiras e distribuir poderes? A resposta, ao seu entender, consiste em afirmar que se deveria assegurar que todos os grupos nacionais tenham a possibilidade de manter-se como cultura distinta, se assim o desejam. Desta forma, assegura-se a igual proteção dos traços positivos do pertencimento cultural para os membros de todos os grupos nacionais. Em uma sociedade democrática, a nação majoritária sempre recebera ajuda para sua língua e sua cultura social, e terá também poder legislativo para proteger seus interesses em decisões que afetem a cultura. A questão é se a imparcialidade exige que as minorias nacionais se lhe concedam as mesmas prestações e oportunidades.

A Constituição Federal dedicou todo um capítulo à proteção da cultura (artigos 215 e 216), protegendo as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes processo civilizatório nacional”, considerando “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial”, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Assim sendo, os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças

⁴ Declaração aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 47/135 de dezembro de 1992.

receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até técnica de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Tal compreensão abarca ainda as formas culturais diferenciadas de apropriação do meio ambiente, em seus aspectos materiais e imateriais. Assim, os dispositivos constitucionais dedicados à proteção de minorias étnicas também se preocuparam em proteger a dimensão imaterial de seu patrimônio e de sua cultura (SANTILLI, 2005, p. 78).

Entretanto, a diversidade ecológica e cultural não apenas é considerada como um princípio ético, como um valor intrínseco, não mercantil, mas como meios de produção e potenciais produtivos que conformam um sistema de recursos naturais, culturais e tecnológicos capazes de reorientar a produção para a satisfação das necessidades básicas, reconhecendo os valores culturais das populações do Terceiro Mundo. O princípio de diversidade não apenas é concebido como um patrimônio cultural que deve ser conservado, mas como uma condição para a construção de um futuro sustentável. Esta visão do desenvolvimento sustentável contém a socialização da natureza e de seus potenciais ecológicos (LEFF, 2006, p. 407-408).

Desta maneira, não se pode justificar a tutela e proteção dos conhecimentos tradicionais associados por sua potencialidade de exploração econômica, do mesmo modo que não há como criar hierarquia entre culturas, nem justificar a sua preservação na medida em que sejam rentáveis, ou que possuam biodiversidade (WACHOWICZ; ROVER, 2007, p. 52).

Nesse sentido, Leff (2006, 420) critica as razões da preservação das entidades étnicas na atual globalização, em suas palavras:

Os valores da conservação adquiriram uma importância prática na esfera produtiva pelos efeitos globais da destruição dos mecanismos de equilíbrio da natureza — da preservação da biodiversidade

depende o equilíbrio ecológico do planeta — também porque a natureza é fonte de recursos genéticos e de matérias-primas para a produção de mercadorias (produtos alimentícios, farmacêuticos e novos materiais). A preservação das identidades étnicas, os valores culturais e as práticas tradicionais de uso dos recursos aparecem assim como uma condição para a colocação em prática de projetos de gestão ambiental e de manejo dos recursos naturais em escala local, ao mesmo tempo que se convertem em insumo para os processos de etnobioprospecção das empresas de biotecnologia que se apropriam desses saberes através dos direitos de propriedade intelectual. Em todo caso, os saberes culturais são uma base para a reapropriação da natureza a partir de uma racionalidade alternativa.

Apresenta-se, assim, o problema de avaliar os princípios éticos, os valores culturais e os potenciais qualitativos e incomensuráveis do desenvolvimento sustentável. Este não é apenas uma questão técnica, mas implica a legitimação de conhecimentos e valores tradicionais, assim como o dos novos direitos ambientais. Mas, sobretudo, a valorização do patrimônio natural e cultural como princípios de uma estratégia alternativa de desenvolvimento fundada na diversidade cultural requer a elaboração teórica de uma nova *racionalidade produtiva*, que incorpore os processos culturais e ecológicos como fundamento do processo produtivo capaz de constituir as relações sociais e orientar as forças produtivas para um desenvolvimento sustentável (LEFF, 2006, p. 425).

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL

A Constituição Federal adotou a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, em especial com o meio ambiente. Já que, não se pode tratar de diversidade biológica sem abordar o art. 1º, inciso III, da CF/88, pois para que se tenha dignidade da pessoa humana é necessária à manutenção do equilíbrio do ecossistema planetário. Uma vez que a discussão ecológica e a preocupação com o meio ambiente e proteção dos recursos ecológicos vinculam-se diretamente à sobrevivência do ser humano e aos direitos humanos.

Trazendo toda a sistemática necessária para a segurança da diversidade biológica, ligada a idéia de vida humana digna e com saúde, em função da proteção e preservação das gerações presentes e futuras, segundo atuação do Poder Público e de toda coletividade (FIORILLO; DIAFERIA, 1999, p. 26-27). Além disso, quando interpreta-se qual é a finalidade da Constituição Federal em relação à proteção dos bens ambientais, não nos delimitamos apenas a interpretar o art. 225, pelo fato dos mesmos estarem ligados essencialmente aos fundamentos da cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

Como acentua o professor Paulo Affonso Leme Machado (2003, p.26),

a Constituição, na ordem dos seus valores, colocou, com prioridade, o patrimônio genético do País. Patrimônio genético pode ser entendido como o conjunto de material genético, aí compreendido todo o material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade, com valor real ou potencial, que possa ser importante para as gerações presentes e futuras. Diante dessa obrigação constitucional de ser preservada a diversidade genética no país, parecem-me inconstitucionais as atividades e obras que possam extinguir uma espécie ou ecossistema, pois constituem a fonte dessa diversidade.

A relevância da biodiversidade está no fato de constituir-se em fonte de grandes riquezas, não no sentido de matéria-prima passível de exploração econômica apenas, mas porque alberga intrinsecamente conteúdo valorativo ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético. Os reais benefícios proporcionados por ela aos seres humanos, em termos econômicos, foram ainda pouco estudados. Mas já se sabe que a biodiversidade é a base da atividade agrícola, pecuária, pesqueira e florestal, que oferece matéria-prima para o melhoramento genético de espécies úteis e para as biotecnologias (VARELLA; PONTES; ROCHA, 1999, p.23).

A diversidade natural dos ecossistemas, que garante a preservação das espécies, também provê outros importantes

serviços, incluindo a manutenção de ciclos hidrológicos, regulação do clima, contribuição para o processo de formação e maturação do solo, conservação e alternância de nutrientes essenciais, absorção e eliminação de poluentes, constituição de áreas voltadas ao turismo, lazer, pesquisa e educação (KISHI, 2005, p. 292).⁵

Surge então o constitucionalismo ecológico, pois a maioria dos países, em norma constitucional, impôs ao Estado o dever de defender o meio ambiente e de controlar as atividades que o possam poluir e a todos a obrigação de abster-se de ações atentatórias ou lesivas ao ambiente, conferindo aos lesados o direito de fazer cessar, por meio do emprego de medidas não jurisdicionais ou jurisdicionais, esses atentados e de pleitear indenizações por danos patrimoniais e morais (DINIZ, 2001, p. 572).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito humano fundamental. Embora não esteja inserido no artigo 5º da Constituição entre os direitos e garantias fundamentais “explícitos”, a doutrina já reconhece o seu caráter fundamental, abalizado em uma compreensão material do direito fundamental, cujo conteúdo invoca a construção da liberdade do ser humano. Nas palavras de Derani (1998, p. 97):

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam. Destaca-se da garantia fundamental a vida exposta nos primórdios da construção dos direitos fundamentais, porque não é simples garantia à vida, mas este direito fundamental é uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se da sua deterioração, e construir a melhoria geral das condições de vida na sociedade.

Portanto, na proteção dos recursos naturais, a doutrina sustenta que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira “dimensão”, incluído entre os “direitos de solidariedade

⁵ apud McNEELY, Jeff apud YAMIN Farhana, Biodiversity, Ethics and International Law, International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944), vol. 71, issue 3, Ethics, the Environment and Changing International Order, 1995, p. 531. Disponível em <<http://www.jstor.org/about/t5TrnB.html>>. Acesso em 05/06/2003.

ou “direitos dos povos”. Assim, o direito ao meio ambiente é ao mesmo tempo individual e coletivo e interessa a toda a humanidade. Por isso, “esse direito para ser garantido, exige o esforço conjunto do Estado, dos indivíduos, dos diversos setores da sociedade e das diversas Nações” (MIRRA, 2004, p.57).

Ressalte-se que os direitos de terceira dimensão são aqueles designados como os “de direitos dos povos”, de “cooperação”, de “fraternidade” e até mesmo de direitos humanos morais e espirituais. Esses direitos surgiram como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração não mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas” e dos quadros de extrema injustiça do ambiente dessas nações (GORCZEVSKI; RICHTER, 2007, p.15).

Deste modo, os direitos de terceira dimensão⁶ pertencem não à humanidade presente, apenas, mas também à humanidade passada, presente e futura. Se por um lado a humanidade presente tem direito a um meio ambiente equilibrado; a humanidade passada tem o direito de que seja preservada a sua memória, inclusive a memória genética; enquanto a humanidade futura tem o direito de que se preserve a possibilidade de sua existência (OLIVEIRA, 2005, p. 2733).

Em favor desta mesma idéia Trindade (1993, p. 56-57) leciona:

Cada geração é a um tempo usuária e guardiã de nosso patrimônio comum natural e cultural, e deveria assim deixá-lo para as gerações futuras em condições não piores do que recebeu (encorajamento da igualdade entre as gerações). Donde o princípio da equidade intergeracional (conservação de

⁶ A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. No entanto, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão. Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47

opções, da qualidade, e do acesso), lucidamente desenvolvido por E. Brown Weiss, assim como a necessidade de proteger sistemas de sustentação da vida, processos ecológicos, condições ambientais e recursos culturais necessários à sobrevivência da espécie humana, e a necessidade de sustentar um meio-ambiente humano sadio. [...] aqueles que vivem hoje nada mais são do que um elemento de uma cadeia que não deve ser interrompida. Existe, assim, uma sociedade mundial não apenas no espaço entre os povos do mundo, mas também no tempo, entre as gerações que se sucedem.

Além do direito fundamental da solidariedade em nível intergeracional e entre todas as nações e povos, o reflexo do progresso tecnológico na sadia qualidade de vida exige ética nas relações jurídicas. Assim, a incorporação da Convenção da Diversidade Biológica ao ordenamento jurídico constitucional, mais precisamente, ao rol não-exaustivo dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, reforça o direito fundamental à equidade no acesso aos recursos biológicos e na repartição dos benefícios alcançados pela Biotecnologia (KISHI, 2008, p. 716-717).

Verifica-se no texto constitucional uma clara ampliação da noção de patrimônio cultural, a valorização da pluralidade cultural e um espírito de democratização das políticas culturais, arraigados em um contexto de busca da concretização da cidadania e de direitos culturais. É o que preceitua a seção constitucional dedicada à cultura com o art. 215 e art. 216:

O exame do *caput* do artigo 216 demonstra o amplo progresso que se deu no tratamento do bem cultural, já que inclui no seu conceito o aspecto imaterial, absorvendo as concepções mais modernas referentes à matéria.

Assim, o conceito de patrimônio cultural possibilita a proteção dos mais variados bens, vislumbrando um universo que transpõe as manifestações materiais, tangíveis, para abarcar outras dimensões de cunho imaterial, fluídas, tão importantes quanto aquelas, e que são expressões da história e da vida de um povo, do seu modo de

e pensar o mundo, enfim, da sua própria identidade (AGUINAGA, 2006, p.7).

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 56), há de se diferenciar entre o disposto no *Caput* do artigo 216 e o que consta de seus incisos. O autor esclarece que o *caput* se refere à identidade, à ação, e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, e os seus incisos reportam-se à relação de bens de natureza material e imaterial que "podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira". A diferenciação que é feita resulta na compreensão de que os bens incluídos nos incisos podem ser protegidos, ainda que não estejam vinculados direta ou indiretamente à identidade, à ação, e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira (ANTUNES, 2002, p. 116).

Fato é que os artigos 215, § 1º; 216; 231 e 232 da Constituição Federal fornecem um arcabouço jurídico muito amplo e favorável à proteção do conhecimento tradicional, principalmente naquilo que se refere às sociedades indígenas. Nas palavras de Antunes (2002, p. 117):

O sujeito de direito que se pretenda tutelar não é uma pessoa física ou jurídica, mas uma comunidade que vive de forma tradicional ou diferenciada da sociedade envolvente. A nota mais marcante do conhecimento tradicional, em meu entendimento, é a sua característica coletiva. Ainda que a norma fale em prática individual, esta deve ser compreendida no contexto cultural da comunidade local ou indígena. É possível - e mesmo muito freqüente - que um determinado indivíduo em uma comunidade seja o único a exercer funções de Pajé ou Xamã, ou outra qualquer. Mesmo assim, estamos diante de uma atividade coletiva, pois tal indivíduo é fruto de uma atitude coletiva, de um conhecimento coletivo, de uma tradição. E mais: a sua prática será transmitida a terceiro que, a tempo e hora, irá sucedê-lo em sua função social.

Portanto, o multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais destinados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos

distintos grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas. Vislumbra-se a orientação pluralista e multicultural do texto constitucional no conceito de patrimônio cultural, que consagra a idéia de que este abrange bens culturais referenciadores dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e no tombamento constitucional dos documentos e sítios possuidores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. É a valorização da rica sociodiversidade brasileira, e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais no desenvolvimento da identidade cultural brasileira (SANTILLI, 2005, p. 75).

A diversidade cultural, a par da diversidade biológica, também está conceituada na Constituição Federal como bem de uso comum do povo, na medida em que estabelece que o Estado garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e, nessa qualidade, merece ser preservado. A Constituição da República de 1988, aos incisos I e II do § 1º, do artigo 225, preceitua a vigamistra a lastrear a proteção à biodiversidade, ao prescrever que, para garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compete ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Noutras palavras, está a expressar o Texto Magno que, para a efetividade do princípio da sadia qualidade de vida com o desenvolvimento sustentável, é necessário também o concurso dos princípios fundamentais (KISHI, 2008, p. 294).

A Constituição reconhece e resguarda a diversidade étnica e cultural, assegurando direitos coletivos associados à biodiversidade e à sociodiversidade. A síntese socioambiental está escopo entre a proteção à biodiversidade e à sociodiversidade compreendidas como valores constitucionais integrados em uma unidade conceitual e normativa (SANTILLI, 2005, p. 92). Nas palavras de Santilli (2005, p. 93):

O texto constitucional revela a compreensão de que não basta proteger a biodiversidade: a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas, sem assegurar

a diversidade cultural que está intimamente relacionada a esta. A síntese socioambiental está presente na interface entre biodiversidade e sociodiversidade, permeada pelo multiculturalismo, pela pluriétnicidade e pelo enfoque humanista. Só se dará plena eficácia e efetividade às normas constitucionais se forem compreendidas em toda a sua essência, se pudermos retirar o máximo delas. Interpretar as normas constitucionais de conteúdo socioambiental apenas pelo viés da tutela ao patrimônio natural deixa a sua efetividade muito aquém do desejado e da solução hermenêutica que atende ao princípio da máxima efetividade.

Bem por isso, a diversidade cultural, a par da diversidade biológica, também está conceituada na Constituição Federal como bem de uso comum do povo⁷, na medida em que estabelece que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”,⁸ e, nessa qualidade, merece ser preservado.

4 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 adotou uma direção visivelmente multicultural e pluriétnica, reconhecendo direitos coletivos a povos indígenas, comunidades ribeirinhas e quilombolas. A Carta Magna garantiu às comunidades tradicionais o direito de usufruírem de suas tradições, rompendo com a memória assimilacionista e assegurando-lhes direitos permanentes.

Visto que o direito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente é um direito constitucional que transcende os limites individuais. Este está vinculado à idéia ser essencial à sadia qualidade de vida, e de identidade de um povo, portanto o meio ambiente, no qual a biodiversidade se integra, está disponível para que atenda à existência digna do ser humano.

O socioambientalismo que permeia a Constituição brasileira privilegia e valoriza as dimensões materiais e imateriais (tangíveis ou intangíveis) dos bens e direitos socioambientais, a transversalidade

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigos 215 e 216.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigos 215, caput.

das políticas públicas socioambientais, a função socioambiental da propriedade e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental. A união socioambiental orienta e fundamenta toda a legislação infraconstitucional brasileira aprovada após a Constituição de 1988, dando-lhe coerência e unidade axiológico-normativa.

5 REFERÊNCIAS

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. A Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial e os Conhecimentos Tradicionais. In: XV Congresso Nacional do Conpedi - Direito, Biodiversidade e Soberania na Amazônia, 2006, Manaus. *Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Diversidade Biológica e Conhecimento Tradicional Associado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. **Biodiversidade e Patrimônio Genético**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GALVÉZ, José Francisco. Las Comunidades de Indígenas en el Constitucionalismo Iberoamericano. In MUÑOZ-ARACO, José Manuel Pérez-Prendes (dir.). **La Violencia y los Enfrentamientos de las Culturas**. Madrid: Istel, 2004.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Jurisdição Paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GORCZEVSKI, Clovis; RICHTER, Daniela. O Direito ambiental sob a ótica dos direitos humanos e a importância da educação. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos, educação e meio ambiente*. Porto Alegre: Evangraf, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

LANARI BO, João Batista. **Proteção do Patrimônio na UNESCO**: ações e significados. Brasília: UNESCO, 2003.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. A Proteção da Biodiversidade: um direito humano fundamental. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Princípios Fundamentais da Políticas Nacionais do Meio Ambiente e da Biodiversidade. In: AGRELLI Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (Coord.). **Direito Urbanístico e Ambiental**: Estudos em Homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KYMLICKA, Will. **Ciudadania Multicultural**. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Constituição e Meio Ambiente. *Revista de Interesse Público, Revista de Doutrina*,

Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, ano 5, nº 21, Porto Alegre: Nota dez, 2003.

MENDONÇA, Gilson Martins. O Direito Fundamental à Cultura: dos tratados internacionais a Constituição federal de 1988. In PIOVISAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2007.

MIRANDA, Jorge. *O património cultural e a Constituição – tópicos*. In Direito do Património Cultural, obra colectiva: Oeiras, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Flávio. Bioética. Sequência genética de diversidades. patrimônio comum da humanidade ou informações apropriáveis? **Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA**. Belo Horizonte, ano 4. n. 23. p. 2731-2738, set./out. 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Regulamentação Jurídica do Acesso à Biodiversidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, p. 167-185, jan./mar. 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos** proteção jurídica a diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente-paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias; PONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança & Biodiversidade - Contexto Científico e Regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade Intelectual: conhecimento tradicional associado e a biotecnologia. In: IACOMINI, Vanessa (coord.). **Propriedade Intelectual e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2007.

REFLEXÕES SOBRE MECENATO CULTURAL

REFLECTIONS ABOUT CULTURAL PATRONAGE

Andrine Oliveira Nunes

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito – Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da
Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Pesquisadora Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao
Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP.

Advogada.

E-mail: andrinenunes@hotmail.com

“A globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem a condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada.” (SANTOS, 2005, p. 65).

“A cultura é o único sistema de valores capaz de resistir a qualquer forma de dominação. Confiamos em que seja também capaz de resistir à globalização. Confiamos, não. Estamos certos de que o fracasso da globalização, que nada realiza em favor do povo, já se delineia na sua incapacidade de resolver os problemas da Humanidade. [...]. Pois, sempre que algo se antepõe ao sistema de valores da nacionalidade surgem as formas de arte engajadas, [...]. É essa missão político-revolucionária da cultura que não deixa perecer a nacionalidade. Essa missão está hoje incorporada na Constituição de 1988, que tanto tentam destruir. Mas, se tal acontecer, saibam os destruidores que uma normatividade constitucional mais forte se erguerá dos seus escombros tal como a Hidra, o Anteu que ‘Se no chão rola sem forças, Mais forte do chão se ergueu’ (Castro Alves, Pedro Ivo)” (SILVA, 2001, p. 232).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A GLOBALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO E RESPONSABILIDADE CULTURAL; 3 ORIGEM TERMINOLÓGICA DO QUE SE ENTENDE POR MECENATO CULTURAL; 4 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO MECENATO CULTURAL, SOB O ASPECTO DE UMA VISÃO CRÍTICA À POLÍTICA PÚBLICA DE INCENTIVO À CULTURA; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE GLOBALIZATION AND THE NECESSITY OF REGULATION AND CULTURAL RESPONSIBILITY; 3 TERMINOLOGICAL ORIGIN OF THE EXPRESSION CULTURAL PATRONAGE; 4 STRUCTURE AND FUNCTIONING OF CULTURAL PATRONAGE UNDER THE ASPECT OF A CRITICAL VISION TO THE PUBLIC POLICIES OF CULTURAL INCENTIVE; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O Estado tem utilizado de mecanismos de incentivo fiscal, como o mecenato cultural, para difundir a cultura, bem como a responsabilidade por esta. As políticas públicas desenvolvidas pedem uma reflexão crítica sobre tais mecanismos. Pode o Estado promover a conscientização cultural da nação com investimentos pontuais e temporais? Pode o Estado ceifar-se de sua obrigação, qual seja: a implementação de políticas públicas culturais permanentes; para depositar nas mãos da sociedade tal encargo? A sociedade pode e deve contribuir para a difusão da cultura, contudo ao Estado é dado o dever da proteção, regulação e propagação para fins de conscientização sócio-cultural.

Palavras-chave: Estado. Política pública. Cultura.

Abstract: The State has used of mechanisms of tax incentives, as the cultural patronage, to spread out the culture, as well as the responsibility for this. The public politics developed ask a critical reflection on such mechanisms. Can the State promote the cultural awareness of the nation with prompt and secular investments? The State can be cut with a scythe of its obligation, which is: the implementation of permanent cultural public politics; to deposit at the hands of the society such incubency? The society can and must contribute for the diffusion of the culture, however to the State it is given the duty of the protection, regulation and propagation for ends of partner-cultural awareness.

Keywords: Estate. Public Policy. Culture.

1 INTRODUÇÃO

A tirania da informação e do dinheiro, disseminada pela globalização, gera nas sociedades a falsa impressão de conhecimento, ou seja, a educação inconsciente, a extremada valorização das coisas em detrimento das pessoas, a inversão dos valores e o tumulto das idéias, contribuindo para o empobrecimento crescente das massas não só no aspecto financeiro, mas, sobretudo, educacional e cultural.

O turbilhão de mudanças ocasionado pela evolução tecnológica crescente, bem como, pelo sistema capitalista neoliberal, requer do Estado um posicionamento firme e soberano, a fim de que não seja a nação ceifada de suas raízes sócio-culturais.

Em meio aos reclames por uma sociedade mais igualitária e fraterna, o constituinte positivou na Carta Constitucional de 1988, no artigo 215, a garantia aos direitos culturais, e dispôs sobre a criação de legislação infraconstitucional que regulasse o incentivo à cultura.

O presente trabalho tem como objetivo propiciar uma análise, *prima facie*, sobre os efeitos da globalização no Estado e da necessidade de regulação da cultura, daí extrair uma reflexão crítica sobre o incentivo à cultura, analisando o instituto do mecenato cultural, seu conceito, a disposição de sua estrutura, seu funcionamento, enfim, como a iniciativa privada pode contribuir com a difusão da cultura, e, conseqüentemente, uma maior conscientização educacional.

Assim, este ensaio não pretende dirimir na totalidade os problemas do estado brasileiro referente à cultura, nem ditar diretrizes de concretização de uma conscientização cultural nacional, tenta-se somente elucidar o conceito, a estrutura, o funcionamento do mecenato cultural, dando enfoque ao histórico das políticas de investimento em cultura já realizadas e destacar a responsabilidade de todos, seja Estado ou particular, pela propagação dos saberes e pela proteção da cultura, conseqüentemente pela consecução de uma sociedade mais justa, mais equilibrada, isto é, mais culturalmente educada.

2 A GLOBALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO E RESPONSABILIDADE CULTURAL

Entende-se que globalização é um processo que conduz a integração dos mercados nacionais, através da difusão da informação, do fluxo constante de transações monetárias, da interligação das diversas sociedades, bem como, de suas culturas sociais, políticas e econômicas.

Não há de se negar os benefícios para a vida em sociedade que a globalização trouxe, dentre eles cumpre destacar em especial a difusão da informação.

Não há quem não reconheça os benefícios da universalização dos conhecimentos, e, mais especificamente, da mundialização dos meios e processos técnicos capazes de assegurar melhores condições de vida a todos os povos da Terra. Os proveitos resultantes da globalização (palavra hoje insubstituível, embora fosse preferível o emprego de mundialização, que exclui, de per si a idéia de uma esfericidade global de convicções e comportamentos), são incontestáveis [...] (REALE 1998, p. 74).

Contudo, o que se visualiza com a chegada da globalização é uma falsa imagem de ausência de ideologias dominantes tendo em vista o sopesamento do culto ao dinheiro vivenciado hoje nas sociedades. Essa constante difusão de informações faz com que sociedades que ainda não alcançaram seu desenvolvimento pleno se deparem com outras que já o alcançaram, gerando um choque de valores e de vontades, fazendo com que as primeiras queiram possuir o mesmo capital, cultura, propriedades, valores, histórias, do mundo desenvolvido, enfim, tornando as sociedades em comunidades voltadas principalmente para o consumo, seja de que espécie for¹.

1 A utilização de conceitos produzidos a partir de situações sociais, políticas, econômicas e culturais atuam como cobertura "ideológica" (justificadora) da nossa "realidade", no sentido de induzir ao erro e supor que somos iguais aos países ricos, constituindo, assim, um obstáculo ao conhecimento rigoroso das condições de vida existentes nos países de terceiro mundo. (ROCHA, 1995, p.134).

Não é a toa que François Chesnais (1996, p. 17) traduz a globalização como "a capacidade estratégica de todo grande grupo oligopolista, voltado para a produção manufatureira ou para as principais atividades de serviços, de adotar, por conta própria, um enfoque e conduta "globais"".

Até quem visualiza as benesses da globalização² entende que cada país, cada Estado, cada sociedade, tem suas peculiaridades, seus costumes, suas tradições, seus valores, sua história, não podendo, destes, abrir mão, tendo em vista o perigo imane de perda da sua identidade.

Portanto, por melhor que seja a rapidez e o vultoso volume de informação, de produtos e serviços colocados a disposição em decorrência da globalização, deve-se atentar para os efeitos gerados nas sociedades, muito principalmente naquelas que ainda não se encontram desenvolvidas, bem como para a sua população, na maioria das vezes carente de educação política-social, reflexo da ausência constante do aparato estatal.

Essa ingerência de valores nas sociedades acaba por criar uma ilusão no inconsciente das pessoas, tendo como consequência uma sociedade alienada com ares de informatizada. Informação sim, conscientização não. A idéia é passar para a população que todos detêm o conhecimento das coisas, que não existe predomínio de nenhuma nação ou ideologia, entretanto, o sistema consagra o discurso único, qual seja: o poderio do dinheiro, isto é, do poder pelo poder.

A máquina ideológica que sustenta as ações preponderantes da atualidade é feita de peças que

2 A universalização do saber e a troca incessante dos resultados de pesquisas entre nações representa, por conseguinte, uma nova expressão do ideal do bem comum, que tem condições de alargar cada vez mais o número de indivíduos e das coletividades capazes de nele participar de maneira válida e eficaz. [...] Apesar, porém, desses e outros benefícios propiciados pela globalização, prefiro não me aliar à corrente dos que enaltecem sem reservas os valores da globalidade, como expressão de um mundo ideal livre de fronteiras geográficas e ideológicas. Parece-se necessário apontar para os riscos inerentes à perda das identidades nacionais, ao reconhecer que, muitas vezes, a tão elogiada globalização se reduz a mero estorço do novo imperialismo, gerado pelo domínio e a pose dos mais avançados processos técnicos de produção e distribuição das riquezas, por parte dos países na vanguarda da civilização cibernética. Cf. REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.74-75.

se alimentam mutuamente e põe em movimento os elementos essenciais à continuidade do sistema. Damos aqui alguns exemplos. Fala-se, por exemplo, em aldeia global para fazer crer que a difusão instantânea de notícias realmente informa as pessoas. A partir desse mito e do encurtamento das distâncias – para aqueles que realmente podem viajar – também se difunde a noção de tempo e espaços contraídos. É como se o mundo houvesse tornado, para todos, ao alcance da mão. Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço de atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal. Enquanto isso, o acesso ao consumo é estimulado.

Fala-se, igualmente, com insistência, na modernização do Estado, mas o que estamos vendo é o fortalecimento para atender aos reclamos de finalidades e de outros grandes interesses internacionais em detrimento dos cuidados com as populações locais. A vida se torna mais difícil.

Esses poucos exemplos, recolhidos numa lista interminável, permitem indagar se, no lugar do fim da ideologia proclamado pelos que sustentam a bondade dos presentes processos de globalização, não estaríamos, de fato, diante da presença de uma ideologização maciça, segundo a qual a realidade do mundo atual exige como condição essencial o exercício de fabulações (SANTOS, 2005, p. 18-19).

Fabulações estas que vulgarizam o ser em detrimento do ter. Então, além da falta de emprego, de moradia, de segurança pública, de educação e atendimento médico de qualidade, que corroboram para que a faixa de pobreza seja cada vez maior, a inversão dos valores, a corrupção, o egoísmo, a ausência de ética, principalmente, dos que detêm o poder, assolam a população carente de responsabilidade social do sistema.

Desta feita, a globalização, que teria, por terminologia, função de integrar, a *contrário sensu*, ocorreu de maneira disforme aumentando ainda mais as disparidades entre as nações, pois

revolução tecnológica, o processo de internacionalização do capital e dos fatores produtivos, dentre estes a força de trabalho, reforçou a xenofobia, ou seja, a hostilidade à imigração. Lembra-se, por oportuno, o pensamento de Kofi Annan corroborado pelo estudo científico sobre 'a soberania frente à globalização' de Liziane Paixão Silva Oliveira:

Se a globalização oferece grandes oportunidades, o que é certo é que, até hoje, os seus benefícios foram distribuídos de uma forma muito irregular, enquanto o seu custo é suportado por todos. (...) Assim, o grande desafio que enfrentamos hoje é certificarmos-nos de que, em vez de deixar para trás milhares de milhões de pessoas que vivem na miséria, a globalização se torne uma força positiva para todos os povos do mundo. Uma globalização que favoreça a inclusão deve assentar na dinâmica do mercado, mas esta, só por si, não é suficiente. É preciso ir mais longe e construirmos juntos um futuro melhor para a humanidade inteira, em toda sua diversidade (ANNAN, 2000, p. 6-7).

A globalização possibilitou a algumas Nações o enriquecimento, mas, para a maioria, ensejou a depredação de seus recursos naturais e o agravamento da mazela social. Desse modo, tornou-se um desafio refletir sobre como a globalização, que sinalizava para o progresso unificado dos Estados, não logrou êxito e como a idolatria ao mercado conduziu a humanidade a um vazio ético (OLIVEIRA, 2006, p. 86).

Assim, o modelo tradicional de Estado, caracterizado por uma sociedade política e economicamente organizada, por um território e por um poder soberano que visa o bem comum, vem passando por alterações em decorrência do turbilhão de mudanças nos fundamentos da vida em sociedade.

O desenvolvimento da tecnologia, a crescente desregulamentação e desburocratização dos mercados, a globalização da economia, da política, da cultura, dos costumes estão, sem dúvida, entre aquelas que maior impacto causam nos diversos extratos sociais.

Daí questiona-se: Com o advento da globalização, será que os Estados Nacionais se manterão independentes e autônomos? Será que este fenômeno não acarretará a miscigenação das culturas ao ponto de não existir mais soberania dos Estados Nacionais e sim de blocos econômicos?

Para alguns estudiosos entusiastas, a globalização colocaria a soberania no museu da história. Outros, no entanto, afirmam que o sistema mundial de direitos contribui para o fortalecimento dos Estados. Idéias díspares são defendidas por Oliveira, Ribeiro e Bonavides. Para os dois primeiros, a soberania está em crise em decorrência da globalização. Observam também que os países periféricos têm a soberania limitada. O terceiro revela que os neoliberais pretendem extinguir a soberania interna e externa, menciona que só sabem conjugar cinco verbos: desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar e desarmar.

Dando continuidade a esse pensamento, encontram-se os globalistas, segundo os quais a globalização "esvaziou" os Estados, enfraquecendo sua autonomia e soberania, uma vez que não têm capacidade para contrapor os ditames da economia global, nem de proteger a comunidade do seu território. "Os processos econômicos ambientais e políticos regionais e globais redefinem profundamente o conteúdo das decisões nacionais. Assim, na concepção destes teóricos, há o declínio do Estado-nação e o aumento do multilateralismo. Acrescenta-se a essa corrente a posição de Torres: "esse enfraquecimento do Estado Nacional, vale ressaltar, dá-se de duas formas: voluntariamente, quando o Estado delega competências deliberadamente a instâncias supranacionais, fortalecendo organismos mundiais, e ou de forma involuntária, decorrente do próprio processo de globalização". Não se concebe, na atual conjuntura, a idéia de que um Estado tenha o poder soberano enfraquecido por vincular-se a organismos internacionais, já que o pensamento dominante durante a assinatura da Paz de Westfália, de que os Estados soberanos tinham liberdade absoluta para governar um espaço nacional, não é atualmente aceito, pois a Carta das Nações Unidas estabelece um limite consensual ao arbítrio dos Estados no exercício da soberania.

Em sentido diametralmente oposto, posicionam-se os céticos Hirst e Thompson. Eles acreditam que o Estado permanece soberano, sem ser onipotente na base territorial. Ele é fortalecido pelos processos de internacionalização, uma vez que "é o Estado nacional, em última análise, que detém o monopólio das normas, sem as quais os poderosos fatores externos perdem eficácia". Neste sentido, alerta Magnoli para o fato de que: "as tendências integradoras e globalizadoras da economia contemporânea colocam novos desafios para os Estados nacionais. A resposta a tais desafios evidencia não uma suposta fraqueza dos Estados, mas, pelo contrário, sua força e vitalidade" (OLIVEIRA, 2006, p. 86)

Desta forma visualiza-se que os Estados, principalmente os periféricos, assumem um papel de repassador das idéias pregadas por organismos internacionais, tais como: FMI, OMC, OPEP, Banco Mundial, enfim, instituições descomprometidas com o bem-estar da sociedade, visto que são defensoras de interesses privados, que comandam a economia, e, conseqüentemente, a política mundial. Assim, o Estado fica só na pretensão de impor sua soberania, por mais que esta seja garantida por pactos e cartas internacionais, pois se encontra muitas vezes acuado, acossado, no perigo iminente de sofrer embargos e retaliações econômicas, políticas e sociais.

Por conseguinte, é necessário que cada Estado Soberano tenha o firme propósito de garantir a supremacia nacional no que diz respeito não apenas a economia, mas, sobretudo, a cultura, por esta confundir-se pura e simplesmente com a existência humana (CUNHA FILHO, 2004, p. 31), por ser a totalidade das manifestações e formas de vida que caracterizam um povo (JAEGER, 1995, p. 7-8), por deter a função de ensinar a amar a vida (SILVA, 2001, p. 208 *apud* CAUNE, 1999, p. 26), pois é dever do Estado, positivado na Constituição de 1988, garantir os direitos culturais favorecendo o acesso a todos ao gozo dos bens culturais, bem como proteger as manifestações culturais³, "pois a cultura, na sua função política,

³ A Constituição Federal no seu artigo 215 e § 1º versa:

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.

[...] deve ser um sopro, a animação da condição humana” (SILVA, 2001, p. 208 *apud* CAUNE, 1999, p. 27).

Por todo o exposto, fica evidente a importância e a necessidade de regulação legislativa⁴ sobre todos os aspectos da cultura, bem como a conscientização da responsabilidade comum, isto é, entre Estado e particular, na propagação da cultura, com o fito de educar a fim de favorecer a inclusão social e cultural.

Destarte, para esta conscientização, nada mais plausível do que políticas públicas culturais que visem demonstrar a importância da preservação e difusão da cultura, assim como, o papel e a responsabilidade da sociedade⁵ neste fim. Outrossim, é imprescindível a criação de mecanismos de motivação para a própria sociedade investir em cultura, com este viés surge o instituto do mecenato cultural a seguir expandido.

3 ORIGEM TERMINOLÓGICA DO QUE SE ENTENDE POR MECENATO CULTURAL

Mecenato cultural é oriundo do termo *mecenas*, “patrocinador generoso, protetor das letras ciências e artes, ou dos artistas e sábios” (FERREIRA, 1996), decorrente da antiga Roma, por ser nome de uma personalidade que se distinguiu pela proteção que deu às artes e aos criadores artísticos.

Mecenas (Caius Maecenas) foi um cidadão romano da época imperial. Foi um grande político, estadista

4 Jaeger assevera a importância das normas em uma sociedade: “A estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem os seus membros. Toda educação é assim o resultado da consciência viva de uma norma que rege uma comunidade humana, quer se trate da família de uma classe ou de uma profissão, quer se trate de um agregado mais vasto, como um grupo étnico ou um Estado”. (JAEGER, 1995, p.4). E o Professor Humberto salienta o quão importante é regimentar a atuação do estado e da sociedade na consecução dos direitos culturais: “O determinante para a plena efetivação dos direitos culturais será a capacidade de luta dos que acreditam na importância e extrema necessidade de sua efetivação. Direitos são conquista, jamais dádivas! Esta luta é de extrema importância para determinar a criação e funcionamento das instituições responsáveis pelo gerenciamento dos negócios da cultura, as quais têm as características e a importância que cada circunstância determina”. (CUNHA FILHO, 2000, p. 86).

5 Sobre a importância de ter na sociedade brasileira *mecenas*, isto é, a influência que certas pessoas ligadas à arte geram na propagação da cultura e, sobretudo, na conscientização da responsabilidade que a sociedade deve ter com o patrimônio cultural, conferir em MILLARCH, Aramis. As obras maravilhosas graças aos *mecenas* de nossa cultura. *Tabloide Digital*. Disponível em: <<http://www.millarch.org/impriar1236.html>> Acesso em: 28 mai. 2008.

e patrono das letras. Administrou a fortuna da sua família que era rica (entre 74 a.C. e 64 a.C.) e foi um conselheiro hábil e de confiança de César Octaviano (Augustus). Este Imperador fez-se muitas vezes representar por Maecenas como seu tribuno, orador, patrono e amigo pessoal para várias missões políticas. Mais tarde aposentou-se e devotou todos os seus esforços a seu círculo literário famoso, que incluiu Horácio, Virgílio, e Propertius, patrocinando-os com amizade, bens materiais e proteção política. Aos seus protegidos provou ser um amigo e um patrono eficiente e generoso.

Na actualidade seu nome é o símbolo do patronato rico, generoso das artes. Assim o nome *Mecenas* tornou-se de nome próprio em nome comum. Assim hoje em dia *um mecenas* é uma pessoa que patrocina as artes, a ciência ou o ensino, muitas vezes com benefícios fiscais (MECENAS, 2008).

O comportamento de *Mecenas* tornou-se um modelo e vários governos valeram-se de artistas e intelectuais para melhorar a própria imagem. O termo *mecenas*, nos países de línguas neolatinas, indica uma pessoa dotada de poder ou dinheiro que fomenta concretamente a produção de certos literatos e artistas (MECENATO, 2008).

Assim, não se pode falar de investimento em cultura sem mencionar o significado da palavra *mecenas*⁶, da qual deriva a expressão *mecenato*, utilizada para caracterizar projetos de incentivo à cultura. Logo, *mecenato* é entendido como “condição, título ou papel de *mecenas*” (FERREIRA, 1996).

6 Fábio de Sá Cesnik também dispõe sobre a origem da palavra *mecenas*, asseverando que é proveniente da Roma antiga, de Caius Cínius *Mecenas*, ministro de Caio Júlio Augusto, Imperador de Roma. E acrescenta citando Cândido Mendes: “Caius *Mecenas* como estrategista de talentos múltiplos responsável, entre 74 a.C. e 8 d.C., por uma política inédita de relacionamento entre governo e sociedade dentro do Império. Para *Mecenas*, as questões de poder e da cultura são indissociáveis e cabe ao governo a proteção às diversas manifestações de arte, na equação de trocas, cabe à arte um papel no âmbito desse poder. [...] *Mecenas* entende que o poder necessita se fazer cercar da criação artística e do pensamento, na busca de sua legitimidade. Neste sentido, são formados e mantidos os círculos de eruditos que gravitam em torno do ministro e do governo. Cabe a este círculo a intermediação das ideias e ações imperiais junto à população. Através de sua influência e prestígio junto aos cidadãos, os eruditos emprestam credibilidade, ao mesmo tempo em que disseminam a política imperial. Por meio da implantação do que se convencionou chamar “maneira grega de pensar o poder no coração do Império Romano”, *Mecenas* arquiteta um dos mais sutis e eficientes sistemas de legitimação do poder na história. Ao transformar filosofia e arte em pensamento oficial, o ministro da propaganda de Augusto inaugura formalmente uma relação que iria prosperar nos séculos seguintes. (CESNIK, 2007, p. 1-2).

Mecenato é um termo que indica o incentivo e patrocínio de artistas e literatos, e mais amplamente, de atividades artísticas e culturais. [...] Num sentido mais amplo, fala-se de mecenato para designar o incentivo financeiro de atividades culturais, como exposições de arte, feiras de livros, peças de teatro, produções cinematográficas, restauro de obras de arte e monumentos.

Esse tipo de incentivo à arte se tornou prática comum no período renascentista, que buscava inspiração na Antiguidade grega e romana, e vivenciava um momento de pujança econômica com o surgimento da burguesia (MECENATO, 2008).

Portanto, mecenato é a prática de atribuição de donativos em dinheiro ou em espécie, concedidos sem concessão de contrapartidas de caráter pecuniário ou comercial por parte das entidades beneficiárias, cuja atividade consista, predominantemente, na realização de iniciativas na área cultural proporcionando benefícios fiscais à pessoa ou instituição benemérita.

O mecenato é um programa de apoio à cultura por meio de incentivo fiscal a projetos culturais instituído por uma faculdade da União em conceder a pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, em projetos culturais previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, ouvida a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC) (CESNIK, 2007, p. 32).

Ademais, o mecenato busca desenvolver as formas de expressão do povo brasileiro, os modos de criar, fazer e viver, os processos de preservação e proteção do patrimônio cultural, a divulgação das obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, assim como, da responsabilidade social inerente nestes movimentos. O que demonstra a preocupação em propiciar a população o conhecimento dos bens artísticos e culturais.

Destaca-se também que, em fomento da cultura nacional, a teleologia de redução tributária por empresas públicas e privadas é alcançada pelo conceito de mecenato. Um instrumento jurídico

capaz de permitir ao mesmo tempo diferencial contábil-econômico e estratégia de marketing, pois além de atingir o público alvo, divulgar o nome e a marca da empresa, há o ganho na imagem institucional.

Por isso o dispositivo básico do mecenato é a possibilidade de aplicação de recursos em projetos culturais que seriam destinados ao recolhimento do Imposto de Renda. Daí a empresa calcula o montante a ser recolhido aos cofres públicos a título de Imposto de Renda, e reveste parte deste crédito tributário para o incentivo de projetos.

Contudo, há quem sustente que a cultura não se tornou com isso um produto, uma mercadoria atrelada às leis de mercado (CESNIK, 2007, p. 6), mas que o Estado tenta estimular a sociedade a viabilizar empreendimentos culturais. Para tanto, é mister se fazer alusão à estrutura e ao funcionamento deste sistema jurídico de incentivo cultural.

4 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO MECENATO CULTURAL, SOB O ASPECTO DE UMA VISÃO CRÍTICA À POLÍTICA PÚBLICA DE INCENTIVO À CULTURA

A evolução do mecenato tem acompanhado a evolução do conceito de gestão empresarial. Com as mudanças decorrentes da globalização, as empresas tomaram consciência da necessidade de desenvolver uma imagem institucional⁷ tanto para o público externo como interno, a fim de com isso obter melhores resultados, seja nos lucros, seja na satisfação dos empregados.

Desse modo, as empresas, para garantir uma maior sustentabilidade, adaptaram suas estruturas, com o objetivo não apenas comercial, mas de marketing cultural, ou seja, de se tornar socialmente responsável. Assim, o mecenato é o mecanismo essencial

⁷ Conforme Maria Arminda do Nascimento Arruda as "Motivações das empresas para investimentos em cultura (cf. Moisés, 1998): ganho de imagem institucional (65,04%); agregação de valor à marca da empresa (27,64%); reforço do papel social da empresa (23,58%); benefícios fiscais (21,14%); retorno da mídia (6,5%); aproximação do público-alvo (5,69%); outro (3,25%); não citou (11,36%)" o que demonstra a preocupação social crescente nas instituições privadas. (ARRUDA, 2003, p.181).

para a expressão das preocupações sociais do empresariado, somado a isto incentivos fiscais dados pelo governo:

Os incentivos fiscais são soluções criadas pelos governos para o estímulo de determinados setores da economia, de interesse estratégico. Sempre que há necessidade de investimento maciço em determinado setor, cria-se um estímulo tributário para que recursos sejam canalizados para segmento específico. A cultura pertence a um desses setores que têm precisado de estímulo governamental para conseguir seu impulso oficial (CESNIK, 2007, p. 01).

Assim, o governo deve promover a melhor distribuição dos recursos escassos tentando assim minimizar as desigualdades a fim de ter a economia uma maior estabilidade. Para tanto criou a Lei Rouanet – Lei 8.313/91, artigo 18^o, que vinculou o incentivo fiscal à natureza de projeto cultural.

Dispõe a aludida lei que o projeto cultural deve ser previamente submetido a apreciação da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC), na forma de doações e patrocínio, entendendo-se por doação “a transferência definitiva de bens ou numerário do contribuinte a pessoa física ou jurídica para aplicação direta em projeto ou atividade cultural” (SILVA, 2001, p. 215) e por patrocínio:

a transferência de numerário, com finalidade promocional, ou a cobertura, pelo contribuinte do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, de gastos, ou a utilização de bem móvel ou imóvel do seu patrimônio, sem a transferência de domínio, para a realização, por outra pessoa física ou jurídica de atividade cultural com ou sem finalidade lucrativa (BRUNO; CUNHA FILHO, 1998, p.80).

8 Lei 8.313/91, art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda a título de doações e patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei.

Vale, neste momento, fazermos uma diferenciação didática entre patrocínio e doação: patrocínio é a aplicação de recursos de um patrocinador buscando retorno de marketing e, portanto, com vista à valorização da marca da empresa incentivadora. Para fins tributários, também seu enquadramento para recolhimento ao Fisco é diferenciado em relação à doação. A Lei Rouanet traz sua definição bastante clara, [...] a doação, por seu turno, não reverte em marketing para o patrocinador, que não pode fazer publicidade paga do evento patrocinado, não tendo nada que vede a menção à marca no produto incentivado. Também existem benefícios em termos de retorno do imposto investido.

A lei equipara as doações às distribuições gratuitas de ingressos para eventos de caráter artístico-cultural por pessoas jurídicas a seus empregados e dependentes legais; despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo de conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo Governo Federal (CESNIK, 2007, p. 37).

Se não aprovados o seu proponente será notificado em 90 dias do seu recebimento, dos motivos por que não faz jus aos benefícios pretendidos. Se aprovados, o ato será publicado, e só então adquirirá eficácia, contendo o valor autorizado para obtenção de doação ou patrocínio e o prazo de validade (SILVA, 2001, p. 215).

Os projetos culturais podem ser apresentados por empresa (pessoa Jurídica) ou por pessoa física. Para estar qualificado a apresentar projetos, o produtor cultural, denominado “proponente”, deve ter objetivo social e currículo culturais, no caso de pessoa jurídica; e currículo cultural no caso de pessoa física (OLIVIERI, 2004, p. 81).

Assim, o particular adianta ao produtor uma verba em forma de patrocínio ou doação, que será reembolsada diretamente pela renúncia, pelo Governo Federal ou indiretamente pela redução de impostos federais.

No caso de pessoas físicas, poderá ser abatido do Imposto de Renda, 80% dos valores da doação e 60% dos valores referentes a patrocínio. Para pessoas jurídicas com Imposto de Renda tributado

com base no lucro real, poderão ser abatidos 40% dos valores de doação e 30% dos valores de patrocínio, podendo abater esses valores como despesa operacional.

Em 1995, o Governo Federal editou o Decreto nº 1.494, de 17/05/1995. Este Decreto teve a finalidade de regulamentar aspectos da Lei nº 8.313/91, modificando sua forma de aplicação, bem como a sistemática de dedução dos incentivos fiscais.

Ficou determinado pelo Decreto, que os percentuais acima mencionados, que se mantiverem os mesmos, não poderiam ultrapassar o percentual de 10% do total a ser recolhido a título de Imposto de Renda. Para exemplificar, se tivéssemos uma pessoa jurídica que decidiu investir em projetos culturais através de patrocínio, 30% do valor transferido ao beneficiário poderia ser abatido do Imposto de Renda, desde que esse valor não ultrapassasse 10% do tributo devido. Hoje esta limitação está reduzida pela Lei nº 9.532/97, a 4% do tributo devido, o que é um percentual extremamente baixo para deduções. Cria-se a situação de que somente empresas com alto recolhimento de Imposto de Renda podem investir, pois como o limite de renúncia fiscal é baixo, para que 4% seja um valor razoável, a empresa incentivadora deve recolher grandes valores do imposto.⁹

Não há dúvida de que faz-se necessária a união de entidades e pessoas de todas as áreas ligadas e beneficiadas com o marketing cultural, para que se exponha ao Governo Federal a premente necessidade de aumento do seu limite de renúncia fiscal, em benefício e para o fomento da cultura brasileira. Principalmente agora, que a Receita Federal comemora recordes de arrecadação a cada semestre, a cada ano.

Apesar do incentivo fiscal ocorrer em escala baixa, os números apontam para o crescimento real no investimento em cultura¹⁰.

⁹ Sobre o tema, ou seja, sobre a necessidade de grandes empresas investirem na cultura, assim como faz a Petrobrás conferir o artigo LOBO, Carol. À espera de mecenas. Isto é. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/?p=10904>> Acesso em 17 mar. 2008.
¹⁰ Conferir planilhas em ARRUDA, Maria Arminda do Nascimento. A política cultural: regulação estatal e mecenato privado. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*. São Paulo, v. 15, n. 2, p. 177-194, nov. 2003.

contudo, é notório o enfraquecimento da participação do Estado na condução das políticas públicas culturais.

O que contribui para a visualização do seguinte problema: a partir do momento que o Estado deixa de ter ingerência substantiva nas políticas públicas de incentivo à cultura, e estando as atividades culturais decorrentes de incentivos fiscais no predomínio da política pública, será o setor privado o real responsável pelas políticas públicas relacionadas à cultura, talvez apenas com o viés clientelista, de amenizar encargos tributários.

Tanto o é que em recente entrevista à revista Carta Capital, Adhemar Oliveira, produtor cultural, relatou que “no Brasil toda a cultura foi repassada para as leis de incentivo. [...] Não existe financiamento público direto. Partindo desse pressuposto, é legítimo dizer que a cultura precisa de apoios privados para se estabelecer no mercado” (SOUSA, 2008, p. 52).

É alerta que a política cultural brasileira está centrada na fugacidade, isto é, a aprovação de festivais efêmeros sem critérios em detrimento de uma real política pública cultural de inclusão social, como a criação de um cinema ou de um teatro (SOUSA, 2008, p. 53).

De fato, o Estado só poderá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, se desenvolver efetiva ação positiva visando a alcançar esses objetivos que lhe impõe a norma constitucional do art. 215.

Portanto, se a cultura é absolutamente necessária à democratização da sociedade, é preciso que o Estado chame para si a responsabilidade maior de incentivar a cultura, não tolhendo a liberdade de criação, de expressão, o acesso à cultura; criando condições para favorecer a liberdade e a igualdade, elaborando, também, mecanismos de incentivos a cultura, enfim, fazendo jus a implementação de uma democracia cultural onde o Estado é o seu maior defensor e propagador.

5 CONCLUSÃO

O modelo tradicionalista de estado nacional vem sofrendo relativizações em sua forma original, em decorrência da complexidade crescente das relações sociais, culturais, políticas e econômicas que se instalaram no cenário mundial contemporâneo em face da globalização.

O resultado deste fenômeno é a gradativa relativização das soberanias nacionais, cenário este particularmente sintomático nos países periféricos, cujas políticas governamentais são obrigadas a adotar diretrizes que lhes são impostas por entidades exógenas que constituem uma espécie de Poder Global, formado por organizações internacionais, como o FMI, Banco Mundial, OMC, OPEP, etc.

Nesse ínterim, tentou-se formular uma reflexão sobre a supremacia nacional garantida pela efetivação dos direitos culturais e conseqüente conscientização social destes. Com o fito de garantir um maior acesso à cultura, célula-mater no desenvolvimento social e caracterização de um povo, se visualizou que o Estado tem utilizado de mecanismos de incentivo fiscal, o mecenato cultural, a fim de difundir a cultura, assim como a responsabilidade por esta.

Entretanto, o Estado, por incentivar que particulares atuem no campo cultural, não pode ceifar sua atuação através de políticas públicas culturais permanentes. Portanto, conclui-se que a difusão da cultura é essencial para democracia, contanto que esta propagação seja ocasionada pela conscientização social e não simplesmente pelas leis do mercado, afinal este não tem a teleologia de respeitar os direitos fundamentais, muito menos garantir a segurança, a solidariedade e a paz. Somente por meio de uma democracia cultural este objetivo será alcançado.

6 REFERÊNCIAS

ANNAN, Kofi. **Nós os povos: o papel das Nações Unidas no século XXI**. New York: Publié par l'organisation des Nations Unies, département de l'information, 2000.

ARRUDA, Maria Arminda do Nascimento. A política cultural: regulação estatal e mecenato privado. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, v. 15, n. 2, p. 177-194, nov. 2003.

BRUNO, Artur; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Normas básicas da atividade cultural**. Fortaleza: INESP, 1998.

CAUNE, Jean. **Pous une éthique de la médiation, les sens des pratiques culturelles**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1999.

CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 2. ed. atual. ampl. Barueri, SP: Manole, 2007.

CHENAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: A representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direito culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio Eletrônico – versão 2.0**. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MECENAS. **Wikipédia, a enciclopédia livre**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mecenas>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

MECENATO. **Wikipédia, a enciclopédia livre**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mecenato>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 80-88, jan./mar. 2006.

OLIVIERI, Cristiane Garcia. **Cultura neoliberal**: leis de incentivo como política pública de cultura. São Paulo: Escrituras, 2004.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Ana Paula. Entrevista: Adhemar Oliveira. O mecenato à vista. **Carta Capital**. São Paulo, v. 14, n. 497, p. 52-53, mai. 2008.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA

THE DEMOCRATIZATION OF PUBLIC SAFETY SYSTEM

João Araújo Monteiro Neto

Mestre em Direito Constitucional - UNIFOR.

Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

E-mail: joaoneto@unifor.br

"O pior terror é aquele imposto pela incerteza do comportamento do poder, porque a imprevisibilidade impede a aplicação de estratégias de sobrevivência, hipertrofiando os efeitos destrutivos da irracionalidade". (Luiz Eduardo Soares).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO; 3 POLÍCIA E DEMOCRÁCIA; 4 MECANISMOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE SYSTEM OF PUBLIC SAFETY AND THE DEMOCRATIC PRINCIPLE; 3 POLICE AND DEMOCRACY; 4 MECHANISMS OF DEMOCRATIZATION OF POLICE ACTIVITY; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O princípio Democrático como elemento estrutural e vetor funcional do Estado de Direito Moderno deve influenciar material e processualmente todas as atividades inerentes ao Estado. Nesse sentido percebe-se que o Estado brasileiro vem ao longo dos anos passando por um processo de transformação, nitidamente marcado pela democratização da sociedade e do Estado. Contudo, esses primados encontram fortes obstáculos quando se analisa a sua inserção no sistema de Segurança Pública. A atividade policial, pilar do Sistema de Segurança Pública, ao longo dos anos refutou veementemente a necessidade de democratizar sua estrutura organizacional, procedimental e funcional. Essa burla a aplicação das regras constitucionais, além de reforçar a manutenção de rotinas e privilégios antidemocráticos somente fortaleceu o nível de repulsa social pela atividade policial, o que aliado aos outros fatores políticos e estruturais permitiram a incubação do

estado de crise no qual o Sistema de Segurança Pública se encontra hoje presente trabalho, através de pesquisa bibliográfica busca analiticamente analisar a relação entre o primado democrático e o sistema de segurança pública, bem como verificar alguns mecanismos de democratização do Sistema de Segurança Pública.

Palavras-chave: Constituição. Democracia. Segurança Pública.

Abstract: The Democratic Principle as a structural and functional vector of the rule of law should influence all activities related to the modern State. In that sense realize that the Brazilian state has over the years through a process of transformation clearly marked by the democratization of society and the state. However, the strengths are obstacles when it considers its inclusion in the system of Public Security. The police activity, pillar of the System of Public Security, over the years argued strongly the need to democratise its organizational structure, procedural and functional. This swindling the application of constitutional rules, and strengthening the maintenance of routines and undemocratic privileges only strengthened the level of repulsion social activity by police, which along with other political and structural factors led to the hatching of the state of crisis in which the system Public Security is today. This work, through literature search analytically examine the relationship between the rule and democratic system of public security, as well as verify some mechanisms for democratization of the System of Public Security.

Keywords: Constitution. Democracy. Public Security.

1 INTRODUÇÃO

O recrudescimento da violência e o aumento irrefreável da taxa de criminalidade são marcas do atual contexto social que reavivaram a discussão acerca de um tema normalmente relegado a segundo plano: a segurança pública.

Contudo, as discussões suscitadas focalizam-se em apenas uma das faces do problema das políticas de segurança pública e das instituições responsáveis por implementá-las, qual seja, a ineficiência das forças policiais no combate à violência.

Os motivos dessa ineficiência são variados e vão desde a falta de investimentos na área até os altos níveis de corrupção verificados nas forças policiais. Evidencia-se ainda a necessidade de políticas multifocais de combate a criminalidade, buscando não apenas evidenciar o aspecto repressivo mais, sobretudo, valorizando aspectos de inclusão social das classes marginalizadas.

Entretanto, pouco ou quase nada se questiona acerca de um dos principais fatores que influenciam de forma negativa o sistema de segurança pública e, principalmente, as forças policiais: o alto grau de refração dessas instituições ao princípio democrático. São esparsos os debates acerca da necessidade de democratização do sistema de segurança pública, sobretudo no tocante à filosofia principal do sistema: deixar de ser meramente repressivo, para tornar-se um dos mais importantes serviços prestados ao cidadão.

Essa transformação é de suma importância posto referir-se diretamente à relação sociedade e Estado. Isto porque os mecanismos de controle da violência ilegítima tendem a limitar de forma injustificada os direitos dos cidadãos, levando a utilização abusiva da chamada "violência legítima". Assim, o Estado, procurando controlar o crescimento da violência legítima, acaba contrapondo-lhe meios e práticas ilegais, ilegítimas e antidemocráticas, ocasionando deste modo, uma situação antagônica e catastrófica.

A constatação do abuso da violência legítima é de absoluta importância para a real compreensão do problema da segurança pública posto que este tipo de violência, a violência institucional, é um dos tipos de violência que devem ser combatidas de forma prioritária na implantação de um sistema de segurança pública democrático, haja vista não buscar somente o combate à violência ilegítima, mas também coibir as práticas abusivas de violência legítima.

Assim, a busca pela mudança efetiva do atual patamar do sistema de segurança pública, principalmente no tocante à adoção de um sistema mais centrado nas premissas democráticas, passa diretamente pela reformulação do relacionamento entre polícia e sociedade.

Logo, buscar reduzir a apreensão do problema a um único aspecto - principalmente focalizando a necessidade de se restaurar o império da lei, ou seja, do poder punitivo do Estado - significa minimizar de forma danosa o atual estado do sistema de segurança pública. Mais ainda, essa simples redução tanto não soluciona o problema, como também cerceia a idéia de direitos e de cidadania dos atores envolvidos e, o que é mais grave, limita a legitimidade e

a eficácia das ferramentas democráticas de controle do sistema de segurança.

2 O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O surgimento dos primeiros grupamentos coletivos humanos estava vinculado a uma série de fatores, dentre os quais se podem destacar de forma singular a necessidade de estruturação de mecanismos de proteção individual e coletiva contra as intempéries aos quais os homens eram sujeitos.

A evolução da sociedade apenas reforçou essa necessidade básica do homem, seja enquanto ente considerado individualmente, seja, enquanto ente coletivo. Isso fica patente quando se percebe que uma das principais funções da maior estrutura social concebida pelo homem, o Estado, é justamente a manutenção da segurança individual e coletiva.

Essa constatação pode ser confirmada quando se analisa a evolução do Estado. O chamado Estado liberal, nitidamente vinculado aos interesses da emergente classe burguesa, estabeleceu como uma de suas nuances a proteção aos direitos individuais. Essa proteção caracterizava-se pela construção de mecanismos que resguardassem de forma efetiva a liberdade individual ante os abusos do poder estatal.

Ressalte-se que a busca pela proteção aos direitos individuais, como a liberdade e a propriedade, serviu de eixo fundamental para a estruturação dos sistemas repressivos estatais, posto que a partir do momento que se procurava inibir a prática, por parte do Estado, de atos atentatórios a esses direitos, de forma reflexa buscava-se proteger esses bens de lesões ou ameaças praticadas por outros homens.

Contudo, as desigualdades propiciadas pela estruturação liberal do Estado, fomentaram-lhe a necessidade de uma nova forma de atuação. Nasce, então, demandas coletivas que forçam uma mudança de postura do ente estatal. Ao revés de abster-se

faz-se necessária, para que se possa suplantar as desigualdades surgidas, uma atitude mais pró-ativa do Estado. Forma-se, assim, a idéia do Estado Social, que intervém na realidade social buscando implantar ferramentas que propiciem a construção da justiça social. Nesse ponto existe uma transformação na noção de cidadania, posto que se supera o enfoque civil e político e fixa-se na questão social.

Assim:

O Estado liberal-burgês transforma-se no Estado Social da providência aos mais fracos. Na perspectiva de um Estado Social, o ordenamento jurídico passa a ser instrumento de realização das metas sociais se presta a garantir, a todos os homens, a disponibilidade de tudo quanto seja necessário para o desenvolvimento de suas potencialidades, em perfeita harmonia social. (ROCHA, 2002, p. 134).

Nesse momento, apesar da mudança radical de foco das atividades do Estado, verifica-se a primeira grande ruptura entre as diretrizes fundamentais do Estado e a estrutura vigente de segurança pública. Apesar dos avanços normativos e da nova filosofia de atuação do Estado, as políticas de segurança pública e conseqüentemente o sistema de segurança e seus órgãos executores mantiveram-se fiéis aos antigos dogmas liberais, o que pugnou na manutenção da estrutura pautada unicamente na repressão. Isso figura como uma constatação extremamente importante quando se analisa a manutenção das mesmas ferramentas estruturais de trabalho nos entes componentes do sistema de segurança pública.

Apesar da mudança significativa na linha de atuação estatal, esta exerceu mínima influência no modo de atuação das polícias, posto que o aparato de repressão estatal continuou a adotar a mesma forma de atuação pautada em elementos violentos e coercitivos, rechaçando do seu campo de atuação qualquer possibilidade de contribuição ou até mesmo de participação da sociedade civil.

O Estado Social não conseguiu satisfazer todos os anseios populares, posto que surgiram novos e complexos problemas sociais, ligados diretamente ao surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, que possuem foco na coletividade.

Nesse contexto, fortalece-se o ideário democrático e surge então a terceira fase do Estado moderno: o Estado Democrático de Direito, que procura superar as deficiências do Estado Liberal e do Estado Social através da reformulação de seu conteúdo e da concretização das premissas democráticas, das garantias jurídicas legais e dos anseios sociais.

Dessa forma, “o Estado Democrático pauta-se na idéia de proteção do cidadão e de seus direitos fundamentais, na necessidade de conferir confiabilidade às instituições governamentais bem como exigência de segurança jurídica” (ASHTON, 2004, p. 48). Mais ainda, todo ato de poder ou força do Estado deve seguir estritamente aos regramentos democraticamente fixados na carta constitucional.

Assim, o princípio democrático figura como “um princípio jurídico –constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais” (CANOTILHO, 1993 p. 281). Em sentido material tem-se a necessidade da persecução de objetivos específicos, como a soberania popular e a garantia dos direitos fundamentais; em sentido procedimental, pugna-se pela obrigatoriedade da obediência a regras e processos de legitimação do poder democraticamente estabelecidos. A influência do princípio democrático é de tal monta que Canotilho afirma que este figura como mais que uma simples técnica de racionalização política ou que determinado processo legitimação do poder, caracteriza-se como um verdadeiro impulso dirigente da sociedade e do Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, verifica-se que o princípio democrático possui em seu corpo inúmeros elementos estruturais dentre os quais se sobressaem os postulados inerentes à construção de uma estrutura democrática representativa e outra vertente fundamentada na organização de ferramentas e processos fomentadores da democracia participativa.

Elege-se o viés participativo como aquele que busca erigir ferramentas, estruturas e procedimentos capazes de fomentar a participação do cidadão nos processos decisórios de forma crítica e consciente apreendendo o real significado da democracia, posto

que o objetivo principal da adoção do processo democrático na estruturação do Estado é viabilizar o irradiamento de seus efeitos em todas as searas da vida social, vagando desde as relações institucionais até as regras mínimas de estruturação da rede de segurança pública.

Diante do exposto, deve-se então relevar quais os principais elementos do Estado Democrático de Direito que influenciam de forma profunda a organização do Estado. Primeiro, a estruturação de mecanismos efetivos de proteção aos direitos fundamentais; segundo, a construção de ferramentas institucionais hábeis a propiciar a participação direta da sociedade em todas as atividades de interesse coletivo terceiro, a necessidade de se readequar as estruturas do Estado para um novo modelo de relação com a sociedade diferente tanto do modelo abstencionista liberal, como do modelo intervencionista social.

No que tange à segurança pública, sistema erigido a partir do seguinte regramento constitucional: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” (Constituição Federal, art. 144), o que se verifica é a coexistência de dois sistemas de valores completamente distintos.

“Em sentido lato, a expressão, segurança pública traduz o estado de garantia e tranquilidade que deve ser assegurado à coletividade em geral e ao indivíduo em particular, quanto à sua pessoa, liberdade e ao seu patrimônio, afastados de perigo e danos, pela ação preventiva dos órgãos próprios a serviço da ordem política e social” (MENDONÇA FILHO, 2002 p. 195). Verifica-se que prestação de segurança por parte do Estado liga-se diretamente aos ideários liberais de proteção à pessoa e ao patrimônio contra atos abusivos de terceiros e do próprio Estado, o que figura como uma condição indispensável para o fomento do desenvolvimento normal das atividades humanas.

Entretanto, os mecanismos institucionais desenvolvidos para alcançar essa finalidade afrontam diretamente à nova ordem jurídico-social apregoada pelo Estado Democrático, uma vez que os

órgãos responsáveis pela concretização das atividades de segurança repelem qualquer forma de participação popular mais efetiva em suas instâncias decisórias, bem como não abandonam o uso de práticas antidemocráticas no desempenho de suas atividades, quicá enxergam o cidadão como alvo prioritário de suas atividades. Essa incongruência encontra-se tão acentuada que figura quase impossível conciliar atualmente a idéia de aparato policial e desempenho de práticas democráticas. Entretanto, a discussão acerca do tema já rompeu os muros do ambiente acadêmico e tem ganhado espaço na sociedade civil. Dessa forma muito se questiona a necessidade de readaptação de todo o sistema de segurança pública aos primados estabelecidos pelo princípio democrático.

3 POLÍCIA E DEMOCRACIA

A adaptação das práticas policiais aos primados democráticos tende a ser lenta e gradual posto que os obstáculos erigidos pelos atores sociais do sistema de segurança pública figuram quase que intransponíveis. Contudo, antes de se analisar quais os melhores mecanismos de implantação dessa transformação deve-se antes de mais nada, tecer um diagnóstico da situação atual do sistema de segurança pública e de suas instituições mais relevantes: as polícias.

Quando o Estado Liberal estabeleceu a proteção dos direitos individuais como uma de suas finalidades, automaticamente ele avocou a si a função de garantir o exercício desses direitos. Dessa forma nasceu a obrigação estatal de propiciar ao cidadão o gozo de seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Contudo, a única possibilidade de os indivíduos usufruírem esses bens seria através da garantia de que não seriam molestados pelo Estado ou por terceiros. O Estado então passou então abster-se de praticar atos que lesassem esses direitos. Mas que garantias tinham os cidadãos contra lesões de terceiros? Surgiu então a obrigação de o Estado zelar pela efetiva fruição desses direitos através da prestação de segurança pública.

Atualmente, a Segurança Pública figura como uma das políticas públicas que obrigatoriamente o Estado deve implementar. Talvez, dentro da atual concepção econômica que pressiona uma

reestruturação do Estado visando sua adaptação aos preceitos globalizantes, a prestação de segurança pública seja uma das poucas atividades que o Estado não possa, por enquanto, juridicamente terceirizar. Ressaltada a impossibilidade jurídica na prática, o que se percebe é justamente o contrário, posto que a omissão do Estado na prestação dos serviços de segurança pública levou ao surgimento de uma verdadeira indústria da segurança privada.

Entretanto, apesar da situação fática verificada, a política de segurança pública consiste no braço penal da sociedade. É com base nas diretrizes fixadas pela política de segurança pública que se constroem as estruturas do Sistema de Segurança Pública. Na ordem jurídica brasileira essas bases são fixadas na própria carta constitucional de 1988. Nesse sistema, as principais estruturas operativas são justamente as instituições que possuem maior grau de proximidade com a sociedade, quais sejam as instituições policiais. A polícia configura-se como uma instituição que tem como peculiaridade a utilização da força caracterizada pela possibilidade de manuseio da violência legítima como forma de propiciar segurança a sociedade. Sociologicamente, a polícia contextualiza-se como um dos chamados freios sociais, ou seja, faz parte de um grupo de instituições e ferramentas sociais, como a família, a religião e o trabalho, que possuem, dentre outras funções, o encargo de tencionar o indivíduo ou determinados grupos com o objetivo de buscar a manutenção do equilíbrio e do controle social.

A polícia, dessa forma, faz parte de um sistema que para sua eficiência deve obrigatoriamente ser consolidado através de elementos democráticos. Mais ainda, a relação entre democracia e segurança pública é simbiótica, posto que esta figura como elemento essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito que a institui como uma de suas principais garantias individuais e coletivas.

“As polícias são atores políticos de grande relevância no controle da sociedade, administrando conflitos entre cidadãos e entres os cidadãos e o Estado, tendo como fundamento os princípios igualitários. Ou seja, sem levar em consideração o status

social, mas sim, a cidadania como pleno exercício da democracia (NOBREGA JÚNIOR, *on-line* p. 85).

Contudo, o que se verifica no atual contexto social brasileiro é justamente o oposto. As duas principais instituições policiais que integram o sistema de segurança pública brasileiro possuem vícios estruturais e funcionais que remontam à suas criações. A polícia civil carrega em sua organização a marcante influência do poder judiciário, notadamente elitista e seletista. Já a polícia militar impregnou-se com a filosofia militarista de prevenção e repressão ao crime que acabou influenciando também a polícia civil. Dessa forma essas instituições “acabaram se transformando, em grande medida, em organismos demarcados por comportamentos e sistemas informais e domésticos que privilegiam práticas autoritárias, repressivas, brutais e de encobrimento corporativo” (VALENTE NETO, 2002, p. 257).

Essa realidade deve ser transformada, sob pena de sacrificar-se cada vez mais a frágil estrutura democrática do Estado brasileiro. Isso porque uma grave crise de segurança pública significa sem sombra de dúvida uma profunda crise no sistema democrático de um Estado, posto que sem a garantia de segurança, como pode a coletividade desenvolver todas as suas potencialidades, mais ainda, quando as instituições que representam perante a sociedade o sistema de segurança pública estruturam-se de forma não democrática a lesividade desse sistema para o Estado democrático atinge seu grau máximo e acentua mais ainda a crise da estrutura democrática nacional.

Contudo, no atual cenário social brasileiro, defender a necessidade de democratizar a estrutura e as práticas do aparato policial pode ensejar uma equivocada compreensão do real sentido dessas propostas. Não se pode confundir essa necessidade com a idéia de abrandamento da estrutura penal, nem tão pouco com uma suposto facilitação às práticas criminosas, o que se pretende na verdade é a maior participação da sociedade na estruturação do sistema, bem como um maior respeito, por parte do aparato policial, aos direitos individuais e coletivos, o que resultará numa mudança profunda da filosofia policial.

Entretanto a pressão oriunda da mídia e do próprio imaginário popular fomenta que a principal tarefa da polícia é combater o crime por intermédio da contenção ou eliminação dos criminosos, levando inclusive o próprio sistema de segurança a absorver tal ideário, posto que “a formulação de políticas de segurança voltadas ao policiamento ostensivo, em que a noção de que a polícia controla o público se sobrepõe àquela de que a polícia preferencialmente serve ao público, noção fundamental na perspectiva de um policiamento democrático”. (MENDONÇA FILHO, 2002, p. 262).

Assim, o grande desafio para o início desse processo extremamente importante para a garantia da manutenção do Estado democrático brasileiro é sem sombra de dúvidas a necessidade de vencer os preconceitos originados na filosofia repressiva de combate a criminalidade, onde bandido não possui direito e mais ainda, a polícia não lida com cidadão.

Nesse sentido Luis Eduardo Soares opina:

Quanto a persuadir a opinião pública de que vale a pena apoiar políticas que procurem compatibilizar o respeito aos direitos humanos com eficiência policial, eis aí um tremendo desafio, talvez o maior de todos, até porque indissociável dos demais. Explico: no limite, talvez só venha a ser possível conquistar com consciência o apoio da maioria da população para uma política civilizada – racional, democrática e respeitosa dos direitos civis e humanos – quando demonstrarmos, na prática, que ela é realmente possível e produz resultados positivos. (VALENTE NETO, 2002, p. 260).

Assim, a implantação das medidas democratizantes do sistema de segurança pública e principalmente das instituições policiais sejam implantadas de forma planejada e responsável, buscando sempre demonstrar a sua eficiência no combate a criminalidade.

Assim, no próximo tópico analisar-se-á algumas das principais medidas que deverão ser implementadas no início dessa longa caminhada em busca da democratização do sistema de segurança pública e das práticas policiais.

4 MECANISMOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL

Apesar da complexidade do problema da segurança pública, as medidas adotadas para o controle da criminalidade podem ser divididas em dois grandes grupos: As medidas preventivas e as medidas repressivas. Nenhum modelo de combate a criminalidade pode pautar-se de forma isolada em uma dessas medidas, o que existe são modelos que enfatizam a repressão e outros que dão maior enfoque à prevenção:

Por medidas preventivas, entendem-se todas aquelas que promovem a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, minimizando e eliminando as situações que constituem o caldo de cultura, o húmus de onde nasce a criminalidade e prolifera a violência (TOSI, 2002, p. 244).

No Brasil, em virtude da situação socioeconômica nacional, o que se verificou foi o recrudescimento do aspecto repressivo e um conseqüente atrofiamento do aspecto preventivo. É essa a primeira grande medida que deve ser tomada na busca da democratização do sistema de segurança pública, a implantação de uma política de atividades com ênfase na prevenção de práticas criminosas. Isso não significa que a polícia deve abdicar de suas funções repressivas, isso porque não se combate a criminalidade com eficiência somente com políticas preventivas:

[...] qualquer que seja a origem do mal, a sua contenção ou extirpação exige que se utilizem, além das medidas preventivas, as medidas punitivas. Isso não significa que os órgãos de segurança devam realizar um papel meramente repressivo; ainda que não constitua o seu papel principal, a polícia exercita, e deve exercitar, sempre mais, um papel preventivo. O policiamento ostensivo é uma forma de prevenção ao crime, assim como trabalho de conscientização da população nos bairros, nas escolas, o próprio trabalho que está sendo realizado nos cursos das Academias de Polícia Civil, nos Centros de Ensino da Polícia Militar e nos cursos de Polícia Comunitária. São ações preventivas em que a polícia e a comunidade exercitam o diálogo e utilizam as armas da crítica

deixando de lado, por um momento, a crítica das armas. (TOSI, 2002, p. 245).

Assim, a modificação do aspecto de estruturação do sistema ensejaria uma mudança comportamental positiva nas instituições policiais, uma vez que a atuação na seara preventiva requer uma mudança postural da polícia, uma vez que o objetivo primordial de suas atividades passa a ser não a repressão, ou seja a lida direta com criminosos, mas sim a informação e o cidadão, o que ensejaria a diminuição de práticas e procedimentos antidemocráticos.

Nesse sentido ganha ênfase e projeção as experiências relacionadas à implantação do chamado policiamento comunitário, que ensejam mudanças significativas na estrutura comportamental de combate a criminalidade e sobremaneira na concepção das funções da polícia no sistema de segurança pública. As mudanças inseridas por essa nova filosofia de atuação vão desde a formação e instrução do policial, ou seja a reorganização do perfil profissiográfico do mesmo até a adoção de mecanismos que propiciem a participação da comunidade no planejamento operacional da polícia, ensejando assim a possibilidade uma reformulação dos mecanismos de atuação policial:

A prevenção comunitária de crimes e o policiamento comunitário constituem-se em reformas essenciais nas estratégias de combate ao crime desenvolvidas nos últimos anos. Ambos possuem implicações para a administração e filosofia policial. Enquanto a reforma propriamente visará ao crime e à ordem pública, dará prioridade às relações polícia-comunidade e à análise do crime localizado e do meio ambiente, a filosofia de fundo terá por base um outro conjunto de valores dentro da força policial e a premissa de que o combate ao crime é tarefa para todos os integrantes da comunidade. (FELTES, 2003, p. 117).

Outro aspecto que deverá ser implantado para democratizar o sistema de segurança pública pode parecer, em sede de uma análise preliminar, irrelevante e de poucos efeitos, contudo essa falsa aparência encobre uma das premissas básicas do princípio democrático. A publicização dos procedimentos policiais é um fator indispensável na construção de uma polícia democrática.

Num primeiro momento, parece até inviável e até mesmo ilegal defender a publicização dos procedimentos policiais. Entretanto, não se requer que os atos e procedimentos policiais sejam abertos ao público em geral, ou que todos tenham acesso aos procedimentos e atos realizados pela polícia, até porque muitas vezes isso frustraria os objetivos dos procedimentos policiais investigativos. O que se quer quando se propõe a publicização dessas atividades, é que as rotinas praticadas pela polícia sejam divulgadas, não as rotinas operacionais, mas sim as rotinas legais e administrativas, que possam facilitar ao cidadão, principal usuário do serviço de segurança, conhecimento de quais procedimentos serão adotados e de que forma poderá acompanhar o desenrolar das atividades desempenhadas pela polícia.

O conhecimento, por parte da população, dos procedimentos e das rotinas policiais configura-se como uma ferramenta extremamente importante para a construção de um relacionamento mais sólido e efetivo entre o cidadão e polícia sociedade, posto que permitirá a sociedade intervir de forma eficiente nas situações em que os preceitos democráticos possam ser lesados através de práticas antidemocráticas:

Tanto a polícia como a cidadania devem batalhar continuamente para desenvolver confiança mútua. O progresso na direção desse esquivo objetivo é um empreendimento comum dos governos democráticos e dos cidadãos em todo o mundo, tomando o intercâmbio de idéias e experiências particularmente valioso. (PHILPS 2003, p. 30)

Dessa forma a implementação dessas duas medidas implicariam em uma mudança significativa da estrutura do sistema de segurança pública e principalmente na sua relação com a sociedade, posto que a adoção de medidas democratizantes ensejaria uma nova forma de relacionamento entre segurança, sociedade e estado.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se que o sistema de segurança pública ainda se encontra estruturado nas premissas liberais da repressão e da polícia como instrumento de combate a criminalidade.

A atual ordem constitucional estruturou o Estado brasileiro nos moldes democráticos. A decorrência lógica do princípio democrático é a sua diluição em todas as práticas políticas e administrativas do Estado brasileiro. Dessa, o sistema de segurança pública, e suas instituições, notadamente as polícias, devem guardar perfeita consonância com a estruturação democrática do Estado brasileiro.

Assim, é indispensável que se inicie um movimento de reorganização das estruturas do sistema de segurança pública em todos os seus níveis, desde a formulação das políticas nacionais de segurança, até a atividade operacional das polícias. Isto porque dentro de um sistema democrático a atividade policial deve necessariamente mudar de foco. Deve deixar de "caçar bandidos" e sim, zelar pela proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos e servir ao cidadão.

6 REFERÊNCIAS

- ASHTON, Peter Walter. A democracia, o estado de direito, os direitos fundamentais e a tolerância zero. In: **Direito & Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: EDIPUCRS, Vol. 30, Ano XXVI - 2004/02.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (Promulgada em 5 de outubro de 1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em 10 de out 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FELTES, Thomas. O policiamento comunitário na Alemanha: Treinamento e instrução. In: Cadernos Adenauer, nº 3 - **Segurança cidadã e polícia na democracia**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.
- MENDONÇA FILHO, Manoel Carlos; MARTINS, Maria Cristina; NOBRE, Maria Teresa e NEVES, Paulo Sérgio da Costa. Polícia, direitos humanos e educação para a cidadania. In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G. e FREITAS, Fábio F. B.

(organizadores). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos.** Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

NOBREGA JUNIOR, José Maria Pereira da. **As instituições coercitivas e a semidemocracia brasileira.** Disponível em <www.politica.ufpe.br>. Acesso em jan. 2006.

PHILLIPS, Emma; TRONE, Jennifer. O estabelecimento da confiança na política por meio do controle civil. In: Cadernos Adenauer, n° 3 – **Segurança cidadã e polícia na democracia.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da Rocha. **Política Criminal.** Mandamentos, 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TOSI, Giuseppe; SILVA, Marlene Helena Oliveira. **Por que punir? Qual punição? Que segurança Pública?** In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G. e FREITAS, Fábio F. B. (organizadores). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos.** Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

VALENTE NETO, José. Os desafios da segurança pública para o século XXI: Os direitos humanos, a democracia e a participação da sociedade em debate. In: **Procuradoria Geral do Município de Fortaleza.** Revista da Procuradoria Geral do Município Fortaleza: CETREI/PGM, 2002.

PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO
BIBLIOTECA

**POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOAMBIENTAIS
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA
DA GESTÃO PÚBLICA E O MOVIMENTO
SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL¹**

**SOCIAL PUBLIC POLICY IN DEMOCRATIC
STATE OF LAW: A HISTORICAL REVIEW
OF MANAGEMENT AND PUBLIC SOCIO
MOVEMENT IN BRAZIL**

Rejane Esther Vieira

Bacharel em História (2003) pela Universidade Federal de Santa
Catarina.

Graduanda em Administração Pública – Escola Superior de
Administração e Gerência ESAG - Universidade do Estado de
Santa Catarina – UDESC.

E-mail: vieira.rejane@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A GESTÃO PÚBLICA SÓCIO-AMBIENTAL: CONTEXTO HISTÓRICO; 3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOAMBIENTAIS NA CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS DE PARTICIPAÇÃO E OS NOVOS DIREITOS NO BRASIL; 4 MOVIMENTO SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION SOCIAL AND ENVIRONMENTAL BACKGROUND 3 SOCIOAMBIENTAIS PUBLIC POLICY IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC PARTICIPATION AND NEW RIGHTS IN BRAZIL; 4 ENVIRONMENTAL MOVEMENT IN BRAZIL; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

¹ O tema deste artigo tem por base experiência de pesquisa desenvolvida no período de outubro de 2006 a julho de 2007. Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Escola Superior de Administração e Gerência ESAG - Participação no Grupo de Estudos de Políticas Públicas e Administração Pública no Brasil na ESAG/UDESC.

Resumo: Este artigo é resultante de experiência de pesquisa a qual teve como objetivo analisar qual papel das políticas públicas socioambientais na construção de uma gestão pública mais democrática e participativa no Brasil, com base no movimento socioambiental. Buscar-se-á identificar as quais são novas perspectivas de efetivação de uma gestão pública socioambiental no cenário brasileiro. Estuda-se também sobre os novos direitos e o papel das políticas públicas no exercício da gestão pública brasileira contemporânea. Questiona-se ainda qual a importância do movimento socioambiental na construção de uma gestão mais democrática e participativa no Brasil. Utiliza-se, para a realização desta pesquisa, do método dedutivo e procedimento de análise bibliográfica.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Estado de Direito. Gestão Pública.

Abstract: This article is the result of search experience, which aimed to examine what role public policies in the social construction of a public administration more democratic and participatory in Brazil, based on social movement. Get it to identify which are new prospects for realization of social governance in the Brazilian scene. Studies are also on the new rights and the role of public policies in the course of contemporary Brazilian public administration. It also questions the importance of social movements in building a more democratic and participative management in Brazil. Is used for the realization of this research, the deductive method and procedure for the literature review.

Keywords: Public Policy. State of Law. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

O atual modelo de Estado e de Administração Pública no Brasil busca garantir e respeitar a pluralidade cultural, a sociodiversidade, os direitos difusos e coletivos, também interpretados como direitos sócio-ambientais conforme a Carta Maior. O movimento socioambiental no Brasil é caracterizado pela busca do desenvolvimento não só da sustentabilidade de ecossistemas, espécies e processos ecológicos, mas também a sustentabilidade social e cultural por meio de políticas públicas sociais. Desta forma, busca-se identificar o papel das políticas públicas sob o enfoque sócio-ambiental e compreender a sua proposta de mudança na construção de uma nova democracia no Brasil e de uma nova gestão pública.

Neste sentido, destaca-se os novos direitos conforme a Constituição de 1988 e a influência do movimento sócio-ambiental para as políticas públicas sociais. Em primeira instância, busca-se fazer uma contextualização do Estado Democrático no mundo no

Brasil e a gestão pública democrática participativa. Num segundo momento, estuda-se conceito de políticas públicas, os novos direitos e a relação da emergência do socioambientalismo na construção das políticas públicas no Brasil.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A GESTÃO PÚBLICA SÓCIO-AMBIENTAL: CONTEXTO HISTÓRICO

Partindo da análise da evolução histórica do Estado de Direito no mundo, observa-se que os diferentes modelos de Estado construídos ao longo da história moderna estão representados pelo Estado Liberal, no século XVIII, a partir da Revolução Francesa passando para o Estado Social ou Estado Providência, durante o século XIX, e posteriormente, para o de Bem-estar Social e Estado Democrático de Direito, a partir de meados do século XX. A importância de pesquisar o Estado Democrático de Direito brasileiro está no processo de construção de um novo Estado, mais eficiente, mais cidadão, de caráter social, democrático e principalmente participativo. Neste cenário, estão também inseridas as diferentes correntes de Administração Pública.

Identifica-se atualmente, que o Estado de Direito tenta firmar o papel da promoção dessa nova liberdade. Observa-se também, as transformações ocorridas na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo que atingem tanto a área do Direito como a da Administração. Assiste-se um descortinar dos chamados novos direitos dentro de uma nova percepção de realidade. Constata-se que os direitos estão intimamente ligados a noção de Estado e de Sociedade.

Num primeiro momento, busca-se investigar desde suas raízes, o Estado de Direito, conforme a Carta Maior, com o objetivo de compreender a importância da construção de uma Administração Pública Democrática Participativa no Brasil.

Nesta direção, nos anos 90, encontramos no Brasil, a reforma do Estado. Esta teve como objetivo a redefinição da organização da Administração Pública, com o intuito de superar mazelas e assim implantar uma Nova Administração Pública. Analisar a reforma administrativa no Brasil é também investigar o estado de direito

brasileiro, pois ocorrem alterações do texto constitucional que envolvem novas orientações jurídico-políticas. (BENTO, 2003, p.42)

Destaca-se que a participação popular no Estado de Direito proporciona um avanço nas formas de controle da Administração. Sublinha-se que através da participação, a coletividade fiscaliza de maneira ativa os abusos cometidos na Administração Pública. É portanto, uma forte Houve um crescimento da Administração Pública sobre a vida social e desta forma, acentuou-se a necessidade da criação de novos mecanismos objetivando a proteção dos cidadãos.

Neste sentido, buscã-se efetivar e remodelar o estado de direito brasileiro composto pelos diversos 'atores sociais e políticos' da sociedade, pelos cidadãos ativos que buscam atuar em diferentes espaços públicos de participação. Hoje, o estado de direito se firma no papel da liberdade identificada pelos direitos fundamentais tanto de cunho coletivo quanto individual e pelos direitos humanos.

O Estado de Direito garante em lei - na carta Maior Constituição de 1988, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. Assim como, o exercício dos direitos sociais (educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) e individuais (a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos).

O Estado de Direito garante ainda, que todos brasileiros ou estrangeiros domiciliados no país, estejam submetidos ao mesmo regime de direito, ou seja, ao mesmo conjunto de regras.

Entende-se que esta forma jurídica consagra-se pelo princípio da legitimidade na modernidade, onde existe subordinação do poder às leis gerais.

Para Perez, o Estado de Direito na atualidade não pode ser considerado simplesmente organizado com base na lei. Destaca que o Estado de Direito é aquele que possui sua atuação pautada no

Direito, sendo pela Constituição, pelos princípios gerais do Direito, pelas leis e regulamentos. (PEREZ, 2004, p.30)

Conforme Canotilho (1993), o Estado de Direito deve possuir a promoção da liberdade, a realização dos direitos humanos e se serve de um Direito renovado por ferramentas de atuação que aproximem a sociedade e o Estado, que rompa com as fronteiras que os separam e que possibilitem a participação do cidadão.

O Estado Democrático de Direito é o exercício da democracia e da participação dos cidadãos de maneira plena e clara, onde o povo é dono do poder político e participa de forma livre de acordo com seus ideais. Neste sentido, questiona-se a existência de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Fazem parte da realidade sócio-ambiental brasileira as populações envolvidas e atingidas em situações de injustiça sócio-ambiental. São elas: as crianças, mulheres, populações indígenas, populações litorâneas e ribeirinhas (pescadores e caçaras, populações urbanas marginalizadas, quilombolas e afro-descendentes, trabalhadores/as e populações rurais, trabalhadores/as extrativistas, trabalhadores/as industriais e urbanos(as) entre outros.

Para Bobbio (1992, p.24), "O Estado de direito é o Estado dos cidadãos." No Estado de Direito o indivíduo tem uma maior amplitude em relação aos modelos anteriores de Estado porque envolve os direitos privados e públicos.

O Estado de Direito pode ser entendido como uma evolução dos modelos de Estado liberal e social porque envolve em torno de si princípios de proteção da liberdade humana, com o princípio de justiça social, os quais correspondem às ambições do Estado Social.

O Estado de Direito nasce, a partir da incapacidade do modelo liberal, diante da exclusão social acelerada nas sociedades pós-industriais, assim como a negação de um modelo de Estado Social que venha limitar, a expansão do capital. Em seu eixo, agrega-se a proteção de uma concepção de democracia, segundo a

qual os direitos fundamentais devem ser concretizados pelo Estado a partir das diretrizes da Constituição Federal de 1988. (APPIO, 2000, p.100)

Neste sentido, observa-se que o Estado de Direito tem correlação com conteúdo Estado Social, porque esse tem através dos direitos sociais, identificados como os direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida, um via, um caminho por onde a sociedade entra no Estado modificando sua estrutura formal, promovendo transformações. Entende-se que houve um processo de integração do Estado político com a Sociedade Civil alterou-se significativamente a forma jurídica do Estado, assim como os processos de legitimação e a estrutura da administração. (BOBBIO, 1998, p.26).

A realidade da gestão sócio-ambiental pública brasileira atual está muito distante do próprio conceito de socioambientalismo porque existe um abismo entre as questões sociais, isto é, a dura realidade das minorias e ambientais no que concerne ao conceito social.

Pensar a gestão sócio-ambiental significa compreender que o socioambientalismo é o desenvolvimento não só da sustentabilidade de ecossistemas, espécies e processos ecológicos, mas também a sustentabilidade social e cultural. de coletividades específicas, por exemplo, os indígenas. A primeira refere-se à sustentabilidade baseada na biodiversidade e a segunda refere-se à questão do reconhecimento do sujeito no Estado de Direito da sociodiversidade existente no Brasil. (SANTILLI, 2005, p.35)

A palavra socioambientalismo não está inserida na Constituição de 1988. O que existe é a compreensão dos direitos socioambientais a partir de direitos coletivos (meio ambiente, patrimônio cultural), inscrito na Constituição. Inicialmente identifica-se o socioambientalismo como um processo histórico de redemocratização do país, iniciado com o fim do regime militar em 1984, e consolidado com a promulgação da nova Constituição em 1988, e a realização de eleições presidenciais diretas, em 1989. (SANTILLI, 2005, p.35)

Sua emergência baseou-se no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só funcionam com eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.

É fundamental amadurecer a visão sócio-ambiental pois desta forma amplia-se a percepção de que as políticas públicas para o meio ambiente e desenvolvimento sustentável devem levar em consideração as demandas e os contextos socioculturais das populações locais em sua diversidade. Além disso, passa-se a considerar que a sustentabilidade deve ser tanto ambiental quando social e econômica.

Sabe-se que no Brasil, a cultura dos povos tradicionais, indígenas e quilombolas fazem parte nossas raízes e principalmente da nossa história, produzem conhecimentos e inovações nas artes, literatura e ciências. Manifesta-se por meio de desenhos, danças, lendas, músicas, técnicas de manejo dos recursos naturais, de caça e pesca, a utilização das propriedades medicinais e alimentícias das espécies existentes nas regiões onde vivem. Verifica-se que tais conhecimentos, considerados bens intangíveis, vem ganhando 'atenção' nas sociedades industriais, pelo potencial de exploração econômica, em destaque a área de biotecnologia. Porém não reconhecem os direitos associados desses povos. (SANTILLI, 2005, p.39)

Neste sentido o socioambientalismo originou-se na idéia de políticas públicas ambientais envolvidas com as comunidades locais detentoras de conhecimentos e de práticas de caráter ambiental. O socioambientalismo permite desenvolver a sustentabilidade de maneira mais ampla possibilitando que num país denominado pobre, com diferenças sociais, desenvolva-se a sustentabilidade social, além da sustentabilidade ambiental, de espécies e ecossistemas. (GUIMARÃES, 2001, p.56).

O socioambientalismo abrange uma ampla variedade de organizações não-governamentais, movimentos sociais e sindicatos, que envolve a questão ambiental e social como uma dimensão de importante atuação. (LEIS, 1995, p.10)

Inclui-se também diversos movimentos sociais, tais como movimento dos seringueiros, a interação com grupos ambientalistas permite-lhes elaborar o programa das reservas extrativistas, de relevância internacional depois do assassinato de Chico Mendes, os movimentos indígenas, a interação com grupos ambientalistas que abordam de forma mais ampla a questão da proteção ambiental de sua luta e pela demarcação de reservas; o movimento dos trabalhadores rurais sem-terra que em algumas regiões tem avançado na direção da "reforma agrária ecológica"; setores dos movimentos de moradores tem incorporado a proteção ambiental através de diversos mecanismos (questionamento de fábricas poluidoras, demanda de saneamento básico ao poder público, mutirões para cuidado de áreas verdes e limpeza de córregos e lagoas; entre outros movimentos.

O maior desafio do socioambientalismo é conciliar as atividades produtivas necessárias para a sobrevivência de grupos sociais com a garantia de manutenção dos recursos naturais. Nesse sentido, entre as décadas de 1980 e 1990, inúmeras iniciativas e outras organizações comunitárias de base local procuravam associar ações de desenvolvimento e de conservação ambiental. (SANTOS, 2005, p.35)

Sabe-se que o socioambientalismo está em processo de construção, apesar de ter avançado nas últimas décadas na construção de alianças estratégicas entre o ambientalismo e outras vertentes do movimento social tomado de forma mais ampla. Isso reforça a necessidade de espaços públicos nos quais possam ocorrer a interlocução, o diálogo entre os diferentes e a viabilização de alternativas. Embora deva-se considerar a importância estratégica de uma aliança entre os movimentos sociais, Ongs ambientalistas ou de desenvolvimento e seus efeitos positivos para a construção de alternativas para a formulação de políticas públicas, é preciso reconhecer que essa aliança ainda representa grande desafio. (SANTOS, 2005, p.35)

É cada vez mais consensual as exigências de ordem ambiental social e política fazer parte da pauta de amplo grupo de atores sociais, ao passo que são necessários espaços de articulação intersetorial nos

quais se possam equacionar dos diversos interesses, necessidades e pontos de vista sobre o processo de desenvolvimento.

Identifica-se alguns pilares para um regime jurídico de garantia dos direitos desses povos, entre eles: o reconhecimento da titularidade coletiva de seus conhecimentos, evitando a exclusão de uma ou mais comunidades detentoras dos saberes em questão, e possíveis rivalidades entre elas; o reconhecimento dos sistemas de representação e legitimidade dos povos, por meio de um pluralismo jurídico; uma definição mais clara de população tradicional, que ainda é polêmica e deixa vulneráveis essas comunidades; o estabelecimento do consentimento informado processual como procedimento obrigatório para o acesso, uso e patenteamento da biodiversidade e conhecimento associado.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOAMBIENTAIS NA CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS DE PARTICIPAÇÃO E OS NOVOS DIREITOS NO BRASIL

As políticas públicas são consideradas atividades típicas do Estado social de direito e consequência direta da necessidade de participação social em sua efetivação. A autora compreende por políticas públicas, a organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais. (BUCCI, 2002, p.24)

As políticas públicas permitem romper com as barreiras que separam a administração pública da sociedade. Esta passa a participar da concepção, da decisão e da sua implementação. Pode-se citar as audiências públicas e as consultas públicas, como exemplos práticos da participação na elaboração das políticas públicas. Já o plebiscito administrativo, o referendo, as comissões de caráter deliberativo são exemplos da participação no processo de decisão. Exemplos de execução de políticas públicas são as comissões de usuários, a atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública e a expansão dos serviços públicos. (PEREZ, 2004, p.34)

Entende-se que a relação entre o Estado, às classes sociais e a sociedade civil, proporciona o surgimento de agentes definidores das políticas públicas. A partir do contexto da produção econômica, cultura e interesses dos grupos dominantes são construídas as políticas públicas, sua elaboração e operacionalização, de acordo com as ações institucionais e, em particular. (BONETI, 2006, p.40)

Constata-se a predominância dos interesses das elites econômicas camuflados nas diversas políticas públicas, porém com objetivos de expansão do capitalismo internacional. Utilizam-se de temas atuais como o desenvolvimento sustentável para transmitir uma imagem positiva de preocupação e engajamento no desenvolvimento social e ambiental.

Percebe-se que é inviável considerar a formulação de políticas públicas a partir somente da determinação jurídica, fundamentada em lei, como se fosse uma instituição neutra. Deve-se levar em consideração a existência da relação entre o Estado e as classes sociais, em particular entre o Estado e a classe dominante. (BONETI, 2006, p.45)

Pode-se pensar também, as políticas públicas como algo relacionado com o público, a arte ou a ciência de governar, de administrar e de organizar. A expressão 'políticas públicas' é uma ação voltada ao público e que envolve recursos públicos. Pode-se considerar, que medidas de intervenção meramente administrativas por parte do Estado, sem mesmo envolver o orçamento público, são consideradas políticas públicas. (BONETI, 2006, p.35)

A tarefa de conceituar políticas públicas envolve certa 'complexidade' na dinâmica da sua formulação e sua operacionalização. É preciso analisar desde o surgimento da ideia sua elaboração até o amadurecimento da mesma, sua efetivação, resultando numa ação pública.

Deve-se ir além de avaliar seus resultados em relação ao atendimento aos direitos sociais. Sabe-se que as políticas públicas envolvem a organização da sociedade civil, os interesses de classes

os partidos políticos e agentes responsáveis pela sua elaboração, operacionalização e controle.

No que se refere política pública governamental, pensa-se que sendo a política pública um processo sujeito a pressões e articulações políticas, ela pode ser entendida como uma ação intencional de Governo, instrumentalizada pelo Estado, cujo impacto está dirigido a um segmento majoritário da população, ou como um conjunto de ações (ou omissões) que manifestam determinada modalidade de intervenção do Estado, em relação a uma questão que seja de interesse para outros atores da sociedade civil.

É interessante, aclarar uma distinção entre políticas de Estado e políticas de Governo. Entendemos como políticas de Estado, determinadas ideias e princípios que se caracterizam pelo seu caráter de permanência, da legitimidade junto à sociedade e junto à burocracia e pela sua materialização em textos legais e em instituições específicas.

Abaixo desta superestrutura existem os governos, que são gestores temporários destas políticas de Estado. Conciliar estes dois aspectos (a estrutura e a conjuntura) é um dos problemas mais complexos da administração pública, pois cada governo vai querer, dar a sua interpretação pessoal sobre os princípios de ação do Estado, de acordo com a sua tendência política e articulações de interesses.

Quanto aos diferentes tipos de política pública, define-se como intervenções do Estado, de três tipos: distributivas, redistributivas e regulatórias. Estas últimas envolvem uma decisão de curto prazo a respeito de quem serão os beneficiados diretos de uma política determinada. Já políticas distributivas vão se acumulando ao longo do tempo e envolvem todos os setores institucionais envolvidos. Por outro lado, as decisões de caráter redistributivo têm sentido muito mais amplo e consideram a sociedade dividida em diferentes classes e setores sociais.

No Brasil, as políticas públicas muitas vezes beneficiam grupos sociais específicos, regiões, municípios, ou seja, são sempre

beneficiados os segmentos sociais com maior força política no poder legislativo e com maior força financeira nos meandros da sociedade civil. Uma política pública após sair da instância legislativa e passar pelo setor burocrático segue em direção a sua operacionalidade comandada por agentes do partido político que se diz autor do projeto.

Significa dizer que uma política pública, da elaboração a sua operacionalização, envolve uma rede de micro poderes contribuindo com o fortalecimento e interesses específicos de cada instância do poder. As pessoas que entram em contato com as políticas públicas no decorrer de suas longas trajetórias, não pensam de modo uniforme, não tem a mesma interpretação de intervenção na realidade, etc. As políticas públicas, ao longo de seus percursos, são contaminadas por interesses, inocências e sabedorias. (BONETTI, 2006, p.36)

Neste contexto, assiste-se um descortinar dos chamados novos direitos dentro de uma nova percepção de realidade. Enxerga-se a transformação de direitos tradicionais em direitos com uma forte carga social. São as necessidades, os conflitos e os novos problemas de caráter social e ambiental, colocados pela sociedade atual que permitem surgir 'novas' formas de direitos como um verdadeiro desafio.

Da mesma forma, a partir dessa realidade social, as políticas públicas são inseridas neste contexto social e político, de maneira mais ampla e não somente como a aplicação dos recursos públicos. Interessa consignar aqui, que os novos direitos são consagrados pelo socioambientalismo, resgatam e reforçam a dimensão democrática participativa das políticas públicas.

Entende-se que a Constituição de 1988, além de traçar rumos ao modelo de Estado e ao modelo de administração, inaugura os 'novos' direitos e, portanto novas políticas públicas para o Estado e a coletividade. Estes chamados novos direitos podem ser inseridos no conjunto teórico a que denominamos direitos sócio-ambientais.

Observa-se que no Estado, o tema dos 'direitos' esteve muito presente nos debates da sociedade política. Vemos nas últimas

décadas deste século, a criação de leis e orientação para políticas públicas que envolvem a administração pública. Num primeiro momento essas discussões aparecem na área dos direitos humanos e políticos, ao final do regime militar. Posteriormente, têm-se os direitos sociais, no período de transição para a democracia, especialmente na fase da elaboração da Constituição de 1988 e ao final dos anos 90 e início deste novo milênio, os direitos culturais, ligados ao tema da justiça e da equidade social. (GOHN, 2005, p.25)

Interessa-nos nesta pesquisa observar que os novos direitos estão ligados aos direitos que decorrem da 'relação de cidadania' e abrem caminhos para a 'participação cidadã' na gestão de um Estado mais democrático e participativo. Estão relacionados com as políticas públicas e a administração pública. Eles envolvem o Estado e a Sociedade com o exercício da cidadania. Portanto, esses 'novos' direitos emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões nos primórdios do novo milênio.

Percebe-se que os novos direitos estão diretamente relacionados com as necessidades humanas essenciais de cada época. Estão em permanente redefinição e criação dentro do seu contexto histórico, abrindo espaço para múltipla gama de direitos emergenciais. Essas necessidades são diversas como: qualidade de vida, bem-estar, materialidade social, políticas, religiosas, psicológicas, biológicas e culturais. São as situações de carência que constituem a razão motivadora para a possibilidade dos novos direitos. (WOLKMER, 2003, p.50)

Não obstante, todas as modificações sociais do Estado e do surgimento de direitos totalmente diversos do direito típico do Estado moderno (de cunho 'individualista'), os operadores do direito, muitas vezes persistem em trabalhar com conceitos que não correspondem com a atualidade, operando no interior de uma outra realidade.

Nesse rumo, as últimas décadas o debate sobre os espaços públicos no Brasil emergiu impactando a elaboração da Constituição aprovada em 1988. Sabe-se que tais desdobramentos foram baseados no processo de redemocratização do país, no critério

da participação popular na gestão públicas. Por conseguinte, o texto constitucional estabeleceu importantes estratégias voltadas à participação popular na gestão de políticas públicas por meio de conselhos gestores.

Este novo desenho de Estado leva a uma nova concepção de suas funções, de suas políticas, de suas relações com a sociedade civil e de um aumento da capacidade e da vontade dos cidadãos para tomar controle de suas vidas, para transformá-las e melhorá-las. Dentro deste novo ambiente mundial, com todas as influências pensa-se nas políticas públicas de forma mais ampla. (CARVALHO 2000,p.12)

No tocante aos aspectos políticos, a sociedade brasileira amadureceu sua opção pela via democrática. Destaca-se que os conceitos como transparência, participação e controle social estão cada vez mais presentes nos debates, visto como um desafio.

É certo a relação indissociável entre os aspectos sociais e ambientais atualmente. Reconhecemos que na sociedade os problemas antes vistos pela ótica da ecologia e do meio ambiente hoje são analisados por um prisma sócio-ambiental. Reformulou-se a legislação ambiental brasileira e criou-se um sistema nacional de unidades de conservação. Tornou-se forte a noção de desenvolvimento sustentável, assim como a argumentação de diversos setores ou segmentos sociais. Vemos a presença de socioambientalismo envolto em políticas públicas e nos espaços públicos de participação.

Interessa-nos observar que o movimento ambientalista passou por mudanças significativas, migrando do preservacionismo para o socioambientalismo, na medida em que a noção de sustentabilidade passa a englobar também os aspectos sociais econômicos inerentes ao desenvolvimento sustentável.

É cada vez mais consensual o entendimento que os problemas sócio-ambientais vividos pela sociedade brasileira podem ser solucionados pela negociação e pelo aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos de regulação do uso dos recursos naturais. A busca

de soluções para esses problemas depende do aprimoramento institucional da sociedade e do aumento da sua capacidade de balancear os interesses e pontos de vistas relacionados ao uso de recursos naturais.

Confirma-se que a participação popular e o aumento das capacidades e habilidades dos atores sociais são essenciais na busca de soluções para problemas na sociedade atual. Somente pela ação coletiva e pela consolidação de espaços públicos, nos quais os diversos interesses e pontos de vista possam se fazer ouvir e representar, é que os problemas socioambientais podem encontrar soluções democráticas, de equidade e sustentabilidade que norteiam o desenvolvimento sustentável.

4 MOVIMENTO SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL

O movimento socioambiental originou-se na idéia de políticas públicas ambientais envolvidas com as comunidades locais detentoras de conhecimentos e de práticas de caráter ambiental. O socioambientalismo permite desenvolver a sustentabilidade de maneira mais ampla possibilitando que num país denominado pobre, com diferenças sociais, desenvolva-se a sustentabilidade social, além da sustentabilidade ambiental, de espécies e ecossistemas. Verifica-se ainda um abismo entre as questões sociais e ambientais no Brasil. Necessita-se criar uma ponte para que possa unir estas duas questões fundamentais para a sustentabilidade social vista aqui de forma ampla. O socioambientalismo traz a tona esse desafio. (SANTILLI, 2005,p.35)

O socioambientalismo abrange uma ampla variedade de organizações não-governamentais, movimentos sociais e sindicatos, que envolve a questão ambiental e social como uma dimensão de importante atuação. O socioambientalismo inclui diversos movimentos sociais, tais como: movimento dos seringueiros, a interação com grupos ambientalistas permite-lhes elaborar o programa das reservas extrativistas, de relevância internacional depois do assassinato de Chico Mendes; os movimentos indígenas, a interação com grupos ambientalistas que abordam de forma mais ampla a questão da proteção ambiental de sua luta e pela

demarcação de reservas; o movimento dos trabalhadores rurais sem terra que em algumas regiões tem avançado na direção da "reforma agrária ecológica"; setores dos movimentos de moradores (em incorporado a proteção ambiental através de diversos mecanismos (questionamento de fábricas poluidoras, demanda de saneamento básico ao poder público, mutirões para cuidado de áreas verdes, a limpeza de córregos e lagoas; entre outros movimentos).

No que se refere a sustentabilidade social, trata-se de instituir como valor primordial na agenda de prioridades sociais, a busca de satisfação das necessidades básicas e intangíveis das populações. Neste sentido, o desenvolvimento social é avaliado pela maneira como são satisfeitas as necessidades humanas fundamentais e quanto maior, em nível global, quanto mais diverso e menos desigual.

O novo paradigma de desenvolvimento proposto pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social e na gestão ambiental.

A emergência do socioambientalismo baseou-se no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só funcionam com eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais. (SANTILLI, 2005)

Sabe-se que no Brasil, a cultura dos povos tradicionais indígenas e quilombolas fazem parte das nossas raízes e principalmente da nossa história, produzem conhecimentos e inovações nas artes, literatura e ciências. Manifesta-se por meio de desenhos, danças, lendas, músicas, técnicas de manejo dos recursos naturais, de caça e pesca, a utilização das propriedades medicinais e alimentícias das espécies existentes nas regiões onde vivem. Verifica-se que tais conhecimentos, considerados bens intangíveis, vem ganhando 'atenção' nas sociedades industriais pelo potencial de exploração econômica, em destaque a área de biotecnologia. Porém não reconhecem os direitos associados desses povos. (SANTILLI, 2005)

Estabelece-se, por meio da Constituição de 1988, as noções de titularidade coletiva de direitos, de uso e posse compartilhadas de recursos naturais e territórios, e de respeito às diferenças culturais. Porém, esses direitos são garantidos apenas para os povos indígenas e quilombolas, excluindo as comunidades locais, cujos territórios são considerados bens da União. Isso quer dizer que é deles, indígenas e quilombolas, o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais. Por isso, o acesso aos recursos genéticos desses territórios depende do consentimento prévio informado deles e da repartição justa de benefícios.

Entende-se que maior desafio do socioambientalismo é conciliar as atividades produtivas necessárias para a sobrevivência de grupos sociais com a garantia de manutenção dos recursos naturais. Nesse sentido, entre as décadas de 1980 e 1990, inúmeras iniciativas levadas a cabo por organizações comunitárias de base local procuravam associar ações de desenvolvimento e de conservação ambiental.

5 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, compreende-se que as políticas públicas sócio-ambientais exercem importante papel na construção desta gestão participativa, pois promovem a sustentabilidade social, além da sustentabilidade ambiental. Assim como os 'novos' direitos consagrados pelo socioambientalismo resgatam e reforçam a dimensão democrática participativa das políticas públicas.

Conclui-se que o Estado Democrático de Direito tem a responsabilidade de cumprir a lei e de assegurar os direitos e garantias fundamentais. A partir do momento que os consagra como 'valores primordiais', o Estado torna-se o maior responsável pela efetivação desses direitos. Observa-se que não é suficiente que os direitos e garantias fundamentais estejam elencados nos mandamentos legais para modificar um Estado em Estado Democrático de Direito, mas sim atuar de maneira organizada e coordenadora dos cidadãos para exigir a concretização desses direitos aos poderes executivo, legislativo e judiciário. Percebe-se a dicotomia que existe entre o direito nos textos e o direito na prática da sociedade brasileira,

pois ainda está cercada pelos anéis burocráticos e Segmentos tecnocráticos, frações das classes dominantes reproduzindo estruturas sociais discriminatórias. Isto se reflete na sociedade como um todo, em diversas áreas como no direito e na administração.

A pesquisa realizada permitiu perceber que muitos problemas de caráter socioambiental afetam diretamente os cidadãos, porém no Brasil se tem a dificuldade de visualizar isto. As questões de cunho ambiental e seus conflitos, por exemplo, são na maioria das vezes designadas como assuntos para as elites políticas e econômicas. Porém, observa-se que as resoluções de questões ambientais solucionam juntamente os problemas sociais. O socioambientalismo permite desenvolver a sustentabilidade de maneira mais ampla possibilitando que num país denominado pobre, com diferenças sociais, desenvolva-se a sustentabilidade social, além da sustentabilidade ambiental, de espécies e ecossistemas. Verifica-se ainda um abismo entre as questões sociais e ambientais no Brasil. Necessita-se criar uma ponte para que possa unir estas duas questões fundamentais para a sustentabilidade social vista aqui de forma ampla. O socioambientalismo traz a tona esse desafio.

Neste sentido, entende-se que a Gestão Pública modelada para o Estado no Brasil, segundo a Constituição Federal de 1988, pode ser entendida como a Gestão Pública Democrática Participativa, pois considera a Administração Pública pautada por critérios de legitimação democrático-participativa. É importante ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988, representa um avanço no que tange ao modelo conceitual de estrutura Estatal, posto que também traça novos rumos à administração pública no país, de forma bem diferente das cartas magnas anteriores. O modelo de Gestão Pública Democrática e Participativa preconizado pela Constituição de 1988 reforça a natureza essencialmente coletiva dos novos direitos dentre os quais destacam-se os direitos elaborados para os povos indígenas, para os quilombolas e a outras populações tradicionais.

Percebe-se, que embora a Constituição de 1988 signifique um avanço na legislação e gestão administrativa pública sócio-

ambiental do país, sabe-se que o caminho ainda é longo e está em constante construção. Enquanto não houver conscientização política das e nas coletividades, não haverá cobrança de direitos. A população brasileira necessita desenvolver a cultura educacional para discernir entre deveres e direitos e principalmente participar da elaboração, execução e implantação das políticas públicas no Brasil. Muitos são os fatores que contribuem com a distância entre a lei, a ordem gerencial pública e a realidade do contexto sócio-ambiental brasileiro, posto que a politização é uma necessidade educativa e urgente.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição** - Republica Federativa do Brasil. 1 ed. Brasília: Ministério da Educação, 1988.
- APPIO, Eduardo Fernando; **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Trad. Cramem C. Varrialle. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP: Manole, 2003.
- BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas públicas por dentro**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dollari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARVALHO, Ailton Mota de. **Globalização, estado e políticas públicas**. Belo Horizonte, 2000.

GUIMARÃES, Roberto P. **O desafio da sustentabilidade:** um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Fundação Perspectiva, 2001.

GOHN, Maria da Glória. **O Protagonismo da Sociedade Civil:** movimentos sociais, ONGS e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005.

LEIS, Hector; VIOLA, Eduardo J. **A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991:** do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável. São Paulo: UNICAMP, 1995.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática:** institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Ailton Dias Dos. **Metodologias Participativas:** caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais. IEB- Instituto Internacional de Educação do Brasil. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos:** São Paulo: Peirópolis, 2005.

VIEIRA, Rejane Esther. Administração pública de caráter democrático e participativo no Estado de Direito no Brasil: o novo serviço público face a Constituição de 1988. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, UNIBRASIL, Vol. 4, 2008. Disponível em: [HTTP://www.administradores.com.br](http://www.administradores.com.br). Acesso em 30/01/2009.

VIEIRA, Ricardo Stanzola; VIEIRA, Rejane Esther. Gestão Pública Socioambiental e os Novos Direitos: Uma Análise da Administração Pública à Luz da Constituição de 1988. In: Encontro Preparatório do Congresso Nacional do Conpedi- Campos dos Goytacazes, 2007, Rio de Janeiro. **Anais do XVI Encontro Preparatório do Congresso Nacional do Conpedi- Campos dos Goytacazes**. Florianópolis-SC : Fundação Boiteux, 2007. v. XVI. p. 1313-1330. Disponível em: [HTTP://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/)

[campos/ricardo_vieira_e_rejane_vieira.pdf](#). Acesso em 30/01/2009. Acesso em 30/01/2009.

VIEIRA, Rejane Esther; Ana.E.Inácio . Democracia Participação e Poder Local: Uma Análise da Atuação dos Novos Movimentos Sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, UNIBRASIL, Vol.2,2007. Disponível em: [HTTP://www.administradores.com.br](http://www.administradores.com.br). Acesso em 30/01/2009.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no Brasil:** natureza e perspectivas uma visão básica das conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

REFLETINDO EM TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS E DO ESTADO FACE À CRISE ECONOMICA FINANCEIRA

REFLECTING IN TIMES OF CRISIS: AN ANALYSIS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE STATE TO FACE FINANCIAL ECONOMIC CRISIS

José Julio da Ponte Neto

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de
Fortaleza – UNIFOR.

E-mail: julioponte@uol.com.br

Alberto Lopes de Oliveira Junior

Graduando em direito pela Fundação Edson Queiroz –
Universidade de Fortaleza.

Pesquisador bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao
Desenvolvimento Científico – FUNCAP.

E-mail: albertocmdb@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA; 3 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO; 4 CRISE FINANCEIRA VERSUS RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY; 3 SOCIAL FUNCTION OF THE STATE; 4 FINANCIAL CRISIS OPPOSITE THE CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Nada mais audacioso e oportuno que refletirmos acerca dos aspectos da crise econômica financeira mundial estabelecendo um parâmetro em face à responsabilidade social das empresas. Estamos passando por um momento delicado na economia mundial e não há tempo melhor para discutirmos os erros

quando estamos sofrendo suas conseqüências. Nesse trabalho iremos analisar a função social da empresa e do Estado para que, a partir desse eixo, possamos analisar o contexto econômico atual. Trataremos de responsabilidade social de forma realista, visando as verdadeiras condições das empresas em desenvolver seu papel social.

Palavras-chave: Função Social da Empresa e do Estado. Crise.

Abstract: Nothing more bold and timely to reflect on the economic aspects of the global financial crisis by setting a parameter in the face of corporate social responsibility. We are going through a delicate moment in the global economy and there is no better time to discuss the errors when we are suffering its consequences. In this work we examine the function of the company and the state to which, from that axis, we can analyze the current economic context. Deal of social responsibility in a realistic way, to the real conditions of companies in developing their social role.

Keywords: Social Function of the Company and the State. Crisis.

1 INTRODUÇÃO

Tema contemporâneo e instigador para grandes debates. Discutir a responsabilidade social das empresas já é, por si, bastante delicado e falar desse assunto em tempos de recessão econômica, podemos dizer que soa um tanto ameaçador. Como sopesar em uma balança Investimentos sustentáveis *versus* Investimentos emergenciais para sobrevivência da empresa?

Fazemos parte de um todo e como tal somos responsáveis pelo progresso e pelo regresso da humanidade. Somos regulados por um ordenamento jurídico que tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, concluímos que somos solidariamente responsáveis pela sociedade.

Mas para que seja compreendido o que abordaremos acerca da Responsabilidade Social, da forma que propomos no resumo desse trabalho, será preciso o leitor tente se despir de valores sentimentais. Analisando o tema na sua real situação, podemos fazer algumas perguntas que servirão para elucidar o caminho a ser trilhado: será que nós, consumidores, estamos dispostos a pagar o preço da responsabilidade social? Será que as empresas têm lastro financeiro para atender as obrigações impostas pelo Estado e ainda suprir o mercado sustentável? Qual o papel do Estado nas

atividades socialmente responsáveis? Para que serve os impostos que são pagos pelas empresas?

Pois bem, feitas essas indagações e refletidas suas respectivas respostas, podemos acrescentar que o papel do Estado é proporcionar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de forma que garanta o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo, com isso, as desigualdades sociais.

Desse modo, podemos inferir que o Estado compartilha o seu papel com a sociedade, sobretudo, com as Empresas, que apesar de todas as suas responsabilidades perante ao consumidor, aos seus empregados e ao próprio Estado, tem agora o dever concorrente de assistir a sociedade.

No entanto, as empresas carecem de objetivos para desenvolver projetos sociais, pois estes seriam atividades secundárias ou estranhas ao objeto social da empresa, por isso desenvolvem de forma superficial. Entretanto, elas permanecem com suas atividades sociais para influenciar o mercado, sempre com vistas ao lucro.

Dois interesses foram oportunamente encampados a personagens estranhos: Primeiro, o rateio do papel do Estado com as empresas que ocorreu devido a impotência deste em arcar com o ônus exigido; Segundo, atribuída a essa nova função, as empresas a recepcionaram para conseguir a admiração de investidores e consumidores.

Entretanto, tudo se apresenta de forma faticamente inexpressiva. Críticas apontam o baixo nível de comprometimento das empresas que se dizem socialmente responsáveis.

É fácil compreender por que as grandes empresas abraçam a causa da responsabilidade social com tanta verve, pois as iniciativas nessa área não só projetam boa imagem perante a imprensa, mas também tranquilizam o público. (Reich, 2007, p. 173).

Pensar em atribuir responsabilidades de outros em bons tempos pode até ser agradável ao discurso de alguns, mas o que poderemos dizer em relação a esse assunto em tempos de crise econômica? Será que os empresários estão preocupados com o seu quadro de funcionários? Com a família desses funcionários? Com as embalagens recicláveis (que são bem mais caras)? O que os investidores estão preferindo? Continuar investindo em empresas que escoam seus recursos em investimentos sustentáveis ou retirar sua parte do capital dessas empresas para investir em negócios mais lucrativos?

Podemos perceber que isso é um problema crônico e que deve ser bastante refletido, afinal de contas, como dissemos, não há hora melhor para rever os erros quando estamos passando por suas conseqüências. Aqui, refletiremos acerca do posicionamento que devemos adotar como consumidores, investidores, empresários e cidadãos.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Empresa é uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços visando a obtenção da vantagem econômica perseguida. Analisando sob esse aspecto podemos concluir que a empresa foi criada para organizar a atividade econômica de forma que pudesse sistematizar os meios, praticados para a produção de bens, e os fins, que se materializam na obtenção do lucro.

O Estado no exercício do seu poder administrativo veio regular a atividade econômica da empresa, que deverá atender a sua função social, ultrapassando as barreiras da livre iniciativa e a proteção da propriedade, afirma Gladston Mamede:

No âmbito específico do princípio da função social da empresa, parte-se da percepção de que a atividade econômica organizada para a produção de riqueza, pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços, embora tenha finalidade imediata de remunerar o capital nela investido, beneficiando os seus sócios quotistas ou acionistas, beneficia igualmente ao restante da sociedade - ou seja, tem e cumpre uma função social -, no mínimo

por ser um instrumento para a realização das metas constitucionalmente estabelecidas. (Mamede, 2009, p.54).

No mundo das idéias ou da teoria, o conceito acima exposto amplamente aceitável. Todavia, o que ainda ocorre no mundo dos fatos é uma visão excêntrica e egoísta. A problemática vivida na economia atualmente é um dos fatos que comprovam o comportamento egoísta da sociedade.

Empresas que perseguem fielmente os grandes lucros e riquezas puseram nossa sociedade num patamar econômico inimaginável. A falsa idéia de poder, de ter e de ser levou a nossa sociedade a consumir compulsivamente. Será que as empresas produtoras de veículos estavam preocupadas com o tanto de carros que eram produzidos e colocados às ruas diariamente ou a única preocupação era somar os resultados? Tudo isso nos ajudou a estar atualmente sofrendo as conseqüências de uma economia desenfreada.

Antes da crise econômica financeira ocorrida primeiramente nos Estados Unidos em setembro do ano de 2008, ouvíamos muito falar em responsabilidade social das empresas. Todas as empresas vinculavam em suas propagandas atividades socialmente responsáveis quase sempre voltadas aos seus funcionários, consumidores, investidores, fornecedores ou acionistas, de alguma forma todos ligados à empresa.

Mas, servir a sociedade engloba uma seara que vai além dos limites da empresa. Servir de forma responsável os funcionários, os consumidores, investidores, fornecedores, acionistas etc. é um papel obrigatório da empresa. Caso não sirva dessa forma, correrá o risco de ser mal interpretada pela sociedade podendo sofrer conseqüências de rejeição de consumidores e acionistas. Falamos que uma empresa é socialmente responsável se ela fornece plano de saúde a seus funcionários, se ela dá as devidas informações a seus acionistas, se produz bens saudáveis, enfim, nada mais que obrigação e por muitas das vezes obrigadas pelo Estado (no caso do plano de saúde e das informações aos acionistas) ou por que algumas matérias-primas são mais baratas para a produção dos bens (no caso da produção de alguns produtos saudáveis).

Acreditamos que a real responsabilidade social ainda não chegou às empresas ou sequer existe. Ninguém nos dias de hoje faz alguma coisa sem esperar algo. A troca de favores e interesses é constante. Como podemos falar em responsabilidade social se não estamos dispostos a perder?

Uma empresa não produz bens sustentáveis por que a matéria prima necessária para sua produção é mais cara e por que seu poder de venda é baixo. O consumidor não compra por que encontra o mesmo produto no comércio vizinho com a mesma qualidade e mais barato. O investidor não investe em empresa que perde lucro. Falamos sempre em responsabilidade social, mas será que a exercitamos? Será que as empresas são realmente as maiores responsáveis pelo caos econômico e ambiental sofrido pelo mundo? Apesar de todo o posicionamento acima exposto, temos nossas dúvidas.

Tem se discutido o tema responsabilidade social de forma pouco eficaz, muitas idéias são lançadas, poucas efetivamente realizadas, mas intrinsecamente tudo não passa de interesse. As empresas descobriram que podem ganhar admiração dos consumidores e investidores se vincularem a idéia de que são socialmente responsáveis. Afirma Robert Reich:

A maioria das iniciativas nessa área é bem intencionada. Boa parte é sincera. Algumas exercem impacto positivo. Mas quase tudo ocorreu fora do processo democrático. Quase nada mudou nas regras do jogo. Encarar a tendência como nova forma de capitalismo democrático é não compreender a lógica do supercapitalismo. Também é desviar a atenção da tarefa mais difícil, porém, mais importante, de definir novas regras que projetam e promovam o bem comum e evitem que o supercapitalismo domine a política. (REICH, 2007, p. 172).

Reich tem uma visão muito severa a respeito da responsabilidade social das empresas. Para ele as empresas foram criadas para lucrar, os consumidores para consumir e os investidores para investir, as ONGs que estão aí para fazer ação de caridade.

conforme podemos aferir de trecho extraído da entrevista revista época circulada em outubro de 2007:

A responsabilidade social é uma questão de relações públicas. As empresas não foram criadas para ser instituições de caridade. E, hoje, elas têm menos condições ainda de desempenhar esse papel. Vivem numa competição tão acirrada que não podem sacrificar os ganhos de seus acionistas ou deixar de oferecer bons negócios para os consumidores em nome de algum benefício social. É ilógico fazer isso. Cria a falsa impressão de que as empresas são pessoas, com uma preocupação moral. As empresas não são pessoas. Nem instituições morais da sociedade. São pedaços de papel, acordos contratuais. O objetivo das empresas é jogar o jogo econômico da forma mais agressiva possível. (ÉPOCA, 2007).

Não combina com a nossa cultura sermos assim tão rudes, acreditamos que as empresas, consumidores e acionistas tem que fazer os seus respectivos papéis, mas deverão fazer de forma responsável, de modo que possam também visar o bem comum. Entretanto, nenhum deles pode desenvolver o papel social da forma que estamos propondo se o Estado não fizer também a sua parte. Este deverá colocar todos em pé de igualdade para que exerçam a sua livre iniciativa de forma responsável. Abordaremos esse assunto com maiores detalhes no próximo capítulo.

Precisamos aproveitar o momento para refletirmos acerca dos métodos que poderemos utilizar para unir a perseguição ao lucro e a responsabilidade social. Não podemos mais admitir visões excêntricas e egoístas. O Estado deverá intervir nessa relação para que possa propiciar para essas empresas nível de competitividade com as demais. Não estamos sozinhos, não vivemos sozinhos, por isso, temos que olhar para os lados, para frente ou para onde tiver gente, caso contrário, estaremos pondo em risco a nossa própria existência.

Ricardo Voltolini, publisher da revista Ideia Socioambiental e diretor da consultoria Idéia Sustentável, em pesquisa realizada com analistas acerca da atual crise econômica financeira, afirma que:

[...] Como todas as crises, esta também vai passar. E ao seu final, restarão mais fortes as que compreenderam um dos recados mais óbvios deste início de milênio: acionistas, investidores, funcionários, fornecedores, comunidades e clientes vão valorizar crescentemente os princípios éticos da sustentabilidade - simplesmente porque isso é o certo a se fazer - e desejarão cada vez mais se relacionar com empresas que conjugam bons resultados econômico-financeiros com justiça social e conservação ambiental. Ainda que, no momento, estejam mais preocupados com o esfriamento da economia do que com o aquecimento global, esses públicos saberão recompensar mais tarde as que mantiveram seus compromissos sustentáveis mesmo quando o contexto se apresentava desfavorável. (VOLTOLINI, 2009, p. 8).

Refletiremos a seguir sobre o papel Estado perante a sociedade e investigaremos os meios que este poderá se utilizar para sanar a problemática posta em questão.

3 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO

O preâmbulo da nossa Constituição Federal anuncia os parâmetros que deverão ser seguidos pelo Estado no exercício da sua função de regular a sociedade:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

Formamos um Estado Democrático de Direito, o qual deverá refletir a valorização humana e garantir ao povo os direitos fundamentais a ele inerentes. Democracia esta que vai além do

exercício do sufrágio universal, por meio do qual escolhemos nossos representantes. Democracia que deveria se exprimir cotidianamente, levando o cidadão a revelar sua vontade na administração da nação.

Falar em Função Social do Estado deveria ser um tema de fácil compreensão e de claros conceitos, se o Estado tomasse para si o papel determinado nas nossas normas programáticas. Todavia, isso é o que mais se distancia atualmente.

Os nossos governantes perderam suas forças, seja porque transmitiram a outrem ou porque foram tomadas pelas empresas para que, com a utilização de lobbies, passasse à sociedade uma idéia de entidades socialmente responsáveis.

Com o crescimento da população e de suas necessidades o Estado se viu impotente em financiar as políticas públicas para o desenvolvimento social e o crescimento equilibrado. Foi então que os governantes perceberam que ao se incumbir dessas responsabilidades e não as executando estariam perdendo a admiração da população, que, nas próximas eleições, votaria em outros representantes que tivessem a mesma proposta e que, por conseqüência, não iriam executar pelo motivo anterior, assegurando quatro anos, até que viesse outras eleições e o ciclo se repetisse.

Para assegurar seus cargos políticos os governantes transferiram para a iniciativa privada essas atribuições, pois passariam o ônus da responsabilidade para estas e não se comprometiam com a população. Porém, como todo remédio, temos também seus efeitos colaterais. As empresas ficaram mais fortes sob o domínio político.

Isso explica, por que razão as empresas aceitaram expandir seus fins com a produção de atividades que a priori era do Estado, dividindo espaço com a busca pelos lucros. Elas ganharam espaço na política, ganharam admiração da população, ganharam poder de decisão.

Como um anúncio de fragilidade, os governantes se ligam às empresas para conseguir a eleição. O financiamento de grandes

campanhas políticas levou os políticos a perder seu poder de decisão. Aí podemos enxergar a Função Social do Estado se comprometendo e perdendo sua "intocabilidade", pois, deixa de ser absoluta para ser executada até o limite dos interesses das empresas. Agora quem dita as regras do jogo são as grandes empresas, as financiadoras de grandes campanhas. O Estado perdeu relativamente suas forças.

Assevera Robert Reich ao falar dos países que enfrentam os efeitos colaterais de uma democracia dominada pelo poder das grandes empresas:

Muitos desses Estados são democracia apenas de nome, pois são vítimas dos mesmos problemas que debilitaram a democracia americana nos últimos anos, apenas com maior intensidade – corrupção endêmica, domínio da política por uma pequena elite ou império do partido único. Nenhum desses países está enfrentando de maneira eficaz os efeitos colaterais adversos do supercapitalismo. (REICH, 2007, p. 8).

O que as empresas estão fazendo não se destaca pela insensibilidade brutal nem pela ganância impiedosa. Estão agindo conforme se espera delas, oferecendo bons negócios aos clientes e, portanto, maximizando o retorno para os investidores. Como os jogadores de qualquer jogo, estão fazendo o possível para vencer.

O Estado é que, como proprietário do papel, deve chamar para si as responsabilidades de ditar as regras do jogo e deixar as empresas em condições de competitividade. O jogo precisa de novas regras, o povo precisa de governantes desprendidos de opiniões estranhas ao poder público.

Para mudar o jogo o Estado deve começar a elaborar nova legislação, facilitando a sindicalização para todos os trabalhadores, obrigando as grandes empresas a oferecer aos empregados seguro de vida e fundos de pensão e estabelecer normas de zoneamento protegendo os comerciantes independentes contra a competição predatória das grandes redes. Poderia, ainda, aumentar o salário mínimo para garantir a todos os trabalhadores padrão de vida realmente digno. Com essas medidas, provavelmente levaria as

grandes empresas a elevar seus preços e reduzir o retorno para os investidores.

Acreditamos que com essas políticas as empresas executariam de forma competitiva a sua função e os governantes exerceriam com imparcialidade suas atribuições. Pode até ser uma realidade distante, mas se assumirmos o nosso papel de cidadãos, exercendo a democracia como devemos, certamente iremos dá um desfecho melhor para a história da humanidade.

Não estamos aqui levantando a bandeira do Estado máximo, tampouco criticando as formas de livre iniciativa das empresas, queremos como cidadãos escolher os rumos da nação, fortalecer a democracia e valorizar a pessoa humana. Para isso, teríamos que ter um Estado que igualasse os direitos e deveres das empresas, a fim de proporcionar uma justa concorrência. Via de consequência, teríamos consumidores "sustentáveis" e investidores socialmente responsáveis.

Após termos analisado a função social das empresas e do Estado, iremos nos debruçar na análise da atual conjuntura econômica. Como restará a responsabilidade social atribuída pela empresa nesse período de crise econômica? Qual o papel do Estado em tempos de crise, onde ele deve intervir?

4 CRISE FINANCEIRA versus RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

Em setembro de 2008, começou nos Estados Unidos uma crise econômica fundada na distribuição de grandes créditos, cujos efeitos comprometem as bases do sistema capitalista, que se dizia estruturado e sólido. Os financiamentos em longo prazo, a idéia de poder de consumo, o consumo desregulado e as transações com dinheiros eletrônicos fizeram com que a dívida dos consumidores e empresários aumentasse ao ponto de não ter crédito para quitá-las.

Com isso, importantes empresas do mercado internacional entraram num processo de recessão anunciando medidas nunca imaginadas para empresas tão firmes, dentre elas o encerramento de suas atividades.

A falta de transparência dessas empresas com seus investidores, trabalhadores e com o próprio Estado fizeram crer que o sistema estava em perfeito controle. Quando perceberam que o nível de inadimplência estava comprometendo seus ativos e que o mercado estava se desfazendo em efeito dominó, ficaram todos perdidos. Os trabalhadores (agora desempregados), os investidores (sem suas economias), o Estado (tendo que financiar todos os prejuízos causados, face à insolvência das empresas).

Agora em tempos de recessão econômica qual o discurso das empresas que se diziam socialmente responsáveis? Muitos criticam suas atitudes por serem, às vezes, "desonestas e imorais". Mas será que realmente são? Qualquer um de nós que estivéssemos passando por dificuldade e estivéssemos sendo financiado por investidores que acreditam na nossa solidez ficaria receoso em dizer que estamos passando por dificuldade, pois isso poderia resultar a retirada do capital dos investidores mais moderados. Será que nessa situação permaneceríamos com um quadro de pessoal grande e sem necessidade só para levantar a bandeira da responsabilidade social? Claro que não. Esse não é o papel da empresa.

O capitalismo é um sistema muito feroz e audacioso deixar para as empresas o dever de ser socialmente responsável é meio como um contra-senso. Se sua função é aumentar os lucros, deverá fazer com todos os meios permitidos para o crescimento. Qualquer um de nós faria o mesmo. Se fossemos obrigados a agir diferente, faríamos tudo diferente visando o crescimento dos lucros dentro dos limites impostos. Usaremos todas as ferramentas que podemos usar e se não pudermos usar todas, usaremos as permitidas. Simples!

Mas agora a moda é culpar as empresas pelos atos desastrosos do capitalismo e da crise econômica. E o Estado? Será que está fazendo a sua função? Será que se as regras do mercado financeiro estivessem bem definidas de acordo com os objetivos do Estado estaríamos passando essa crise econômica?

O Estado precisa ser mais incisivo, precisa se mostrar mais. Não estamos querendo a regressão ao século XX com o modelo soviético, estamos precisando repensar nos atos, sem

comprometer, todavia, a livre iniciativa, o mercado concorrencial e a globalização.

Alguns especialistas estudam quais seriam as atitudes que deveriam ser tomadas nesse momento para estabilizar o mercado sem comprometer o fim social. Jorge Luiz Souto Maior, professor da Universidade de São Paulo, diz que:

Para sairmos de uma efetiva crise de natureza econômica precisamos de um diálogo social, formulando, enfim, as bases para um autêntico pacto social, que envolva os setores da produção, do trabalho e do consumo, gerenciado pelo Estado, e no qual se priorize a construção da justiça social. (MAIOR, 2009).

Valerie Jarrett, conselheira-sênior da Casa Branca, representante do presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, no 39º Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça, disse que é preciso que a confiança no sistema financeiro seja reconstruída, com base em transparência, respeito e responsabilidade. Disse, ainda, que precisamos ter regras fortes, simples, para proteger investidores e consumidores.

Pesquisadores céticos apostam no fim do sistema capitalista, outros otimistas preferem optar pelo surgimento de um capitalismo fortalecido e com outros conceitos. Adotamos o posicionamento otimista, pois acreditamos que estamos passando por dificuldades necessárias para evoluir na reflexão de todos.

Não acreditamos no fim do capitalismo, nem no ressurgimento do socialismo. Acreditamos em governantes verdadeiramente líderes, prontos para abraçar a causa social e levar ao nosso Congresso Nacional propostas de melhorias para a sociedade. Como cidadãos, devemos vigiar as grandes campanhas políticas em tempos de eleição, pois quem financia é quem manda. Não podemos ser ingênuos em acreditar em promessas infundadas, devemos exercer a democracia cotidianamente. Como investidores, precisamos ser mais presentes na administração das empresas, nos rumos que os administradores traçam para a companhia e

investir com senso socialmente responsável. Quanto as empresas essas continuarão trabalhando para o crescimento dos seus lucros com todos os meios que o Estado permitir, até que ele regule suas atividades ao ponto de colocá-las em pé de igualdade.

Segundo o economista e empresário Klaus Schwab, fundador e presidente do Fórum Econômico Mundial, o que está acontecendo agora é uma fase de transição. Ela deverá forjar um novo capitalismo.

Estamos vendo o nascimento de uma nova era, um chamado para repensar nossas instituições, nossos sistemas e, acima de tudo, nosso pensamento e nossas ações. Se olharmos esta crise como uma oportunidade de transformação, podemos criar as bases para um mundo mais estável, mais sustentável e mais próspero. (ÉPOCA, 2009).

Portanto, intercedemos que essa crise econômica fundada na ganância e no egoísmo para a construção de grandes lucros tenha um final feliz, com todos os seus participantes fortalecidos num pensamento sustentável.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi levantar alguns pontos acerca da responsabilidade social da empresa e do estado em face da crise econômica mundial.

Vimos que as empresas desempenham fielmente o papel que elas estão sujeitas no sistema capitalista e que seus atos estão diretamente ligados à sua perseguição pelos lucros e à satisfação de seus clientes e investidores. O objetivo das empresas é realmente movimentar o mercado financeiro e de alguma forma melhorar as condições de vida da sociedade.

Verificamos também que é papel do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária de forma a rematar as desigualdades sociais do povo. Atualmente esse papel vem sendo cumprido em conjunto com os entes privados, o que, na sua essência, seria algo de bastante valor para a sociedade. Entretanto, o que ocorreu foi

uma confusão de papéis, onde as empresas ficaram com o domínio do mercado determinando, de acordo com seus interesses, as necessidades da sociedade.

Quanto as demissões que vemos diariamente nas grandes empresas, para nós é extremamente normal. Não se trata de responsabilidade social, até por que, como vimos, responsabilidade social vai além dos interesses da empresa. As demissões em massa são facilmente aceitas quando nos colocamos no lado dos administradores das empresas, pois se não temos demanda, não temos dinheiro para cobrir os gastos com pessoal, digo, não temos pra que sustentar o gasto com pessoal se não tem trabalho suficiente. A história é triste, mas isso não é falta de responsabilidade social são medidas de urgência para superar as dificuldades.

Em fevereiro de 2009, a Embraer anunciou a demissão de 20% (vinte por cento) de seus funcionários e o presidente Lula noticiou sua indignação com os representantes da empresa dizendo que esta tinha recebido empréstimo do governo há alguns meses e que tem no seu capital 40% (quarenta por cento) de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Não estamos defendendo a atuação da Embraer, achamos que seus representantes poderiam ter conversado com o representante dos empregados para achar a melhor solução: diminuição da carga horária, férias coletivas e outras soluções que são encontradas em uma conversa. Mas nesse caso, temos um pouco de alarde desnecessário, pelo menos por enquanto. A empresa agiu realmente sem responsabilidade para chamar a atenção do governo.

Não cabe também ao Governo obrigar a empresa a ficar com os empregados sem precisar deles, auferindo gastos sem necessidade. Entretanto, o Governo poderia estudar um modo de intervenção para instigar o mercado interno e a comercialização de aeronaves, para, quem sabe, assegurar a tranquilidade da Embraer e de seus empregados.

Como podemos perceber, o Estado tem suas armas para intervir nos processos econômico-sociais e poderá fazer caso

queira. Porém, às vezes não é possível, pois quem ajudou os governantes a ganhar as eleições foram essas mesmas empresas, o que impossibilita os governantes de tomar decisões desfavoráveis ao interesse delas.

Devemos a partir de todos os conceitos aqui abordados tratar a responsabilidade social das empresas de maneira fática, sem aquele discurso do politicamente correto, que faz a empresa desenvolver atividades sociais para ganhar a confiança do cliente e dos investidores.

Por sua vez, clientes e investidores deverão tomar consciência dos seus atos, consumindo e investindo de forma sustentável, perdendo e ganhando proporcionalmente, todos da mesma forma regulados pelo Estado.

Isto posto, esperamos por uma reviravolta da economia mundial e que todos saiam fortalecidos para lutar por um mundo digno e humanamente igualitário.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

ECODEBATE. Empresa socialmente responsável? É uma farsa. Entrevista com Robert Reich. **Ecodebate**. Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2007/11/07/empresa-socialmente-responsavel-e-uma-far...> Acesso em :18 de mar. 2009

ÉPOCA. Como será o capitalismo que vai salvar o mundo da crise? **Revista eletrônica Época**. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT25437-15227-25437-3934,00.html>. Acesso em: 18 de mar. 2009.

GLOBO. **Metalúrgicos** vão recorrer ao TRT contra demissões na Embraer. Fev. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/02/20/metalurgicos-vaio-recorrer-ao-trt-co>. Acesso em: 18 mar. 2009

GOIS. Chico de. **Lula vai cobrar explicações de presidente da Embraer após demissões**. Fev. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/02/19/lula-vai-cobrar-explicacoes-de-pres...> Acesso em: 18 mar. 2009.

JOOMIA. Ação social é só relações públicas. **Movimento Nacional de Direitos Humanos-MNDH**. Disponível em: <http://www.mndh.org.br>. Acesso em: 18 mar. 2009.

KRUGMAN, Paul. Qual é o problema da Europa? **Diário do Comércio**. Mar. 2009. Disponível em: <http://www.dcomercio.com.br/ImpressaoMateria.aspx?materia=13044&canal=39>. Acesso em: 18 mar. 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Negociação coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. **Paraná Online**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/350139>. Acesso em: 18 mar. 2009.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial**, volume 1. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2009.

MANSUR, Alex. **Responsabilidade Social**. Edição: 73, Ano: 5. Disponível em: http://www.responsabilidadesocial.com/article/article_view.php?id=733. Acesso em: 18 mar. 2009.

NOVO, Aguinaldo. Embraer demite 20% de seus funcionários e culpa 'crise sem precedentes'. Lula quer explicações. **O Globo online**. Fev. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/02/19/embraer-demite-20-de-seus-funcion...> Acesso em: 18 mar. 2009.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem**

transformado os negócios, a democracia e o cotidiano.
Janeiro: Elsevier, 2008.

UECHI, Liane. Entendendo a crise econômica mundial. jan.
Disponível em: <http://neomundo.org.br/index.php?view=art&id=56%3Aeconomia-e-negocios&i...> Acesso em: 18 mar. 2009.

VOLTOLINI, Ricardo. Opinião – Crise Econômica e Sustentabilidade.
Jan. 2009. **Gazeta Mercantil**. Disponível em: http://investnews.net/GZM_Print.aspx?Parms=2308173,509
Acesso em: 09 mar. 2009.

O TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

THE LEGAL TREATMENT OF THE UNBORN CHILD AND ITS CONSEQUENCES IN THE CIVIL LIABILITY

Bianca Gabriela Cardoso Dias

Pós-Graduanda em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro
Universitário do Norte (UNINORTE).

Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em
Direito – CONPEDI.

Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

E-mail: biancagabi11@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO; 2.1 APONTAMENTOS SOBRE PERSONALIDADE JURÍDICA; 2.2 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A CONSIDERAÇÃO DO NASCITURO COMO PESSOA; 3 DA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS AO NASCITURO; 3.1 APONTAMENTOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL; 3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO NASCITURO; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 ABOUT THE CORPORATE ENTITY OF THE UNBORN CHILD; 2.1 NOTES ABOUT PERSONALITY IN LAW; 2.2. ABOUT THE BEGINNING OF THE CORPORATE ENTITY: THE CONSIDERATION OF THE UNBORN CHILD AS PERSON; 3 ABOUT THE RESPONSABILITY FOR DAMAGES TO THE UNBORN CHILD; 3.1 NOTES ABOUT THE CIVILIAN RESPONSIBILITY; 3.2 ABOUT THE RESPONSABILITY FOR DAMAGE TO THE UNBORN CHILD; 4 FINAL CONSIDERATIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: O Direito, a despeito de suas freqüentes transformações conceituais de conteúdo, em muitos aspectos apresenta problemáticas não expressamente por ele resolvidas por meio dos ditames legais. Como exemplo desse fenômeno temos a tutela jurídica do nascituro, tema que abrange discussões ferrenhas como a concepção de sua personalidade jurídica e os efeitos desta (ou da ausência desta) no tratamento normativo geral a ele dado. Apesar da habitual evolução experimentada pelo ordenamento jurídico, quando considerado em sua totalidade, a questão do nascituro ainda resta obscura, o que acaba por permitir diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema. Nesse diapasão, surgem questionamentos inquietantes face à realidade vivenciada pela sociedade, como a consideração do nascituro como pessoa para o sistema jurídico, a possibilidade de reparação por dano ilícito a ele causado, as conseqüências patrimoniais advindas do reconhecimento (ou não) de sua personalidade jurídica e etc. Com vistas a esclarecer o assunto, o presente estudo se lança no sentido de elucidar as citadas questões, buscando estabelecer uma discussão que contribua na obtenção do espírito da lei pertinente à polêmica em tela, sem o objetivo de exaurir o tema, mas objetivando abrir espaço para a discussão e levantamento de idéias, deixando, obviamente, a nossa contribuição doutrinária e acadêmica.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade jurídica. Responsabilidade. Dano.

Abstract: The Right, despite of its frequent conceptual transformations and content, in many aspects presents not express problematic for it decided by means of the legal ditames. As example of this phenomenon, we have the legal guardianship of the unborn child, subject that encloses quarrels as the conception of its corporate entity and the effect of this (or the absence of this) in the general normative treatment given it. Despite the habitual evolution tried for the legal system, when considered in its totality, the question of the unborn child still remains obscure, what it finishes for allowing diverse doctrinal positionings concerning the subject. In this way, questionings appear face to the reality lived for the society, as the consideration of the unborn child as person for the legal system, the possibility of repairing for illicit damage caused it to him, patrimonial consequences of the recognition (or not) of its corporate entity and etc. With sights to clarify the subject, the present study launches in the direction to elucidate the cited questions, searched to establish a quarrel that contributes in the attainment of the spirit of the pertinent law to the controversy in screen, without the objective of finishing the subject, but objectifying to open space for the quarrel and survey of ideas, leaving, obviously, our doctrinal and academic contribution.

Keywords: Unborn child. Personality. Damage.

1 INTRODUÇÃO

A questão que envolve a tutela jurídica do nascituro é matéria que ainda intriga o meio social, gerando reflexos nos meios social, político e jurídico. Quanto a este último aspecto, notamos que a

discussão não é recente; todavia, está-se longe de um consenso sobre a celeuma, situação que se evidencia ao aprofundarmos a pesquisa acerca do assunto. A definição do momento do início de sua personalidade jurídica gera discussões inflamadas no meio doutrinário, dadas a indefinição legal e a jurisprudência ainda incerta e destoante da realidade, como se demonstrará adiante. Teorias diversas e convergentes entre si buscam determinar ou eliminar a consideração do nascituro como pessoa, trazendo cada uma elementos diferenciados e fundamentações interessantes, que merecem estudo pormenorizado.

Todavia, a polêmica não cessa nesse ponto. O debate se perpetua quando o assunto passa a ser a responsabilidade civil relacionada ao nascituro. Quanto a essa última contenda, o que se pode observar é que, dependendo da posição que se adota quanto à personalidade jurídica do que ainda não nasceu, diferentes conseqüências se obtêm no campo da responsabilização daquele que ao nascituro gera dano. É a teoria que se adota pelo sistema jurídico pátrio que irá determinar por via reflexa as conseqüências da teoria da responsabilidade civil no trato normativo do nascituro.

Passemos à análise das questões propostas.

2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 Apontamentos sobre Personalidade Jurídica

A personalidade jurídica do homem é justamente o reconhecimento deste como pessoa perante o Direito, passando a ser titular de prerrogativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Clóvis Beviláqua "[...] é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações" (BEVILÁQUA, *apud* RODRIGUES, 2003, p. 35). Nisso torna-se interessante a observação de outro grande autor, (RODRIGUES, *idem*), quando leciona:

Isso nem sempre ocorreu, pois, nos regimes em que floresce a escravidão, o escravo, em vez de sujeito, é objeto de direito. E em algumas legislações conheceu-se o instituto da morte civil. Mas, no

mundo moderno, e na quase-totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos. A isso se chama *personalidade*

O Código Civil, em seu art. 1º, expressamente prevê essa conceituação, quando normatiza: “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. Analisando o disposto no referido artigo, perceberemos que a personalidade traz em si a capacidade para exercer direitos e contrair obrigações. Todavia, a lei restringe a capacidade para certas pessoas devido às suas condições especiais, como a menoridade, a excepcionalidade mental, etc., com o objetivo de protegê-las das possíveis más conseqüências derivadas dessas mesmas condições.

Visto o conceito introdutório de personalidade jurídica, verifiquemos as teorias que se direcionam na explanação do início da mesma, incidindo diretamente sobre a questão do nascituro.

2.2 Do Início da Personalidade Jurídica: a consideração do Nascituro como Pessoa

A fim de iniciarmos a discussão, vejamos o art. 2º do Código Civil:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Segundo Chinelato (2001), baseada nos ensinamentos de Rubens Limonge França, ou seja, “*pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno*” (vale aqui mencionar a ressalva feita pela própria autora, segundo a qual esse conceito é para o nascituro considerado no útero materno, e não o *in vitro*, o que não excluiria a análise da personalidade civil deste o que, contudo, demanda pesquisa mais específica). Ao nascer, o nascituro perde a sua qualificação para tornar-se criança, já no mundo extra-uterino. A ele, pelo dispositivo legal já citado, resguardam-se os direitos pela ordem jurídica concedidos.

A par disso, não podemos deixar de comentar a evolução técnica das Ciências Biológicas e Médicas no sentido de aprofundar o conceito do que se concebe por nascituro. Modernamente, os avanços tecnológicos observados em especial na Engenharia Genética nos permitem um olhar mais individual ao nascituro. Este cada vez mais passa a ser visto como um ser singular, distinto da mãe, deixando de ser parte do corpo desta e passando a ser considerado em sua particularidade corporal. Assim sendo, a concepção romana de nascituro, segundo a qual *portio mulieris vel viscerum*¹, foi sendo cada dia mais subtraída do entendimento técnico atual. Além disso, a rejeição de crianças nascidas com deficiências, antes consideradas aberrações e monstruosidades, chegando a serem assassinadas pelos seus próprios familiares por não serem tidas como pessoas, é completamente rechaçada. O tratamento do embrião como coisa, ignorando a discussão sobre sua personalidade, visualizado especialmente para a realização de pesquisa de clonagem, também é objeto de polêmica, no entanto, quanto a isto, nos limitaremos a expor o pensamento de Godinho (2006), quando explica:

No decorrer destas linhas, as expressões *nascituro*, *embrião* e *feto* serão utilizadas com notável frequência. A lei brasileira não define o exato alcance desses termos, que servem para designar genericamente o ser que ainda está por nascer. O *embrião* representa o produto da concepção durante as oito primeiras semanas. Assim, ocorrida a fecundação, o ovo se fixa no útero, e pelas próximas oito semanas de gestação recebe a denominação de embrião, sendo inteiramente dependente da mãe. O termo *pré-embrião*, que passou também a ser utilizado no meio científico, designa o ovo fecundado durante as duas primeiras semanas, isto é, antes de sua implantação no útero. **A expressão merece críticas, pois além de carecer de qualquer fundamento científico, contribui para a “coisificação” do ser humano, já que o que se pretende é possibilitar a utilização do ser nesta fase da gestação para pesquisas e até mesmo para a clonagem de seres humanos. [...] O feto caracteriza-se por**

¹ Pela concepção romana, o nascituro nada mais era do que parte do corpo da mãe, podendo, por via de conseqüência, ser por ela disposto. O nascituro era componente das vísceras da mãe.

apresentar uma morfologia reconhecível e órgãos já formados. (grifo nosso)

Dada essa mudança relevante na consideração do nascituro, a doutrina e a jurisprudência, ao tratar do início de sua personalidade, restou dividida em três correntes distintas entre si, trazendo cada qual argumentos importantes no atendimento à problemática.

Em primeiro lugar, devemos observar a teoria denominada **natalista**. Segundo esta corrente, o nascituro não pode, em hipótese alguma, ser considerado pessoa para com o sistema jurídico. A personalidade jurídica só tem seu termo inicial com o nascimento com vida do embrião, só podendo se falar em direitos quando este evento ocorre. Atualmente, essa teoria não possui uso jurídico-normativo, vez que as legislações civis evoluíram no sentido de garantir ao nascituro relevantes prerrogativas de direito, descartando a possibilidade de ser ele excluído da proteção legal, como defende a mesma.

Em segundo lugar, devemos citar a teoria **condicional**. Denominada por alguns erroneamente como concepcionista (esta é a terceira teoria), essa corrente destina-se a aceitar a personalidade do nascituro a partir da sua efetiva concepção no ventre materno, mas sob uma condição: o nascimento com vida. Nas palavras de Godinho (*idem*):

Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, reconhecem a personalidade desde a concepção, embora a condicionem ao nascimento com vida. O nascituro seria considerado um ser humano "potencial"; a sua autonomia, por isso, não seria humana, mas embrionária.

Percebe-se na doutrina e na jurisprudência uma maior tendência à filiação a esta vertente.

Por fim, citemos a teoria **concepcionista** propriamente dita. Consubstanciada no pensamento mais moderno a respeito do assunto, os seus defensores pregam a personalidade jurídica em si desde a concepção, incondicionalmente. Para eles, o nascimento com vida não seria o evento apto a conceder personalidade jurídica,

pois isto já ocorreu com a concepção. A única condição observada nesse caso é para a concretização de certos direitos patrimoniais, que por ele só podem ser usufruídos com o nascimento com vida. Essa condição é resolutiva, ou seja, são plenas, mas se resolvem com o nascimento *sem vida* do embrião. Chinelato (*idem*) explica bem o assunto, quando expõe:

A personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas determinados efeitos de certos direitos, notadamente dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente* condicionada ao nascimento *sem vida*. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve entender-se como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento *sem vida*.

Em suma, o nascituro não possui mera expectativa de direitos, mas estes de direitos no ordenamento vigente, situação que só se excepciona quanto aos direitos patrimoniais, que se colocam sob suspensão meramente resolutiva.

Expostas as teorias acerca do assunto, passemos a interpretar o Código Civil à luz dessas concepções.

À primeira vista, ao visualizarmos o exposto no art. 2º do *Codex*, a teoria condicional nos seduz mais e aparenta ser a mais condizente com a vontade do legislador quando elaborou a referida norma. Essa é a razão pela qual a jurisprudência se apega mais a essa corrente doutrinária, gerando a adesão de vários autores. A esse respeito, vislumbra-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARA DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMÃO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JÁ NASCIDO.²

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Expectativa de direito de nascituro. Re 99038 / Mg – Minas Gerais. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Francisco Rezek. DJ 05-10-1984 PP-16432. Brasília, DF

No entanto, essa primeira impressão não deve desviar a atenção de uma verdadeira exegese jurídica. Essa interpretação, muito embora seja atraente, é obtida quando se analisa o artigo isoladamente, sem integrá-lo com os demais dispositivos do sistema normativo. Tal iniciativa, no entanto, traz sérios riscos ao desvender do espírito da lei, podendo haver contradição com outros institutos jurídicos. Daí a importância de uma interpretação sistemática das regras legais.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos (PEDRA, 2003).

Dito isto, observe-se que a Constituição Federal, em seu corpo, ao esculpir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, impõe ao legislador (seja constituinte originário ou infralegal) a obrigação de se respeitar a pessoa sobre qualquer outro argumento, seja por parte do Estado, seja por parte de outro indivíduo ou da sociedade. A pessoa recebe, assim, proteção especial, sendo vedado que lhe seja infligido tratamento considerado desumano e imposta a viabilização do seu pleno desenvolvimento, sendo também proibida qualquer tentativa de condicionar o exercício dos direitos da personalidade, que deve ter exercício viável de pleno direito, conforme diz Santos (2001).

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicum fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática".

Nesse sentido, não se pode admitir, principalmente com os estudos mais modernos da Ciência, que se afaste a consideração do

nascituro como pessoa. Se assim se proceder, estar-se-ia admitindo que o mesmo é mero componente do corpo da mãe, pregando a sua existência como coisa. Tal visão é completamente destoante do princípio da dignidade humana. Nesse diapasão, consideramos imprescindível a opinião de Godinho (*idem*), abaixo transcrita:

Ademais, a atribuição ao legislador da prerrogativa de determinar quais seres humanos são dotados de personalidade, retirando do nascituro essa qualidade, configuraria perigosa insegurança e manifesta arbitrariedade. Afinal, levando-se a idéia às últimas conseqüências, estar-se-ia a admitir que, se cabe à lei definir quem é pessoa, poderia também a lei extrair essa condição de alguns indivíduos. Com isso, algumas das práticas, mais aberrantes que a história cuida de narrar – os massacres de seres humanos supostamente "inferiores" sequer precisam ser aqui repisados – encontrariam amparo no ordenamento jurídico brasileiro, que se tornaria um meio de legitimação de atos discriminatórios e de condutas que o Direito, com toda a veemência, deve censurar e punir. A vida humana, e o ser humano, não são e nem podem ser construções lingüísticas ou sociais, mas verdades sobre as quais se assenta toda a construção jurídica.

Assim, admite-se que o legislador não conceda ao nascituro a capacidade jurídica, dada a sua condição de excepcional dependência e necessidade, mas a ausência de personalidade do mesmo não pode ser aceita. Muito embora o art. 2º do Código Civil, em sua primeira parte (*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*) pareça não dispor desse modo, a harmonização com o ordenamento jurídico como um todo (abrangendo normas, princípios; Constituição, Códigos, etc.) e com a própria segunda parte do mesmo (*... mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*) só é possível se considerarmos vigente a teoria concepcionista.

Confirma esse entendimento a tutela jurídica do nascituro em outros ramos do Direito que não somente o Civil, como o Penal (tipifica como crime as condutas de aborto e infanticídio, em evidente tentativa de proteção da pessoa humana, principalmente ao verificarmos que se insere no Título "Dos Crimes contra a

Pessoa”), além da “... ação de posse em nome do nascituro, medida cautelar acolhida pelo Código de Processo Civil (arts 877 e 878); a configuração do nascituro como sujeito passivo do imposto de transmissão *inter vivos*, na doação, e da causa mortis, na herança.” (CHINELATO, *idem*). O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao assegurar em seu art. 8º o atendimento pré e perinatal à gestante pelo Sistema Único de Saúde reconhece isso, já que essa proteção não é voltada diretamente à mãe, mas sim ao ser humano que nela é gerado.

Demonstrada nossa posição acerca da celeuma do início da personalidade, façamos uma análise dos efeitos que a mesma causa na responsabilidade civil por danos ao nascituro.

3 DA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS AO NASCITURO

3.1 Apontamentos sobre Responsabilidade Civil

Sobre a responsabilidade civil, consideremos a lição de RODRIGUES (*apud* ARALDI, 2006), quando ensina que ela é “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. Nesse sentido, podemos dizer que a responsabilidade civil é o instituto que se destina à afirmação do dever que alguém possui de responder pelas conseqüências que evento causado por si ocasione (ou por outrem que a lei determine). Nesse diapasão, a responsabilidade civil se destina a efetuar reparo ao prejuízo experimentado pela vítima, concedendo-lhe também uma satisfação; de punir o agente causador do dano; e de conscientizar a sociedade de que o comportamento ilícito danoso é desprezado pelo Direito.

A Constituição sacramentou esse entendimento, inserindo em seu corpo a menção ao dano moral, que antes gerava controvérsia na doutrina. Vejamos o seu art. 5º, inciso X:

(...)

são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na mesma esteira, o Código Civil vigente:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Reconhecido juridicamente o instituto em tela, passemos aos seus elementos constitutivos. Para que seja configurado o dever de indenizar vítima de dano, tais elementos são imprescindíveis; são eles: a conduta, a relação de causalidade, o dano e culpa.

Culpa é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar (VENOSA, 2005, p. 33). Consubstancia-se na efetiva quebra do dever de cuidado, no desprezo do agente pelas conseqüências que essa inobservância pode causar a outrem. Em sentido estrito, é visualizada por meio da negligência (omissão por desatenção, descuido), imprudência (ação caracterizada pela afobação, o indivíduo age com pressa e acaba por precipitar-se em conduta danosa) e imperícia (nesta, resta evidenciada inabilidade no ofício exercido pelo agente). Em sentido amplo, por sua vez, é denominada dolo, onde o agente age deliberada e intencionalmente de forma ilícita, incorrendo em manifesta má-fé. A culpa na responsabilidade civil abrange ambas as manifestações. Todavia, é importante ressaltar que a lei, em alguns casos, dispensa a sua ocorrência: são as hipóteses de responsabilidade objetiva. Todavia, entendemos ser a responsabilidade civil por dano ao nascituro *subjetiva*, uma vez que a lei não traz qualquer excepcionalidade a esse respeito.

O **dano** é entendido como o efetivo prejuízo experimentado pela vítima. Um bem seu tutelado pelo sistema jurídico (vida, patrimônio, liberdade, integridade física e moral, etc.) tem seu pleno exercício violado, trazendo-lhe alguma perda. Como já se viu, a Constituição Federal dirimiu qualquer dúvida que porventura ainda pudesse existir sobre o dano moral, tornando este plenamente possível. Sendo reconhecido o dever de reparação pelo Poder Judiciário, é o dano que servirá de medida para fixação do *quantum indenizatório*.

Por sua vez, a **conduta** pode ser entendida como o procedimento empreendido pelo agente para se chegar àquele prejuízo. Daí inferimos que **nexo causal** é a ligação entre essa conduta e o dano efetuado.

Pinceladas essas breves considerações acerca da teoria da responsabilidade civil, passemos à possibilidade de sua aplicação sobre o nascituro, enquanto eventual vítima de dano e titular de reparação.

3.2 Da Responsabilidade Civil por Dano ao Nascituro

A questão da responsabilidade civil aplicada ao nascituro é ainda tema pouco observado na Jurisprudência, seja considerando-o sujeito hábil a receber indenização, seja equiparando sua morte ao falecimento de pessoa já nascida, para efeitos de reparação civil à sua família.

Quanto a esta situação disposta acima, Silmara Chinelato nos aponta importante observação. Para ela, ao não se conceder indenização à família do nascituro morto por alguma conduta ilícita, está-se realizando verdadeira inversão de valores e princípios jurídicos, já que se deixa de valorizar a vida humana sob a alegação de que nascituro não é pessoa e, de outra sorte, indeniza danos considerados morais e materiais por morte de animais. Além disso, outra situação esdrúxula que se poderia observar desconsiderando a personalidade jurídica do nascituro é o caso de um medicamento ser ministrado de maneira incorreta à gestante e, em consequência disso, vir o feto a adquirir lesões físicas alarmantes ainda dentro do ventre materno. Se a teoria natalista for adotada, o nascituro não teria direito algum a indenização pelas lesões sofridas, e o que se poderia obter é a indenização pela integridade física da mãe, o que certamente geraria indenização bem menor e destoante do efetivo prejuízo à vida humana que foi levado a termo. De igual modo, se o feto for natimorto, a indenização seria muito menor do que se considerasse a morte de uma pessoa. Reforçando a idéia, leia-se interessante notícia veiculada no *Correio Brasiliense*³:

³ Feto terá indenização por tortura na ditadura. In: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Por ter sido considerado torturado durante o regime militar, ainda na barriga da mãe, João Carlos de Almeida Grabois, filho da ex-guerrilheira Criméia Grabois, pode ser indenizado, na próxima terça-feira, no valor máximo R\$ 39 mil a ser pago pela Comissão de Ex-Presos Políticos de São Paulo. Em 2004, a comissão já havia reconhecido o feto como preso político e vítima dos torturadores. Grávida de sete meses quando foi presa e levada para o DOI-Codi, Criméia foi torturada com choques e espancamento. O bebê nasceu com afundamento no peito, segundo a família. "Ele foi perseguido antes de nascer. Pagou pela trajetória política do avô, da mãe e do pai, que tinham o sobrenome Grabois", disse a tia de João Carlos, Amélia Telles. João Carlos recorreu da primeira sentença, que determinava o valor mínimo para este tipo de indenização, que é de R\$ 22 mil.

Dessa forma, não se pode olvidar da reparação por danos efetuados ao nascituro, quando os elementos da responsabilidade civil vistos acima se mostrarem presentes, sob pena de se comprometer todo o sistema jurídico no que tange não só à responsabilidade civil, mas aos princípios norteadores do Direito. Nesse diapasão, o reparo efetuado seria o mesmo quando comparado àquele realizado para com filho nascido vivo, uma vez que, como já defendido aqui, nascituro é pessoa e, portanto, é tutelado pelo ordenamento jurídico.

De igual modo deve ser considerado o dano moral ao nascituro. Em sendo pessoa, naturalmente é titular do direito à integridade moral, psíquica, social, etc., em toda a sua extensão. Como exemplo disso, Yussef Cahali⁴ leciona:

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo,

⁴ In *Dano Moral*, RT, 2a ed., n. 4.84, p.162. In Recurso Especial Nº 399.028 - SP (2001/0147319-0). Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 26/02/2002

esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado.

Por fim, apesar de ainda haver polêmica cercado o assunto, já se conferiu ao nascituro inclusive direito a alimentos. Poder-se-ia alegar que não é possível fornecer alimentos a um feto, e sim à mãe; contudo, sendo o feto pessoa, tem seu próprio direito à integridade física, sendo esta considerada distintamente para efeitos jurídicos, observado o avanço da Medicina a respeito.

Finalmente, traremos à baila dois julgados a respeito, demonstrando que a postura dos Tribunais, apesar de certa resistência, começa a inclinar-se no sentido de aceitar a responsabilidade civil para com o nascituro e, conseqüentemente, à consideração da teoria concepcionista da personalidade jurídica. Veja-se:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito a indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução

jurisdicional.⁵

E ainda:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte.⁶

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade, como se sabe, é fruto de constantes evoluções. Por esse motivo, o Direito, regulador dos comportamentos nela efetuados, deve acompanhar essas transformações. No caso específico do nascituro, velhas concepções devem ser abandonadas e uma nova visão deve ser adotada. Com as novas ordens civil e constitucional, o tratamento daquele que ainda está por nascer como coisa se torna incompatível quando consideramos o sistema normativo como um todo. Uma interpretação isolada não pode mais ser levada a termo nos dias atuais, dada a dinâmica social que envolve a comunidade (tanto nacional como internacional), e a questão do nascituro é exemplo disso.

Diante disso, teorias que antes eram absolutas não podem mais ter razão de ser. O exegeta deve estar atento às transformações do meio social, e sua atividade interpretativa deve sempre levar isso em consideração, de tal sorte que direitos não sejam perdidos e

⁵ Recurso Especial Nº 399.028 - SP (2001/0147319-0). Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF. Relator: Ministro Sérgio de Figueiredo Teófilo, Julgado em: 25/02/2002

⁶ Agravo de Instrumento Nº 70006429096, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 13/08/2003

vidas não sejam desconsideradas. A desconsideração do nascituro como pessoa titular de direitos é por nós considerada uma afronta aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, em que pese ser este um fundamento da República Brasileira. Todo o conjunto de normas e princípios que compõem o Direito Brasileiro apontam para a proteção do nascituro e concessão a ele de todos os direitos de pessoa nascida (com exceção dos direitos patrimoniais, como foi demonstrado anteriormente).

Portanto, por tudo o que foi exposto do decorrer deste trabalho, filiamos-nos à corrente concepcionista da personalidade e reafirmamos a possibilidade de ser o nascituro titular de direito a indenização por dano a ele causado ilicitamente, sem vislumbrarmos com isso qualquer ofensa à teoria da responsabilidade civil. Ao contrário, visualizamos nisso uma forma de ver a vontade legislativa concretizada em seu espírito, além da efetivação do ideal de Justiça, hoje tão aclamado e incessantemente buscado.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. *O início e o fim da personalidade jurídica. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3898>>. Acesso em: 26 set. 2008.

ARALDI, Udelson Josue. *Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1070, 6 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em: 29 set. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União [Brasil] de 11.01.2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 29 set. 2008.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em 25 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 27 set. 2008.

CHAVES, João Freitas de Castro. **Responsabilidade Civil por Dano Causado ao nascituro: Possibilidades de Reparação no Direito Brasileiro**. In: "A priori", INTERNET. Disponível em <[a href=http://www.apriori.com.br/artigos/responsabilidade_civil_por_danos_nascituro.shtml](http://www.apriori.com.br/artigos/responsabilidade_civil_por_danos_nascituro.shtml)>. Acesso em 20 set. 2008.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela jurídica do nascituro**. 2001. Disponível em <<http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=100>>. Acesso em 26 set. 2008.

GODINHO, Adriano Marteleto **O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro**. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2265>. Acesso em: 24 set. 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>>. Acesso em: 27 set. 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 27 set. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV

PERSONALIDADE: CONCEITO E INÍCIO NA PERSPECTIVA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL-CIVILISTA

PERSONALITY: CONCEPT AND START IN VIEW OF THE CONSTITUTIONAL AND CIVIL DOCTRINE

João Luiz Pinheiro de Souza

Aluno do curso de Direito Universidade de Fortaleza

Bolsista da FUNCAP

E-mail: joaoluizpinheiro@edu.unifor.br

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
(UFPE).

Professora adjunto do Programa de Pós-Graduação stricto sensu
em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza
- UNIFOR, nas disciplinas "Direito de Personalidade" e "Política
Jurídica e "Responsabilidade Civil" .

Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará - UFC, nas
disciplinas Direito de Família e Sucessões.

E-mail: joyceane@unifor.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONCEITO
DE PERSONALIDADE JURÍDICA; 3 PERSONALI-
DADE PRÉ-NATAL; 4 O POSICIONAMENTO DA
DOCTRINA NACIONAL NO TOCANTE AO INÍCIO
DA PERSONALIDADE; 5 CONCLUSÃO; 6 REFE-
RÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CON-
CEPT OF PERSONALITY 3 PERSONALITY PRE-
VIOUS TO BIRTH; 4 PLACEMENT OF NATIONAL
DOCTRINE REGARDING THE START OF PER-
SONALITY; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: A personalidade, segundo o autor Gustavo Tepedino, pode ser considerada como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Os institutos da

personalidade e da capacidade jurídicas interpenetram-se, sem se confundirem com o bem da personalidade humana juridicamente relevante, na medida em que os valores jurídicos que aqueles institutos incorporam são reabsorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objeto da tutela geral referida. Portanto, pode-se extrair duas definições de personalidade: a personalidade jurídica formal, que corresponde à capacidade, e a personalidade jurídica material, que equivale à personalidade propriamente dita. Para o autor português Capelo de Souza, parece inegável a existência de vida humana no nascituro, pois ele defende que, desde a concepção, o nascituro emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, embora funcionando dependentemente da mãe. Francisco Férrer A.M determina que a vida humana não existe desde a concepção, mas apenas em uma data posterior a esse ato, aproximadamente 14 dias após a fecundação. O ser é denominado pré-embrião até o momento em que ocorre a nidação, fixação no útero materno. Para ele, antes desse processo existia apenas um aglomerado de células, sem individualidade. Jussara Meireles enumera três correntes: a natalista, a da personalidade condicional ou natalista mitigada e a verdadeiramente concepcionista. Para a doutrina natalista, o surgimento da personalidade ocorre do nascimento, com vida, afastando-se qualquer proteção ao nascituro ou ao embrião não implantado. Pela corrente da personalidade condicional, embora a personalidade somente surja do nascimento, com vida, os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção. Segundo a corrente verdadeiramente concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção. A doutrina nacional oscila entre essas três doutrinas com preponderância para a teoria da personalidade condicional. Um consenso sobre o início da personalidade jurídica dificilmente se estabelecerá na doutrina, pois essa discussão é pautada em correntes que possuem grande embasamento teórico. O STF apresenta-se como seguidor da Doutrina da personalidade condicional, ao julgar improcedente a ADIN sobre o art. 5º da lei 11 105.

Palavras-Chave: Personalidade. Nascituro. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: The personality, according to the author Gustavo Tepedino, can be considered as a set of characteristics and attributes of the human person, considered as the object of protection by the law. The institutes of legal personality and capacity interpenetrate is not confused with the human personality and of legally relevant, in that the legal values that embody those institutions are reabsorbed in the well's legal personality as a subject of general supervision said. Therefore, one can extract two definitions of personality: a formal legal personality, which is the capacity, and legal material, which is the personality itself. To the author Portuguese Capelo de Souza, it seems undeniable that there is life in the unborn child, he argues that, from conception, the child emerges as a being endowed with a structure and a dynamic human autonomous, but dependent on the working mother. Francisco AM Férrer determines that there is human life from conception, but only at a later date to this act, about 14 days after fertilization. The being is called pre-embryo at the moment in which the nidação, maternal attachment to the uterus. For him, before this process there was only a cluster of cells, without individuality. Jussara Meireles lists three currents: the birth rate, the personality of conditional or qualified and

truly natalis conception. For the doctrine natalis, the emergence of the personality of the birth occurs in life, away from any protection to the unborn child or embryo not implanted. The chain of conditional personality, although personality arises only from birth, with life, the rights of the unborn child is carried from the design. According to current conceptions really, the person starting from conception. The national literature varies between these three doctrines with preponderance to the theory of personality conditional. A consensus on the initiation of legal personality is difficult to establish the doctrine, as this discussion is based on chains that have great theoretical. The STF is presented as a follower of the doctrine of conditional personality, to dismiss the ADIN on art. 5 of Law 11 105.

Keywords: Personality. Unborn child. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O tema tratado é polêmico e o termo personalidade é polissêmico. O foco do artigo é a análise da personalidade jurídica do sujeito. Mas, nessa perspectiva, as abordagens são em diversas matizes, mesmo entre os juristas.

Por meio da personalidade, atributo essencial da pessoa, pode-se exercer direitos e contrair obrigações. Mas quem é a pessoa? Seria o próprio ser humano? O Estado tutela o ser humano de forma diferenciada de acordo com a fase de sua vida. O início da tutela estatal está certamente correlacionado ao marco da personalidade. Mas quando se dá esse momento? Essa discussão é embasada por muitos posicionamentos. A personalidade coincide com o momento da concepção ou se inicia apenas com o nascimento, com vida?

Para analisar essas questões sob a perspectiva da doutrina constitucional-civilista, o artigo faz uma pesquisa bibliográfica e nos instrumentos legislativos, dividindo-se em três partes. A primeira para o conceito jurídico de personalidade, que é explanado.

2 O CONCEITO JURÍDICO DE PERSONALIDADE

A personalidade, segundo o autor Gustavo Tepedino, pode ser considerada como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada

das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas disponíveis erga omnes.

É válido salientar que os institutos da personalidade e da capacidade jurídicas interpenetram-se, sem se confundirem, com o bem da personalidade humana juridicamente relevante, na medida em que os valores jurídicos que aqueles institutos incorporam são reabsorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objeto da tutela geral referida. Portanto, pode-se extrair duas definições de personalidade: a personalidade jurídica formal, que corresponde à capacidade, e a personalidade jurídica material, que equivale à personalidade propriamente dita.

Capelo de Sousa faz uma abordagem acerca do conceito de personalidade, navegando na doutrina das escolas clássicas da França e da Alemanha.

A orientação da doutrina francesa reconhece uma série bastante ampla de direitos isolados de personalidade, podendo ser exemplificada pelos seguintes autores:

Perreau considerava como direito primordial de personalidade o direito à individualidade, que seria complementado por outros uns relativos à personalidade física (direito à vida, à integridade do corpo, à saúde, à força muscular e à defesa da figuração da imagem) e outros relativos à personalidade moral (direitos à honra, à liberdade e ao trabalho intelectual). A esses direitos seriam acrescidos os direitos do indivíduo como membro de uma família (direitos relativos ao estado civil) e os direitos do indivíduo como membro da sociedade (direito a nacionalidade e direitos políticos). (SOUSA, 1995, p. 125).

Carbonnier qualifica os direitos da personalidade como atributos da pessoa física ou singular, ou seja, como prerrogativas pertencentes a toda pessoa humana por direitos de nascimento oponíveis no plano do direito privado aos outros homens. (SOUSA, 1995, p.128).

No ordenamento jurídico alemão é reconhecido um direito a existência de um direito geral de personalidade. Merece destaque o ensaio desenvolvido sobre o bem jurídico da personalidade pelo autor Heinrich Hubman, que situa como ponto de partida a personalidade num espaço ético, donde lhe retira o conceito, fundindo três elementos característicos:

Em primeiro lugar a dignidade humana, como elemento indicativo da posição predominante de todo e qualquer homem no universo, particularmente face aos outros animais, decorrente da comum estrutura espiritual presente em todos os homens e que habilita cada um deles a realizar uma dada tarefa de criar cultura, de realizar valores éticos e de se construir a si mesmo. Em segundo lugar, a individualidade, ou seja, a indivisível unidade e totalidade de cada indivíduo humano, fechada em si mesma, consigo mesma identificada e com um caráter próprio, que em parte é entregue a cada indivíduo humano pela natureza, traduzido na originalidade. O terceiro elemento seria a sua pessoalidade, isto é, a sua relacionabilidade enquanto pessoa. (SOUSA, 1995, p. 145)

Frente ao exposto, podemos concluir que a personalidade não pode ser desatrelada do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois é dela que decorrem os outros dois elementos listados por Hubman.

O referido princípio, segundo Ingo Wolfgang (p.49), é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece. O indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. Não há o direito à Dignidade, mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. Com isso, podemos concluir que a Dignidade da Pessoa Humana, não pode ser condicionada a nenhum outro princípio.

O autor português Paulo Otero, vai mais além e define que não é a personalidade jurídica que justifica o tratamento dado pelo direito ao ser humano, antes é a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o direito lhe reconheça personalidade

jurídica. Para Otero, a personalidade jurídica é uma consequência e não uma causa de intervenção do Direito na tutela do ser humano:

O Direito deve tutelar esse ser não pelo fato de ter personalidade jurídica. O valor primário superior e causal é o ser humano, garantindo-se a inviolabilidade da sua vida e o respeito pela sua dignidade, e nunca uma derivação ou consequência do momento do seu nascimento completo e com vida, isto é, a personalidade jurídica. (OTERO, 1999, p.34).

3 PERSONALIDADE PRÉ-NATAL

A tutela conferida pelo direito ao ser humano antes do nascimento, por meio do reconhecimento ao embrião da titularidade de direitos fundamentais, deverá, segundo Otero, justificar a imperatividade de o direito não fazer depender do nascimento, a aquisição de personalidade jurídica, transferindo-a para um momento anterior ao nascimento, fazendo coincidir o início da personalidade jurídica como o instante do início científico da vida. A tutela jurídico-constitucional da vida humana anterior ao nascimento permitirá fundar uma pretensão de reconhecimento de uma personalidade pré-natal.

A par do conceito de personalidade, partimos agora para a análise de quando ela se inicia. Para o autor português Capelo de Souza, parece inegável a existência de vida humana no nascituro, pois ele defende que, desde a concepção, o nascituro emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, embora funcionando dependentemente da mãe. Com isso, não só a nível de garantias constitucionais, mas também no âmbito das relações entre os particulares, dever-se-á considerar o ser do nascituro com um bem juridicamente protegido. Ele acrescenta, em contrapartida, que existem limites à personalidade do nascituro ao dizer que o concebido tem de suportar os riscos naturais e sociais corridos por sua mãe e os atos e riscos voluntários que esta assume de um modo não ilícito.

Na mesma linha que Sousa pode-se indicar Eduardo Sambrizzi, que alega que com o avanço da ciência chegou-se a certeza que a vida começa a partir da fecundação do óvulo feminino pelo espermatozóide, ao passo que se forma um novo código genético, pela união de 23 cromossomos paternos com 23 cromossomos maternos (singamia). Forma-se um novo ser com autonomia e identidade genética própria. O ser possui as potencialidades para nascer. Desde o instante em que cada ser humano passa a ter uma identidade genética própria, deve ele ser respeitado como pessoa gozando desde então da dignidade intrínseca que todo ser humano possui.

Seguindo linha diversa dos autores listados, podemos acrescentar Francisco Ferrer A.M., citado por Sambrizzi. Ele determina que a vida humana não existe desde a concepção, mas apenas em uma data posterior a esse ato, aproximadamente 14 dias após a fecundação. O ser é denominado pré-embrião até o momento em que ocorre a nidação, fixação no útero materno. Para ele, antes desse processo existia apenas um aglomerado de células, sem individualidade. Tal fato é comprovado pela existência de gêmeos univitelinos, pelo fato de o aglomerado de células poder gerar mais de um ser humano. (SAMBRIZZI, 2001, p.139) Os argumentos de Ferrer podem ser entendidos ao se levar em conta, que, antes da nidação não se tem a individualização do ser, pois no processo de formação dos gêmeos univitelinos, aquele grupo de células origina mais de um ser.

Os argumentos de Ferrer podem ser reforçados pela explanação da autora portuguesa Stela Marcos Barbas:

A nidação, fixação do embrião no útero materno, marca a presença da vida, uma vez que o nascituro tem a possibilidade de evoluir como um novo ser, o que não é possível com o óvulo fecundado *in vitro*, que não tem atualmente qualquer viabilidade de desenvolvimento fora do útero materno. Após a individualização é que se pode falar em pessoa. Praticamente até o final da segunda semana podem constituir gêmeos, e até o final da nidação é viável ocorrerem alterações constituídas pela fusão de dois zigotos ou dois embriões. A gestação se inicia com a fixação do ovo. (BARBAS, 2007, p.195)

O primeiro documento que se referiu ao conceito de pré-embrião foi o Informe Warnock, em 1984, onde se sustentou que poderia se falar de embrião apenas após a nidação, que ocorre cerca de quatorze dias após a fecundação, pois nenhum embrião sobrevive mais de quatorze dias estando fora do útero materno, a não ser que esteja congelado. Após esse período não seria possível manipulação do embrião.

4 O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA NACIONAL NO TOCANTE AO INÍCIO DA PERSONALIDADE

Jussara Meireles enumera três correntes: a natalista, a da personalidade condicional ou natalista mitigada e a verdadeiramente concepcionista. Para a doutrina natalista, o surgimento da personalidade ocorre do nascimento, com vida, afastando-se qualquer proteção ao nascituro ou ao embrião não implantado. Pela corrente da personalidade condicional, embora a personalidade somente surja do nascimento, com vida, os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção. Segundo a corrente verdadeiramente concepcionista, a personalidade começa a partir da concepção.

Com um livro publicado em 1936 aparece Virgílio Carvalho, adepto da teoria da personalidade condicional, argumentando que o nascimento com vida é condição sine qua para a atribuição da personalidade (p.82). Declarou ainda que desde a concepção a lei começa a ocupar-se dos direitos do nascituro (p.84).

Joaquim Aguiar, outro autor que é adepto desta teoria, argumenta com as seguintes palavras: "A gestação é mero pressuposto da personalidade. Esta como atributo da pessoa, permanece em potencial." (AGUIAR, 1974, P.72)

Para ele o nascituro possui direitos condicionais e nessa fase não se cogita a existência de personalidade.

Seguindo linha ideológica semelhante Eduardo Espínola (1977, p. 342) atribui ao nascituro uma expectativa de personalidade. Joaquim Ribas posiciona-se numa zona de penumbra, localizada entre as duas teorias, ao declarar:

Posto que seja necessário que o filho esteja completamente separado da mãe, para que comece a gozar de capacidade, considera-se contudo, como já nascido para o que é do seu interesse, desde o momento em que é concebido." (RIBAS, 1977, p.272-273)

Orlando Gomes resgata os argumentos de Joaquim Ribas. Ele determina que o nascituro não tem personalidade, mas, desde a concepção é como se tivesse (1998, p.143). Admite que ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, existe uma personalidade fictícia, artificial, presumida, que é a do nascituro. (1998, p. 143).

Gomes assim explica sua concepção: "Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu." (1998, p.143)

Clóvis Beviláqua em seu Comentário ao Código Civil define que personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. (1936, p.66) Posiciona-se a favor da Teoria concepcionista, defende, portanto, que a personalidade se remonta à concepção. (1936, p.172).

Beviláqua, para justificar a teoria concepcionista, apresenta os seguintes argumentos: "Quando, entre nós, havia pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez. Nesse caso não era sequer submetida a julgamento." (1980, p.75). Dessa passagem, podemos inferir, que essas medidas eram tomadas para tutelar os direitos do nascituro. "O feto no útero materno ainda não é homem, porém se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção" (BEVILÁQUA, 1980, p. 75).

A doutrina de Limongi França converge com a de Beviláqua. Ele defende que a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão somente para que se consolide a capacidade jurídica.

França ainda apresenta dois argumentos de matizes complementares:

Filosoficamente o nascituro é pessoa, porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. O embrião está para a criança, assim como a criança está para o adulto.

Juridicamente traz à tona o fato de não existir nação onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro. (FRANÇA, 1980, p. 143-144)

Pontes de Miranda, apresenta argumentos que podem embasar as duas teorias. Quando rema para os concepcionistas diz que:

Se a personalidade fosse atribuída desde a concepção, o nascimento sem vida teria de atuar como elemento de suporte fático novo, que entrasse no direito e cancelasse, ex tunc, a eficácia da personificação prematura. A vida, em si mesma, independente do nascimento, seria determinadora da personalidade. (MIRANDA, 1983, p. 171-172).

O nascituro, esse, já concebido, ainda não nasceu, porém o fato de já estar em formação, de já se ter de "esperar", obriga a técnica legislativa a incluí-lo em suportes fáticos de fatos jurídicos que irradiam direitos, pretensões, ações e exceções. (MIRANDA, p.1983: 178).

Quando se direciona aos natalistas declara que:

No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos. (MIRANDA, 1983, p.162)

Entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento, para se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. A personalidade começa quando o nascimento se consuma. (MIRANDA, 1983, p.162-163).

Arnoldo Wald (1995, p.120) considera que o nascituro não é sujeito de direito, mas merece proteção legal. Explica essa proteção dizendo que há no nascituro uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida.

Reforçando o posicionamento de Wald jurista Godoy Dower, ao interpretar o art. 4º do CC de 1916 (correspondente ao art. 2º do CC de 2002) se expressa da seguinte forma: "O nascituro

tem direitos, não simples expectativas. O exercício deles é que se subordina a uma condição suspensiva: o nascimento com vida." (1996, p.58)

Em outra passagem demonstrando sutil contradição escreve que o nascituro não tem personalidade, ou seja, não é pessoa sujeito de direitos e obrigações na ordem civil.

Washington Monteiro afirma que há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação (2000, p.61).

"O nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida." (MONTEIRO, 2000).

Sílvio Rodrigues (2003, p.36) não traz nada de inovador ao afirmar que a lei não concede personalidade ao nascituro, esta só lhe será conferida se nascer com vida.

Francisco Amaral (2003, p.224) simplifica a discussão ao distinguir a personalidade da capacidade, atribuindo a primeira ao nascituro.

"Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro." (AMARAL, 2003).

Venosa entende que a condição do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Para ele o feto possui direito eventual, que se encontra sob condição suspensiva (2006, p.127).

"O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. (VENOSA, 2006)."

Pablo Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.83) entendem que o nascituro, não sendo pessoa, possui mera expectativa de direito. Essa afirmação os coloca como defensores da teoria natalista plena.

“O recém-nascido adquire personalidade jurídica no instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiopulmonar.” (GAGLIANO, 2006).

Carlos Roberto Gonçalves (2006, p.79) é adepto da teoria natalista mitigada. Defende que antes do nascimento não há personalidade, porém, nascendo com vida, a existência do recém-nascido, no tocante aos seus direitos, retroage ao momento da concepção.

Maria Helena Diniz (2007, p.196-197) entende que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. A autora diferencia a personalidade jurídica formal da material:

Na vida intra-uterina, ou mesmo in-vitro, o nascituro tem personalidade jurídica formal, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113-114)

Maria Helena Diniz (2002, p.125-126) expõe os direitos e garantias que o nascituro pode vir a ter:

Não pode ser usado para fins lucrativos, pois na condição de ser humano, seu corpo é *res extra commercium*, insuscetível de constituir objeto de ato negocial.

O nascituro tem direito ao pai ou à paternidade certa; tem, em caso de fertilização assistida, direito à identidade; deve ter assegurado o direito à indenização por morte de seu pai pela dor de nunca tê-lo conhecido; tem direito a alimentos por uma adequada assistência pré-natal; consagrado está o direito à imagem do nascituro. Assim, se captada, utilizada ou publicada sem autorização de seus pais ou do curador do ventre, causando-lhe dano poderá pleitear uma indenização; poderá receber bens por doação (CC art. 542) ou por herança (CC art. 1798), mas o direito de propriedade somente se

incorporará em seu patrimônio se nascer com vida. (DINIZ, 2002).

Os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.

A autora portuguesa Stela Marcos Barbas, adepta da teoria concepcionista, desconstrói os argumentos da teoria natalista ao apresentar que a viabilidade do feto está intimamente dependente ao ambiente exterior em que está inserido. O feto permanece vivo fora do útero materno se tiver as condições indispensáveis. Em contrapartida, as modernas tecnologias permitem que esse período seja, cada vez mais, encurtado. Para os natalistas a atribuição do estatuto de pessoa ao ser humano está condicionada por esse prazo e uma vez que esse prazo vai variando consoante os progressos científicos, é de admitir que concessão da qualidade de pessoa seja algo em permanente instabilidade, pois cada vez mais é possível sobreviver prematuros mais novos. Isso traria a seguinte conclusão, que fere aos princípios da isonomia e da razoabilidade, pois uns só foram considerados pessoa com nove meses de gestação, ao passo que outros bastaram três meses para adquirir o tão procurado estatuto de pessoa. (p.185)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par das especulações filosóficas ou religiosas e até mesmo científicas acerca da natureza do embrião, não se tem resposta pacífica. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos de ascendência romano-germânica deferem proteção especial aos nascituros. Porém, as leis que tratam do tema, em geral, definindo o marco inicial da existência da pessoa, apontam que o nascituro surge da concepção. Quando era possível apenas a partenogênese natural, a questão não apresentava problema. No entanto, em razão do avanço da biomedicina, especialmente com a possibilidade de fecundação

in vitro e conservação do embrião por criocongelamento, criou-se uma confusão em torno da natureza jurídica do embrião. Teria o embrião excedentário a condição de nascituro? Quando começa a vida, a partir da fecundação (natural ou *in vitro*) ou da nidacão, com a fixação do embrião no endométrio? Qual o marco da proteção ao embrião? São questões que não encontram soluções uniformes. Há, como demonstrado uma pluralidade de correntes com respostas diferentes.

É certo que a personalidade jurídica surge, no momento em que a lei autoriza, e no Brasil, isto ocorre do nascimento, com vida. Mas não é menos certo que o sistema jurídico e assegura proteção ao nascituro. É pacífico entre os juscivilistas que estudam os direitos da personalidade, a ocorrência de uma personalidade na fase humana pré-natal. No entanto, a fertilização *in vitro* trouxe uma realidade diversificada que não tem tratamento adequado – o embrião excedentário.

No Direito pátrio, em que o Estado é laico, recentemente o STF (Supremo Tribunal Federal) ratificou a permissão às pesquisas com células-tronco embrionárias, por meio da Rejeição da ADIN - 3510, que incidia sobre o artigo 5º da lei 11 105 (Lei de biossegurança). Tal entendimento me fez compartilhar da idéia de que o Estado brasileiro acolheu a teoria da personalidade condicional, ou natalista mitigada, pois concede algumas prerrogativas ao embrião, mas não o equipara ao já nascido.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim. **Programa de Direito Civil: Introdução e parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Cargine, 1974.

ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. **O nascituro no código civil e nosso direito constituendo. O direito de família e a Constituição de 1988**. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p.41.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do Genoma humano**. Coimbra: Almadena S.A., 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1936.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

CARVALHO, Virgílio Antônio de. **Direito Civil: Parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.

CESARINO, Leticia. **Nas Fronteiras do "Humano": Os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Vol 13. N.2, Rio de Janeiro: Maná, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, 24ª ed.vol. I: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil**. 2ª ed. Vol I: Parte geral. São Paulo: Nelpa Edições, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

FRANÇA, Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, 8ª ed. Vol I : Parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª ed. Vol I: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, 4ª ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte geral. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RIBAS, Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 34ª ed. Vol I: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMBRIZZI, Eduardo A. **La procreación asistida y la manipulación del embrión humano**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

SOUSA, Rabindranath V. A.. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 6ª ed. Vol I: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil brasileiro: Introdução e Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

O PODER MODERADOR

THE ROYAL PREROGATIVE

Sérgio Borges Néry

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Advogado.

E-mail: sergiovonjunker@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 TEORIA DE UM PODER SUPERIOR; 3 A EVOLUÇÃO DO PODER SUPERIOR - LOCKE, CONSTANT; 4 PODER MODERADOR NO BRASIL; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 A SUPERIOR POWER THEORY; 3 THE EVOLUTION OF THE SUPERIOR POWER - LOCKE, CONSTANT; 4 THE ROYAL PREROGATIVE IN BRAZIL; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Este artigo procura fazer um desagravo à memória teórica do Poder Moderador, tratando de expor o pensamento de insígnies autores sobre o tema, de maneira a esclarecer a origem, os fundamentos e a aplicação concreta do instituto. Para tanto, lança mão de uma base teórica do poder superior, traça a sua evolução e remete ao Poder Moderador no Brasil. Por fim, conclui pela legitimidade de um poder superior se atendido o pressuposto de um regime monárquico.

Palavras-chave: Poder Moderador. Teoria e aplicação. Formas de governo.

Abstract: This article seeks to make a reparation to the theoretical memory of the Royal Prerogative, exposing some illustrious penmen thoughts concerning the subject, shedding light upon its origins, basements and concrete application. Therefore, lays hold of a superior power theoretical basis, delineate its evolution, and devotes to Royal Prerogative in Brazil. At the very end, concludes in favor of legitimacy of a superior power, presuming a monarchist regime.

Keywords: Royal Prerogative. Theory and application. Government conformmation.

1 INTRODUÇÃO

As lições de Ciência Política e de Teoria Geral do Estado geralmente apresentam o Poder Moderador como exemplo de despotismo e vilania, notadamente cuidando de expor que o Brasil foi a única nação a adotar a fórmula de divisão dos poderes. A carga ideológica contrária a um poder ascendente sobre os demais e posta, pelas mãos do Imperador, a serviço do povo jamais logrou obter o apreço da maioria dos publicistas. Entretanto, a emergência de uma instância cuja finalidade seja a pacificação dos ânimos dos demais poderes, bem como a manutenção de seu estado de letargia política até o momento que as dissensões ultrapassam o limite da harmoniosa estabilidade, são de imensurável préstimo à democracia e à moral coletiva de uma nação. Eis, pois, o móvel do presente artigo.

2 TEORIA DE UM PODER SUPERIOR

O poder, tido como capacidade para agir, não sugere maiores interesses de estudo, senão quando acompanha a etapa social de sua atuação. O senso comum revela que os esforços intelectuais dirigidos ao exame de um *Crusoé* serão tão inféteis quanto inúteis, dado que a ausência de semelhantes descortina um ser capaz de decisões, mas carente de coerção; esta última verificando-se apenas no momento em que submete algum de seus pares, e verdadeira nota da essência do poder, como se dá a conhecer.

O poder político, então, será o escopo de toda a perquirição útil à sociedade, como associação de homens voltados ao bem comum; e ao indivíduo, pelo apego à liberdade nutriz de sua existência.

A nação, como entidade diretamente gerada a partir de associações menos numerosas como a família, os clãs, as aldeias, etc., pode assumir as formas que a seus cidadãos bem convier, visto que a potestade repousa unicamente no povo que a constitui, diferentemente do que legou o mestre de Estagira (ARISTÓTELES, 1964, p. 1414). Desse modo, o imperativo da racionalidade indica que um povo livre não se deixará subjugar por uma força inferior

à sua, nem tampouco se domesticará a um Estado patrimonial de direito divino – *sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas* (BUENO, 1958, p. 25). Assim definido, não há falar-se em superioridade, apenas reduzir-se o discurso para a constatação de que a soberania é bem de toda a nação, inequívoca verificação de uma auto-vinculação própria e noção de corpo, fornecida pela inteligência moral coletiva.

Todavia, como *universia in re*, este ser soberano não dispõe de existência real, senão de uma idealidade que a impede de dar efeitos práticos às suas inclinações. Desse modo, urge a construção teórica de uma delegação a indivíduos que possam levar adiante as decisões do anteriormente corpo amorfo. Antes, porém, é necessária a diferenciação do instituto da delegação para outros afins, e.g. a representação.

A delegação é, como todas as demais características da soberania, domínio exclusivo da nação. Disto resulta que, originariamente, a nação é soberana, mas, por completa incapacidade de sua inanimada existência, requer delegados que atuem na trilha do bem comum. A delegação será, pois, o ato de uma nação, orientada pela razão e inteligência de sua existência, dirigida à cessão do seu poder a quem bem possa conduzir os seus mais altos destinos. Não ultrapassa, nesse tempo, a delegação, de mero instrumento translatício do poder ideal.

A representação, adverte-se, será temporalmente posterior à delegação, pois que não se concebe a investidura em poderes que ainda não deixaram a órbita exclusiva de seu dono. Assim, a representação será o serviço da delegação, porquanto descortina a designação do seu agente, agora mandatário. Com efeito, é de suma relevância o papel da representação política dentro da teoria do poder. Se a representação, em nosso tempo, vê-se assombrada pelos mecanismos mais sofisticados de comunicação – daí a inconteste possibilidade, em tese, de um governo eminentemente participativo – a representação não se fará enferma, visto que as solenidades que presidem aos atos públicos reclamam uma execução, o que impede, agora, a interveniência de todos os partícipes sob pena de instalar-se o caos.

Desta feita, a representação, por intermédio da delegação, expõe o caráter de depósito que a nação faz para o cumprimento dos seus melhores desígnios, sem a mácula de um traço de propriedade clandestina e usurpadora (BUENO, 1958, p. 26).

Bem posto, a forma de governo que a nação adotará será, em resumo, ou monárquica, ou republicana. Destes, aparenta a monarquia afigurar-se como a mais sublime expressão da majestade de um povo, porquanto expressão da máxima potestade e fiel representação desinteressada dos negócios públicos. Não apenas o regime monárquico há de ser mais excedente nas qualidades de representação e mais eficiente na consecução dos seus fins, como demonstrará talentos específicos à perpetuação da nação. A semiótica do poder descreve razão vigorosa para a adoção de um sistema monárquico, por meio deste enunciado: dado que certas categorias da expressão humana, tais como a arte, a língua, a ciência ou a religião são *estruturas estruturantes* da simbologia que enche os espíritos dos homens e refere-se, até certo ponto, às verdades gnosiológicas; resta incontroverso que as *estruturas estruturadas* são instrumentos garantidores de uma ordem pré-estabelecida (BOURDIEU, 2007, p. 8-9). A realidade imediata do mundo traduz-se pelo conhecimento dos símbolos, donde o poder assume papel preponderante. Disso infere-se que, na ordem dos sinais, sobeja o primor do monarca, encarnação da perfeição de um povo e, portanto, referência animada da sua própria.

Na história das civilizações, o poder, desde cedo, recebeu tratamento notável. Nesse sentido, não foram poucos os teóricos que dedicaram seus esforços na pesquisa de modelos de governo, mais precisamente naquilo que se conhece por separação dos poderes. Confiando à boa memória e à delicadeza, exime-se desse passadio enfadonho para dar atenção ao que modernamente aprecia-se.

Na divisão dos poderes, a *communis doctorum opinio* registra a existência de três: o Poder Executivo; o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (MONTESQUIEU, 2005, p. 167). Fica assente, pois, que as tarefas de um Estado cumprir-se-ão em harmonia com os traços fundamentais de cada um dos poderes, uns devendo a vigilância aos outros para afastar a chaga do abuso. As monarquias

constitucionais, em sua maioria, contemplam estes três, cuja cadeira do Poder Executivo incumbe a um dualismo há muito formulado¹. De tudo isso, apenas a chefia do Estado será consagrada ao Rei.

Na concorrência natural aos poderes do Estado, a delimitação objetiva dos deveres de cada um será objeto de uma Constituição, que por ser obra dos homens, não pode alcançar a normatização da universalidade dos assuntos. A harmonia, como princípio fundamental à atuação dos poderes, deve demonstrar uma certa ordem, situação que contribui ao bem-estar da nação e; dar em profusão um equilíbrio sóbrio na condução dos destinos da pátria. O conforto e a segurança da estabilidade política oferecem à nação as condições indispensáveis para o seu progresso moral, donde a alteridade das vantagens verifica-se na ausência do desgarramento de um dos poderes.

No entretanto, como destinar a uma ou duas grandezas, idênticas na gênese e na unidade de propósitos, a guarda da fidelidade ao regime de uma terceira grandeza? A máxima política exprime que não se confiam cordeiros a lobos. A fiscalização recíproca ressent-se de uma instância superior, não atuante no espectro prático, desinteressada da solução em prol da deliberação de um dos poderes e que vele pela harmonia. Nesse sentido, cumpre a criação de um novo poder, a aderir-se aos demais sem, contudo, imiscuir-se-lhes nas ações ou sobrepor-lhes as mezinhas funções.

A este novo poder deu-se a designação, no Brasil, de Poder Moderador.

O Poder Moderador, todavia, não teve sua inspiração teórica em solo pátrio, mas, dista quase dois séculos da primeira formulação, como adiante se verá.

Antes, porém, é esclarecedor dizer que um poder que vela pela harmonia da ordem não foi, na seara histórica, fruto da zetética política, senão das dificuldades práticas do Estado desde a sua forma mais primitiva. Poder Moderador, permite-se afirmar, sempre

¹ O 1º Conde de Orford, Sir Robert Walpole, ficou conhecido como o Primeiro-Ministro inaugural do dualismo parlamentarista inglês. Para detalhes, reporta-se a Paulo Bonavides (2007, p. 342-347).

houve e seguirá existindo: o que se modifica é a sua manifestação empírica.

3 A EVOLUÇÃO DO PODER SUPERIOR

No período de 1680 a 1681, o Reino Unido vivenciava um vórtice político em razão dos primeiros esboços de uma reforma parlamentar. Neste turbilhão de idéias, John Locke fazia as suas proposições nos seus Dois Tratados sobre o Governo.

Ao conduzir as controvérsias sobre o Poder Legislativo, aduziu que a predominância entre os poderes cabia ao legislativo, por fidúcia, não sem antes submetê-lo a uma condição: a quebra da confiança depositada pelo povo implicaria em usurpação dos seus fins, estando a delegação previamente concedida, caçada. A devolução do poder delegado contraria, pois, a afirmação do teórico inglês de que no legislativo repousaria o *único poder supremo* (LOCKE, 2001, p. 518). A supremacia estará, sempre, ligada ao poder delegante, que assenta na nação. Todavia, no interregno entre o julgamento dos desacertos do governo e sua retirada, não será lícito a assunção, pelo povo, das funções de direção geral (LOCKE, 2001, p. 519). Sobre a pendência de saber-se a soberania pertencente à nação ou ao povo - conceitos que antes aparentam uma diversidade inconciliável, mas referem-se à subsunção, deste por aquele - é de bom alvitre o socorro ao pensamento do apóstolo da soberania popular: Rousseau. Para o francês, o povo não pode ser considerado corrupto por natureza, senão mal conduzido, donde extrai havidas duas vontades: i) a vontade geral, que se endereça exclusivamente ao bem comum e; ii) a vontade de todos, presidida pela soma interessada das vontades particulares (ROUSSEAU, s.d., p. 72). Analogamente, o povo faz prevalecer, ainda que em parte, suas conveniências, posto que a sua natureza não escapa à percepção de preservação individual mais atávica e; em sentido distinto, a nação alcança não apenas a conservação de seus súditos como abraça o ideal da comunhão de finalidade.

Dito isto, a supremacia da nação não se confunde com a superioridade de um dos poderes.

Para Locke, a urgência de um mandato mais copioso escuda-se na imprevisão das adversidades que a lei, de caráter geral, não pode antever. Para contornar estas surpresas, seria necessária a investidura em poderes especiais ao encarregado da execução das leis - o Poder Executivo - na firme convicção de que seu prudente arbítrio faça-se soar quando a realidade dos fatos assim o exigir. O alargamento das competências do Poder Executivo, cujo batismo se deve a Locke (2001, p. 528-529), é chamado de *Prerrogativa*. A similitude com o poder regulamentar do Executivo é crassa², mas a ascensão de uma prerrogativa habita um patamar antecedente, qual, seja, o diálogo entre os poderes.

Numa associação teleológica, como o Estado, a divisão dos poderes para bem atender aos associados pressupõe a harmonia daqueles. Será inviável crer que os desencontros ou as dissonâncias possam contribuir ao deslinde dos desafios que se apresentam ao Estado. A natureza dialética dos poderes reclama uma síntese nem sempre atingível. Daí, a necessidade de um poder superior que, *não tendo outro interesse que a manutenção da ordem* (CONSTANT, 1964, p. 88), livre a nação dos embaraços a que a usurpação das atribuições de um poder por outro possam causar.

A origem mais bem elaborada e que verdadeiramente contagiou a política brasileira foi a doutrina do *pouvoir neutre*, da lavra de Benjamim Constant. Por esta, os desencaixes entre os poderes seriam resolvidos por uma instância superior; um poder neutro, intermediário e regulador que tenha sob sua guarda a harmonia das relações de poder. Desse modo manifestou-se o criador da doutrina:

O vício de todas as Constituições há sido de não haver criado um poder neutro, mas o de ter colocado o cume da autoridade de que ele devia achar-se investido num desses poderes ativos [...] Quando os poderes públicos se dividem e estão prestes a prejudicar-se, faz-se mister uma autoridade neutra, que faça com eles o que o poder judiciário faz com os indivíduos. (CONSTANT, 1964, p. 155).

² Cf. Constituição Federal, art. 84, IV.

A força dos argumentos de Constant ultrapassou seu discurso e positivou-se, de forma inédita, no Brasil por meio do art. 98 da Constituição Imperial de 1824³, cujas minudências remetem ao próximo capítulo. Todavia, é imperiosa a menção à obra de Carl Schmitt, que adotou a doutrina do *pouvoir neutre*, para indicar ao Reich o exercício dessa prerrogativa, em oposição à judicatura (SCHMITT, 2007, p. 193-196).

4 PODER MODERADOR NO BRASIL

A teoria do Estado Imperial é o ponto de partida de João Camillo de Oliveira Tôres para o entendimento do regime monárquico. Inicia-se o discurso pelo conceito de soberania, desde já demonstrando o apego à noção de seu traço fundamental: a nação como titular (TORRES, 1964, p. 71). Para tanto, atua a soberania em decomposição ideal bifronte, formada por duas realidades - uma para ser forjada no Povo e, outra, no Estado [Imperador]. A soberania deve obedecer à separação conceitual de J.-J. Rousseau, pela qual não se obtém, do conjunto em soma das vontades individuais, a realidade da vontade geral (ROUSSEAU, s.d., p. 72) que, somente se expressa quando dirigida aos mais honrosos louvores de unidade e independência nacional.

Trata-se de um regime dualista - pautado pela combinação de duas forças da melhor origem: o Povo e o Imperador. O serviço do monarca emprega-se no cuidado e prudência daqueles que enxergam apenas o bem comum, desabonado dos interesses particulares e circunscrito à defesa da unidade e harmonia da pátria. Emerge, pois, daí, a organização nuclear de qualquer Estado: o corpo político, derivado da decisão consciente do Povo em ver-se numa nação sua e da atuação para isso direcionada do Rei, todas resumidas na Aclamação, ato da maior solenidade de um Estado. A identificação falsa entre Povo e Estado é conducente ao totalitarismo.

Assim, teremos a tipologia do corpo político brasileiro no

³ Esta a redação: "O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos".

Império: a representação perpétua e hereditária do Imperador, como expressão da unidade convergente dos interesses nacionais; e a Assembléia Geral, órgão coletivo no qual as divergências pontuais são superadas pela prevalência de opiniões. A soberania é, antes desta distinção, a plenipotência ainda não delegada.

Passa, então, Tôres, a diferenciar a delegação da representação. Aquela é efeito da soberania nacional, porquanto não se admite a um corpo amorfo o exercício das faculdades governativas, de imperiosa atividade prática e primitiva distribuição potestativa; já esta, é o conseqüente meio eleito pelo Povo de mediata atuação das suas vontades (TORRES, 1964, p. 72). Não ocorreu, no Império Brasileiro, a translação da soberania a um ou mais entes de existência fática, mas, a marcha cadenciada da delegação e posterior representação do Povo. Da translação, surge o direito de rebelião contra a tirania, o que não se admite no sistema delegado.

O monarca é o chefe inviolável da segurança e da unidade, conservador dos valores e tradições nacionais, imparcial magistrado da continuidade do Estado e, por isso, irresponsável pelos atos emanados no exercício do Poder Moderador. A chave da teoria do Estado Imperial é a existência de um poder neutro, desinteressado das repercussões apaixonadas do momento, verdadeiro ponto de aplicação da força popular que se faz obediente. A idéia central gravita no entorno da visão de que o monarca é destituído de ligações corporativas, imediatistas e eleitorais, fazendo surgir a convicção de seu desapego a vantagens particulares, senão a manutenção do Império e, por certo, de sua dinastia - chama-se a isto de mistério da realeza (TORRES, 1964, p. 80).

Não parece haver qualquer animosidade em aceitar a doutrina do Estado Imperial, ao revés, sustenta-se que a delegação a uma determinada pessoa se perfaz por direito de outrem - *alieni juris* - o Povo, não restando qualquer senão de ordem lógica, visto que o corpo atual de cidadãos se vê regulado por normas levadas a efeito em tempos pretéritos, por representantes não eleitos de si, verdadeiro paradoxo da democracia (ELSTER; SLAGSTADT *apud* CANTOTILHO, 2002, p. 74). O Povo possui a titularidade do poder,

no entanto, deve submeter-se à sua vinculação. A representação por pessoa não eleita não afronta a democracia imperial, de vez que o preenchimento de certa qualidade de funções não se pode fazer obediente ao postulado do voto, pois que a corrompe, e.g. a magistratura. O ditador não é aquele que se perpetua no poder, mas quem navega ao simples sabor das conveniências.

Em seguida, faz-se necessária a diferenciação entre o governo e a administração do Estado. Ao Governo compete a direção geral dos negócios públicos, cumprindo fixar as diretrizes políticas da atuação do Estado e suas respectivas iniciativas. A Administração salva pôr em obra as decisões de Governo.

É particularmente sedutora a atuação do sistema parlamentarista, que se passa a comentar.

A máxima “o rei reina, mas não governa” foi instituída no Império, a exemplo das ocorrências históricas inglesas⁴, por um acaso sucessório. Diz-se que a antecipação da maioria de D. Pedro II foi fundamental para a instituição do regime de gabinete no Brasil, porquanto criou as bases para uma atuação mais vigorosa do parlamento, dada a insipiência do jovem monarca. A presidência do Conselho de Ministros funcionou como o *primus inter pares*, e o colegiado como o *Privy Council*. Toda a sorte de entreveros, porém, pôde-se sentir no diálogo do Premier com o Imperador, muito fruto da ausência de uma regulamentação e limitação da atividade de cada qual.

O parlamentarismo encontra-se com o discurso de Camillo Tôrres sobre o Poder Legislativo, com ênfase ao Senado Imperial e à sua composição vitalícia – os Senadores, aliás, eram aqueles Senhores “de feição particular, metade militante, metade triunfante, um pouco de homens, outro pouco de instituição” (ASSIS, 2004, p. 26). Desta visão, surge uma originalidade ímpar no pensamento constitucional brasileiro: a fusão de enunciados democráticos, aristocráticos e conservadores, que se passa a expor.

4 Caso do Rei Jorge I, da Casa de Hannover, que não dominava o idioma inglês e comunicava-se com seu séquito em latim.

O refino intelectual dos nossos constituintes imperiais legou um modelo inédito de câmara senatorial, pelo qual o conagraçamento de enunciados de diferentes matizes conviveram harmoniosamente, porém sem isenção de críticas. A fórmula da composição do Senado Imperial atendia à democracia, pois que os seus membros eram eleitos pelo povo de suas respectivas províncias, formando uma lista tríplice a ser enviada ao Imperador para a escolha [postulado aristocrático] do futuro ocupante do encargo. O conservadorismo se pronunciava pela vitaliciedade atribuída ao Senador. Contra o caráter vitalício dos Senadores, os liberais urgiam a intempestividade da opção, materializada pela inoportunidade de ter-se Senhores francamente senis, orgulhosos, indiferentes e alheios às coisas das províncias (TORRES, 1964, p. 105).

Verdade é que os Senadores não eram representantes de entes federados, ocasião somente consagrada pela Carta de 1891, mas contra-balanças aos arroubos emotivos da Câmara dos Deputados. Igualmente, cumpriam a função de mediar os atos dos Deputados e a vontade do Soberano, para além de exercer a magistratura especial, ao julgar entes de relevo no Império [membros da família real, Senadores, Deputados, Ministros, etc.] motivo pelo qual deveriam resguardar-se pelo manto protetor da vitaliciedade. Demais disso, o surgimento de impasses insolúveis entre as duas Casa ensejava não o arbitramento de S.M., mas a fusão delas para a deliberação final pela contagem individual dos votos⁵.

Há, por fim, um registro importante derivado da Constituição Imperial no que toca à sansão do Imperador.

A natureza do veto à lei era a guarda dos preceitos constitucionais ou a criação de rigidez para a composição de uma maioria parlamentar firme na convicção da utilidade do texto, e por este responsável. Pois bem, ao sabor da vigência da Carta de 1824, o veto imperial apenas suspendia os efeitos da lei, podendo os representantes apresentá-la e aprová-la nas duas seguintes legislaturas para ser, então, tida em vigor⁶. Não se havia o

5 Cf. Constituição do Império, art. 61.

6 Cf. Constituição do Império, art. 65.

constrangimento da derrubada de veto, posta a salvo a harmonia dos poderes, apenas a aposição devolvia o parlamento às meditações conseqüentes e à confirmação do Povo sobre sua oportunidade.

A aplicação prática do Poder Moderador no Brasil encerrou-se com o advento da república, mas sua força teórica não se conteve à forma monárquica. Assim que, num anteprojeto de Constituição a substituir a de 1891, Borges de Medeiros propôs que o modelo fosse adotado pelo presidencialismo vigorante (MEDEIROS, 2004, p. 69-79).

5 CONCLUSÃO

De toda a exposição, resta a convicção da aplicabilidade a qualquer regime, de um poder superior aos demais, sendo, entretanto, na altivez da monarquia que os ensaios práticos possam se dar com maior vigor e os resultados mais felizes, haja vista que nesta espécie de governo, o monarca designado a mediar os choques inevitáveis entre os poderes figura em sublime desinteresse da parcialidade que corrompe os semelhantes, impedidos, portanto, do exercício desta elevada magistratura pelas inequívocas vantagens postas em disputa.

O morbo há de ser dos homens, não das instituições: e, por isso, a urgência de instalar-se uma instância depuradora dos conflitos de atribuições entre os poderes, evidentemente, com as garantias e privilégios que assegurem a neutralidade dos delegados dessa competência. Nesse passo, a república, por não gozar da proteção que a continuidade da dinastia entrega, não será a melhor organização para a adoção de um Poder Moderador - assim que o vaticínio das formas impuras de governo conduzam a outra democracia para a tirania.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Madri: Aguilar, 1964.

ASSIS, Machado de. **O velho Senado**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAVALCANTI, Varuza; BECKER, Antônio. **Constituições Brasileiras de 1824 a 1988**. v.1. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MEDEIROS, Borges de. **O Poder Moderador na República Presidencial**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. London: Penguin, s.d.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. **A democracia coroada**. Petrópolis: Vozes, 1964.

PARECER N.º 01/2007 – PAD

PROCESSO N.º 2006.11.3595

**INTERESSADO: FUNDAÇÃO DE CULTURA,
ESPORTE E TURISMO DE FORTALEZA – FUNCET.**

**ASSUNTO: ANÁLISE DA MINUTA DO PROJETO DE
LEI DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E
NATURAL DE FORTALEZA.**

Ementa: Direitos Culturais. Patrimônio Histórico, Cultural e Natural. Técnica Legislativa inadequada. Definição de Patrimônio Cultural. Natureza Material e Imaterial do Patrimônio da Cultura. Competências Constitucionais Material e Legislativa sobre Proteção do Patrimônio Cultural. Inobservância do Pacto Federativo e da Separação dos Poderes. Legislação Única no âmbito Municipal sobre os mecanismos jurídicos de Preservação do Patrimônio. Possibilidade de inclusão do Inventário e Vigilância dos Bens Culturais. Tombamento. Inadequabilidade do Tombamento para Proteção do Patrimônio Imaterial. Cautela no Tombo de Bens Naturais. Registro. Adequabilidade do Registro para a Proteção do Patrimônio Imaterial. Inconstitucionalidade da Declaração de Relevante Valor Cultural. Impossibilidade de Limitação Administrativa por parte da Declaração. Conclusão.

Cuidam os autos de solicitação de parecer da Fundação de Cultura, Esporte e Turismo acerca da Minuta do Projeto de Lei que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural do Município de Fortaleza.

Inicialmente, antes de analisar os vícios legais do presente projeto de lei ou inconstitucionalidades de natureza material ou formal, cumpre suprir as falhas de técnica legislativa na redação da minuta que se apresenta para uma melhor elaboração, ao alcance dos representados da Câmara Municipal e dos administrados por esta Prefeitura, no sentido de sanar quaisquer dúvidas desta legislação que porventura venham à tona e simplificar o direito com o intuito de dirimir questionamentos que possam surgir sobre o direcionamento, significado e aplicação das normas culturais em comento. É bem verdade que a má organização de um texto legislativo poderá gerar vícios e inconstitucionalidades.

Não é à toa que a Constituição da República de 1988, ao tratar sobre o processo legislativo, em seu art. 59, Parágrafo Único, delega à Lei Complementar a tarefa de estabelecer as normas cuja finalidade será dispor sobre o método jurídico de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país. Embora o Constituinte Originário tenha feito tal previsão, desde a elaboração da Constituição de 1988, a Lei Complementar a qual ele se refere (Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, com alterações pela Lei Complementar n. 107 de 26 de abril de 2001 e regulamentada pelo Decreto n. 4.176, de 28 de março de 2002, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para consolidação dos atos normativos que menciona) somente entrou em vigor dez anos após as atividades legislativas dos representantes do soberano (o povo), reunidos em Assembléia Nacional Constituinte.

O texto legal em apreço não observa o disposto no art. 10 da lei Complementar n. 95, visto que a numeração dos artigos está na forma cardinal, sendo que até o nono deve obedecer a forma ordinal:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:
I - a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

Assim como os artigos, os parágrafos se dispõem de semelhante forma, ao tempo em que quando há um único existente,

utiliza-se a expressão "parágrafo único" por extenso:

Art. 10.....

III - os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

Não é o que acontece com o art. 21 cujo parágrafo único está acompanhado de numeração ordinal:

Art. 21- O tombamento municipal processar-se-á independentemente de tombamento em escala estadual e/ou federa.

1º - Ficam tombados pelo Município os bens situados no território de Fortaleza, tombados a nível estadual e federal, devendo serem inscritos no Livro do Tombo próprio.(Grifo do Parecerista)

Exaurida essa fase, em parte, pois outras sugestões de ordem material diversa, mas que, como anteriormente dito, poderão repercutir na organização da Lei do patrimônio Histórico, Cultural e Natural de Fortaleza, passa-se ao exame constitucional e infraconstitucional da matéria.

Louvável a iniciativa da Fundação de Cultura, Esporte e Turismo de Fortaleza ao viabilizar projeto de lei que auxilia a proteção e preservação do patrimônio cultural local no tocante a dar eficácia às normas constitucionais referentes à Cultura, ao não tratar a matéria com reducionismos que desembocam na figura administrativa *sui generis* do tombamento e retoma a expressão utilizada pela Lei Municipal anterior, Lei nº. 8.023, de 20 de junho de 1997, qual seja a de "patrimônio histórico-cultural", relegada ao esquecimento pela recente Lei Municipal n. 9.060, de 05 de dezembro de 2005, que à época, em artigo publicado no jornal *O Povo* (13/09/1997), foi merecedora de elogios do culturalista Francisco Humberto Cunha Filho, ante também ao seu aspecto democrático (*Teoria e prática da Gestão Cultural, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2002, p. 29*):

Em primeiro lugar, deve ser destacado que a Lei Municipal mencionada tenta efetivar a ordem constitucional que determina que **'o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro (...)**. O desejo dos elaboradores da lei em efetivar a norma constitucional transcrita pode ser comprovado pelos seguintes fatos: 1.º) adota uma evolução conceitual deixando de se referir a 'patrimônio histórico e artístico', passando a mencionar algo muito mais abrangente, o patrimônio histórico cultural; 2.º) não se restringe a legislar sobre a clássica figura do 'tombamento' e, ousadamente, institui o que se chama de 'declaração de relevante valor cultural', para os bens que não se adequem a ser protegidos pela primeira figura mencionada; 3.º) tenta implementar a participação popular na proteção do patrimônio cultural ao assegurar que **'o pedido de tombamento poderá ser feito por qualquer cidadão (...)**'. (Grifo Original em Itálico)

Dentro das inovações oriundas da Constituição da República de 1988, o ressurgimento do Estado Democrático aproxima a forma de governo, que, em sua base de legitimidade, tem por titular o povo, e a Cultura, anteriormente reduto dos quintões aristocráticos, ao dedicar em sua topografia, de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, uma seção à Cultura.

Ainda acompanhando a Constituição Federal, o projeto de Lei Municipal diz o que constitui o patrimônio cultural em sua natureza material e imaterial, além de disciplinar no âmbito fortalezense os institutos jurídicos previstos constitucionalmente para a proteção dos bens culturais, registro e tombamento (art. 216, § 1º da CF/88), e dispor, ao modo da Lei n. 8.023/97, sobre a inovadora, desde 1997, declaração de relevância cultural que se inclui nas outras formas de preservação a qual se refere o Texto Constitucional.

Embora o Constituinte de 1988 não tenha definido expressamente o que é Cultura, e ao mesmo tempo tenha optado por inserir na Seção destinada à ela uma conceituação antropológica implícita, solidificada pelo evolucionismo cultural já no século XIX, de onde se extrai de que todo fenômeno humano que pertença

ao âmbito material e imaterial desenvolvido pelo indivíduo ou por um povo é cultura, o Legislador Originário prescreveu um largo conceito de patrimônio cultural, o qual se confunde com a própria definição de Cultura para o Direito:

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 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.

§ 1º - 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 acatamento e preservação. (Grifo do Parecerista)

Sendo assim, relevante a observação de Humberto Cunha nesta análise (*Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988. A representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à Cultura, Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004, p.37*):

Diante de um texto tão claro, como duvidar que a norma transcrita não define somente o patrimônio cultural, mas, além deste, também outra coisa: a própria cultura? Chega-se a esta conclusão em virtude de um raciocínio lógico, elaborado nos seguintes termos: a definição de um dado objeto de estudo nada mais é do que formulação linguística sucinta que dispensa a enumeração pontual de seus elementos componentes, cada um de per si; a contrariu sensu, se se elabora uma relação completa das características do estudado ser, por outro veio se propicia, também, a sua definição. Pondere-se que a cultura é identificada precisamente

por suas manifestações; se a norma menciona que todas as manifestações humanas **relacionadas à identidade dos diferentes grupos formadoras da sociedade brasileira** compõem o patrimônio cultural do país, e se, para além disso, nada mais pode ser vislumbrado como cultura, de fato o que o legislador fez foi simultaneamente definir patrimônio cultural e cultura para a seara jurídica do Brasil. (Grifo original em Itálico)

Ao alargar a definição de patrimônio cultural, a CR/88 também trouxe outra inovação, classificou-o de acordo com sua natureza material e imaterial, expurgando a concepção restrita contida no Decreto-Lei 25/37 que regulamenta, enquanto norma geral, o septuagenário tombamento, e da Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de novembro de 1972, em Paris, que o restringiram aos bens culturais materiais. O próprio art. 1º do Decreto-Lei 25/37, recepcionado pela nova ordem jurídica no status de lei ordinária, é claro quanto à conclusão acima:

Art. 1º - Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O art. 1º da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial só reforça essa idéia (*Convenção de Paris In: Isabelle Cury (Org.), Cartas Patrimoniais, 2ª. Ed, Rio de Janeiro, IPHAN, 2000, pp. 178-179*):

Art. 1º. Para os fins da presente convenção serão considerados como "patrimônio cultural":
monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;
os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal

excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as áreas que incluam sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista, histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Por outro lado, em outubro de 2003, a Comunidade Internacional, entendendo pela existência de bens culturais imateriais que não se resumiam à simbologia incrustada nos monumentos e sítios arquitetônicos, ainda que este tenha sido um aspecto positivo da Carta de Veneza de 1964, considerando os processos identitários, a memória coletiva, a diversidade e a promoção do direito humano à Cultura, somando-se à Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, pactuou, na Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, a **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial** (<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>), cujo texto define o patrimônio imaterial da seguinte forma:

Se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible. (Texto Original apenas redigido em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo)

Endossando a conceituação acima, em uma das poucas obras sobre o assunto no direito brasileiro, Danilo Fontenele Sampaio Cunha assim identifica o patrimônio cultural imaterial brasileiro, segundo os parâmetros constitucionais (*Patrimônio Cultural: proteção legal e Constitucional, Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004, p. 119*):

As formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas e demais atividades possuidoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira compõem o patrimônio imaterial. Assim, nossas línguas e danças, canções, música, celebrações, nosso artesanato, literatura, artes plásticas, cinema, televisão, humor, cozinha e o nosso próprio modo de ser e interpretar a vida formam o patrimônio imaterial.

Entre a argumentação anteriormente proposta, embora se reconheça a interdependência entre os aspectos tangíveis e intangíveis do patrimônio, o art. 2º, § 1º da Minuta não pode prosperar com a redação que contém, pois a divisão entre as naturezas da cultura, no plano jurídico, gera conseqüências com relação ao tipo de proteção adequada a cada uma daquelas distinções exaustivamente explanadas.

Nesse diapasão, como a futura Lei do Patrimônio Histórico, Cultural e Natural de Fortaleza faz referência a três tipos de meios protecionistas¹, dois previstos constitucionalmente e um de procedência da legislação municipal, incluindo outras formas de promoção dentre as peculiaridades desses, é mister responder quais as competências do Município de Fortaleza para legislar acerca do patrimônio histórico-cultural.

A Constituição da República de 1988 rejeitou em

1 A Constituição Federal de 1988 enumera cinco formas de proteção à cultura, mas não elimina a possibilidade de que outras venham a ser criadas, é o que esclarece Paulo Affonso Leme Machado (*Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 13ª. Ed. 2005, p. 908*): "O texto constitucional menciona cinco instrumentos para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Não exclui outros meios - deixando, portanto, ao legislador, à Administração Pública e à comunidade a possibilidade de criar outras formas de 'acautelamento e preservação'. Os constituintes colocaram tanto o Poder público como a comunidade local como responsáveis pela promoção e proteção do patrimônio cultural."

parte a idéia do federalismo clássico norte-americano, no qual a distribuição de poderes e repartição de competências se daria apenas entre a União e os Estados-membros, inovando com rédeas a uma maior descentralização do poder ao eleger o Município como ente federado. Todos os entes, em virtude da forma do Estado Federal cujas características basilares são a pluralidade de Estados e a sua harmonia associativa dentro de uma ausência hierárquica entre seus ordenamentos, são autônomos. Essa autonomia deriva diretamente da Constituição, conforme as limitações da repartição de competências por ela criada. Segundo o constitucionalista Raul Machado Horta (*Direito Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª. Ed., 1999, p. 352*):

Sendo a repartição de competências o instrumento de atribuição a cada ordenamento de matéria própria, a preservação desse processo no tempo e a realização de sua própria finalidade de técnica aplacadora de conflitos, impõem a localização da repartição de competências no documento fundamental da organização federal. A Constituição Federal dirá onde começa e onde acaba a competência do Estado-Membro. A relação entre Constituição federal e repartição de competências é uma relação causal, de modo que, havendo Constituição Federal, haverá, necessariamente, a repartição de competências dentro do próprio documento de fundação jurídica do Estado Federal. Por isso, a repartição de competências é tema central da organização federal. Na avaliação dos publicistas que lidam diuturnamente com o tema, ora a repartição é qualificada de 'la grande affaire du fédéralisme', ora de 'key to the inter-federal power structure', evidenciando a essencialidade da repartição de competências e a razão de sua localização direta no documento constitucional, como parte ineliminável da Constituição Federal matéria. (Grifo Original em Itálico)

Em se tratando da proteção do patrimônio cultural brasileiro, o art. 23, III, IV, V da CF/88 diz que é de competência material comum da União, dos Estados e do Distrito Federal, inclusive ao Município:

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;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Quanto à competência legislativa, o Constituinte não incluiu o Município no rol dos entes federados do *caput* do art. 24 da CF/88 que trata da competência legislativa concorrente. Mais do que um equívoco do Legislador Originário, em uma interpretação sistemática da Constituição Federal no que concerne às competências legislativas, encontra-se explicitamente a complementaridade da legislação federal e estadual (art. 30, II, da CF/88) e, implicitamente, inexistindo norma federal ou estadual sobre o tema, a supletiva.

Ainda no mesmo art. 30, o inciso I prescreve que o Município pode legislar sobre assunto de interesse local (o caso dos bens culturais de valor local) e o inciso IX diz que compete ao Município promover a proteção do patrimônio histórico-cultural, observada a legislação e ação fiscalizatória federal e estadual. Afora isso, o art. 216, § 1º se utiliza da expressão Poder Público, isto é, se refere a qualquer dos membros da Federação brasileira, ao responsabilizar o Estado juntamente com a sociedade pela promoção e proteção dos bens culturais por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação etc. .

Ora, não há competência material sem legislação que autorize o Poder Público a agir – princípio da legalidade -, ainda assim a execução dos atos necessários para proteger o patrimônio histórico-cultural por parte da Administração Pública tem de se adequar à estrutura jurídico-administrativa que lhe é peculiar, por isso sem dúvida alguma o Município tem competência para legislar sobre, atendendo aos comandos da Constituição Federal, principalmente, no que observa o art. 24 e seus parágrafos combinados com o art. 30. O municipalista José Nilo de Castro discorre de maneira sucinta até aonde vai os poderes materiais e legislativos do Município (*Direito Municipal Positivo, Belo Horizonte, Del Rey, 6ª. Ed., 2006, p. 199-200*):

Esta competência explícita diz-se não enumerada, contendo previsão abrangente, pois que, em vez de indicar as hipóteses e espécies de interesse, cuida de enunciar ordenação jurídica de interesses genéricos. São interesses locais do Município. Mas quais? Todos se inserem no domínio local para o exercício da competência legislativa e administrativa municipal. É o Município, como afirmado, detentor de autonomia(...). A autonomia, enquanto categoria jurídica e conceito, orienta-nos para esta conclusão. É que, no sentido jurídico, designa a autonomia sempre um poder legislativo, pressupondo um poder de direito público, não soberano, capaz de estabelecer por direito próprio, e não por mera delegação, regras de direito obrigatórias. Forte nos arts. 30, I e II, e 23 da Constituição da República, detém o Município competência (é autônomo para criar regra jurídica) exclusiva (art. 30, I, v.g.) suplementar (art. 30, II) e comum (art. 23).

[...] Destaca-se aqui a competência suplementar do Município, expressamente prevista. Exercitar-se-á a mesma preenchendo o branco das legislações federal e estadual, afeiçoando-se às particularidades e às peculiaridades locais, pois que compatíveis – o texto diz no que couber, preenchendo lacunas, deficiências. O exercício da competência suplementar ater-se-á ao âmbito de não-conflito com as normas superiores.

[...] Infere-se dessa competência que incumbe ao Município o exercício da faculdade de legislar suplementarmente, isto é, nos vazios e indeterminações da legislação federal e estadual, satisfazendo-se a cláusula constitucional da compatibilidade (no que couber). Não fosse assim ou não pudesse sê-lo, seria comando vazio na Constituição.

Por isso, sob pena de dissolução do pacto federativo, de afronta ao princípio da legalidade, e ao princípio da isonomia e da proporcionalidade que melhor fundamentam a autonomia dos entes federados, **não pode o presente projeto de lei municipal criar obrigações ou atribuições jurídico-administrativas de caráter técnico-consultivo ao IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, órgão da União federal, tal qual ocorre no art. 8º, § 2º, como bem demonstra o Procurador Federal do IPHAN-CE, Paulo Velloso Pinto, em Ofício de nº. 0133/06, acostado aos presentes autos às fls. 20/21; adianta-se que nem tampouco possa ocorrer tal assertiva**

com o Estado. Algo que, de forma semelhante, não foi percebido pelo Legislador Municipal à Lei n.º. 9.060, de 05 de dezembro de 2005, que institui no tombamento de bens pelo Município de Fortaleza, mais especificamente em seu art. 6º, Parágrafo Único e no art. 12, IV, da mencionada Lei de Tombamento. Ademais, o Município possui na Fundação de Cultura um Departamento de Patrimônio Histórico-Cultural incumbido de atender as demandas locais, auxiliado pelo próprio Conselho de Tombamento.

A composição do Conselho inculpada no art. 4º e incisos, conquanto seja modelo seguido pelo Estado do Ceará na Lei n.º. 13.078/2000, que dispõe sobre a criação do Conselho Estadual de Preservação do Patrimônio Cultural do Estado do Ceará, alterada pela Lei n.º. 13.619/2005, parece levar instituições democráticas e órgãos federais e estaduais, a assumirem um compromisso cuja participação depende de sua aceitação ou anuência para não incorrer em violação do Estado Federal brasileiro, sem falar na transgressão do direito fundamental à isonomia no assento destinado às escolas superiores privadas, já que confere direta e exclusivamente essa representação à Universidade de Fortaleza (art. 4º., VII).

No mais, não se elucida as atribuições do Conselho, adverte-se, contudo, que esta lei é de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, não podendo o Legislativo, sob pena de irromper a cláusula pétreia da separação de poderes, alterar as vagas dos membros ou modificar suas atribuições, se a lei foi o caminho escolhido para a regulamentação da matéria. O Supremo Tribunal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-MC 143-CE, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, assim já julgou:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO CEARÁ, art. 230, § 1º. NOMEAÇÃO DE MEMBROS PARA O CONSELHO DE EDUCAÇÃO. I. - As nomeações para os cargos da Administração, ressalvadas as hipóteses inscritas na Constituição, são da competência do Chefe do Poder Executivo (C.F., art. 84, XXV), facultadas as delegações indicadas no parágrafo Único do mesmo artigo 84, C.F. II. - Cautelar deferida para suspensão da eficácia, no § 1º do art. 230 da

Constituição do Ceará, que cuida da nomeação dos membros do Conselho de Educação, das expressões: "indicados na seguinte proporção: um terço pelo Secretário de Educação do Ceará e dois terços pelo Legislativo.

Outra confusão que se percebe evidente é o emaranhamento das disposições referentes ao registro e ao tombamento, institutos de naturezas distintas os quais protegem bens de naturezas diferentes, como já explicitado nas primeiras linhas do Parecer, sem mencionar que as normas gerais deste são disciplinadas pelo Decreto-Lei n.º. 25/37, enquanto as daquele pelo Decreto 3.351/2000. É tanto que no Estado do Ceará há a Lei n.º. 13.465, de 05 de maio de 2004, que se dedica exclusivamente ao tombamento dos bens cearenses e a Lei n.º. 13.427, de 30 de dezembro de 2003, que institui no âmbito da Administração Pública Estadual o Registro dos Bens Culturais Imateriais ou Intangíveis do Ceará.

Se se pretende formular legislação única², há de se separar o tombamento em um Título, com agrupamento de capítulos que estabeleçam sua incidência, processo, livros, efeitos, cancelamento etc., e o registro noutra, com suas normas, livros próprios, procedimento etc. Aliás, ao invés de criar um Conselho denominado Conselho de Tombamento, o Município de Fortaleza pode transformá-lo em Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Natural, aos moldes da Lei Estadual n.º. 13.078, de 20 de dezembro de 2000, alterada, em seu art. 2º., pela Lei n.º. 13.619, de 15 de julho de 2005, já que faz menção a diversos institutos jurídicos de preservação. Para facilitar a compreensão do exposto, é necessário que se delimite a atuação das duas formas de proteção citadas.

O tombamento é ato administrativo de preservação dos bens culturais tomados individualmente ou em conjunto, caso dos sítios arquitetônicos, arqueológicos, paisagísticos, que constituem o patrimônio histórico e artístico nacional, sejam eles móveis e imóveis limitando o direito de propriedade (art. 1º. Do Decreto-Lei 25/37). Conforme Hely Lopes Meireles (*Direito Municipal Brasileiro*, 8ª. Ed, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 407):

² A lei poderia inovar ao disciplinar o inventário e a vigilância dos bens culturais.

O tombamento é ato administrativo que preserva o bem de modificação e destruição, mas não veda a sua normal utilização pelo proprietário, nem lhe retira o domínio e a posse.

O tomo de um bem cultural chega a sua eficácia quando inscrito no Livro respectivo, não estando sujeito à edição de Decreto do Poder Executivo Municipal, posterior ou anterior, sendo desnecessária a redação do art. 12, § 1º do Projeto de Lei. Esquece-se que o tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, concorde o positivado no Decreto-Lei nº. 25/37, art. 10, Parágrafo único, o qual enuncia que *para todos os efeitos, salvo disposição do art. 13 desta Lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo.*

Como se vê, o tombamento não é instrumento jurídico hábil para a proteção do patrimônio cultural imaterial³. Ainda que o Constituinte tenha alargado o conceito de patrimônio cultural, não o fez com o de tombamento tal qual revela o Supremo Tribunal Federal na ementa do Recurso Extraordinário n. 182.782-3/RJ, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, publicado no Diário da Justiça, Seção I, 9 fev. 1996, p. 2.092:

Ementa: Tombamento. § 1º do artigo 216 da Constituição Federal.

- A única questão constitucional invocada no recurso extraordinário que foi prequestionada foi a relativa ao §1º do artigo 216 da Carta Magna. As demais falta o requisito do prequestionamento (súmulas 282 e 356).

- No tocante ao § 1º do artigo 216 da Constituição Federal, não ofende esse dispositivo constitucional a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que há um conceito amplo e um conceito restrito de patrimônio histórico e artístico, cabendo à legislação infraconstitucional adotar um desses dois conceitos para determinar sua proteção se fará por tombamento ou desapropriação, sendo que, tendo a legislação vigente

³ Essa mesma indistinção entre o adequado tratamento às naturezas material e imaterial dos bens culturais está presente na minuta do anteprojeto do Estatuto dos Museus Brasileiros que se encontra em trâmite no Congresso Nacional: "Art. 5º. Consideram-se bens culturais passíveis de musealização os bens móveis e imóveis de interesse público, de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira."

sobre tombamento adotado a conceituação mais restrita, ficou, pois a proteção dos bens, que integram o conceito mais amplo no âmbito da desapropriação.

Recurso extraordinário não conhecido.

Em análise sobre a evolução do conceito de patrimônio cultural na história jurídica brasileira, o professor Doutor Francisco Luciano Lima Rodrigues (*Conceito de Patrimônio Cultural no Brasil do Conde de Galvêas à Constituição Federal de 1988, 2006, p.4, São Paulo: Roca In: Martins, Clerton (Org.) Patrimônio Cultural*) observa que Mário de Andrade, precursor do projeto original da norma geral do tombamento (Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937), tentou fazer referência à proteção do patrimônio cultural imaterial, porém a idéia não foi concebida:

Mário de Andrade antecipou-se a sua época, propondo a preservação de bens culturais imateriais, **aspecto rejeitado** pelo Decreto-Lei nº. 25/37 e que somente no final do século XX veio a ser regulamentado pelo Decreto nº. 3.551, de 4 de agosto de 2000, que criou o Programa Nacional de Patrimônio Imaterial.

Nessa mesma esteira, o também professor Doutor Francisco Humberto Cunha Filho, questiona se o tombamento (art. 216, § 1º da CF/88), seria instrumento capaz de salvaguardar os bens culturais imateriais, chegando à conclusão da impossibilidade de sua incidência (*Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, pp.111-112*):

Neste momento, cabe uma questão: poderão, efetivamente, bens de natureza imaterial ser tombados? O tombamento para coisas intangíveis não seria inócuo, uma vez que quando se adota tal procedimento o que se quer é uma perenização do aspecto do bem tombado pelo maior tempo possível? Que efeito prático existe no ato de tomar uma dança, uma língua ou uma feira de artesanato? É aconselhável e possível estabelecer controle às influências que sofrem tais bens?

Refletindo sobre estas questões, alguns dos que se dedicam ao tema continuam a achar que, mesmo após o advento da Constituição 1988, o tombamento se

adequa somente aos bens materiais, sendo que a forma de proteção das manifestações deve ser feita por outros meios como, por exemplo, o registro e o cadastramento.

Isso não desfigura o valor simbólico do bem protegido, visto que além de ser intrínseco ao objeto jurídico tombado quaisquer bens têm dimensões materiais e imateriais, apenas a simbologia se manifesta por meio da materialização do patrimônio; o que se está a questionar se resume à menção na Minuta dos mecanismos jurídicos apropriados para a operacionalização da preservação cultural. Sônia Rabello de Castro (*O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p.33*) reforça essa posição:

Há que se distinguir, na proteção do patrimônio cultural, qual é o objetivo dessa proteção. O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado o reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriáveis, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural pelo Estado, torna-se de interesse geral. Todas as coisas potencialmente têm este valor simbólico. Condicionada a propriedade às limitações estabelecidas em lei, estas podem traduzir outros valores que transcendem a coisa – que são bens jurídicos suscetíveis de proteção pelo Estado.

A diferença entre o tombamento e o registro se finca no âmbito de suas possibilidades: um se caracteriza essencialmente pelo controle do Estado, no exercício do Poder de Polícia e ao destinar a propriedade particular a cumprir sua função social (art. 5º, XXIII da CF/88), à alteração nociva do bem e evitar sua destruição; o outro pelo reconhecimento de manifestações fluidas e contínuas cujo tempo e modificação das relações sociais e/ou de produção podem tornar extintas. Portanto, pertinente o conteúdo da Carta da Comissão do Patrimônio Cultural ao Ministro da Cultura,

fundamentada pelos professores Marcos Villaça, Eduardo Portela, Joaquim Falcão e Thomas Farkas (*In: O Registro do Patrimônio Imaterial, Brasília, Ministério da Cultura/IPHAN/FUNARTE, 2003, pp. 77-73*):

O instituto do tombamento deveria ser mantido exclusivamente como instrumento de proteção dos bens materiais. Não somente por sua comprovada e específica eficácia, como também porque é inadequado ao bem imaterial, dinâmico por sua própria natureza.

Quanto à hipótese de tomar bens naturais⁴, diante do acréscimo da expressão “natural” feito pela ementa da Minuta, há de se ter certa cautela, muito embora o Decreto-Lei nº. 25/37, em seu art. 1º, §2º, equipare os bens culturais materiais aos monumentos naturais, paisagens e sítios dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana e a Constituição Federal, art. 23, III, art. 24, VII, art. 216, V, mencione a proteção dos sítios de valor paisagístico, ecológico e dos monumentos e paisagens naturais notáveis. Isto porque muito se discute acerca dessa possibilidade de adequação, visto que aos poucos, por uma necessidade de operacionalização dos direitos culturais na Administração estatal, este vai ganhando novos contornos e uma independência do Direito Ambiental, podendo-se ousar dizer que se constitui nova seara jurídica cuja repercussão influencia as análises do meio ambiente cultural não mais enquanto mera divisão do meio ambiente formulada pelos tipos doutrinários consagrados no direito ambiental brasileiro. Tal constatação, contudo, não elimina a interdisciplinaridade entre cultura e natureza, apenas reconhece que o homem tem seu ambiente próprio.

4 Na já citada Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da Unesco (*Convenção de Paris In: Isabelle Cury (Org.), Cartas Patrimoniais, 2ª. Ed, Rio de Janeiro, IPHAN, 2000, p. 179*) procurou se delimitar os bens que integram o “patrimônio natural”: “Art. 2º. Para os fins da presente convenção serão consideradas como “patrimônio natural”: - os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; - as formações geológicas e fisográficas e as zonas nitidamente delimitadas que constituam habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; - os sítios naturais ou as zonas naturais estritamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação.”.

Fato é que no Brasil não é novidade nenhuma o tombamento de bens naturais. Diversos são os exemplos: Floresta da Tijuca, no Rio de Janeiro, rios da cidade de Petrópolis, Monte Paschoal, na Bahia, Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, os Morros do Pão de Açúcar, da Urca, Cara de Cão e da Babilônia etc. Nisso Sônia Rabello de Castro (*O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, pp.76-77*) se interroga, ao tempo que também responde a dúvida suscitada, na longa, mas imprescindível citação abaixo:

A lei não deixa dúvida de que não só as coisas criadas pelo homem podem ser objeto de tombamento, como também os chamados 'monumentos', 'sítios' e 'paisagens' naturais. Nessas denominações podem ser incluídas quaisquer espécies de elementos da natureza, isto é, poderá ser uma rocha, ou poderá ser todo um sítio florestal, ou mesmo uma paisagem litorânea.

Discute-se a questão da adequabilidade do instrumento jurídico do tombamento para a proteção de elementos da natureza que são vivos ou dinâmicos. Poder-se-ia tomar um rio, uma árvore, uma floresta nativa? Haveria diferença entre os três bens? Juridicamente, todos são coisas e, em tese, sendo coisas, sem dúvida estas podem ter valor ou interesse cultural.

[...] Conservar é proteger do dano, da mutilação e da descaracterização. Este é conceito da própria lei (DL 25/37), disposto no seu art. 17. Com isso, a coisa tombada deve ser resguardada de qualquer ação de destruição opcional ou provocada. Não obstante, não é adequado entender a noção de conservação como de permanência absoluta, ou de completa inalterabilidade; ao contrário, se a coisa é, pela sua natureza, mutável, sua conservação importa proteger as condições básicas que permitam a continuidade de suas características, segundo sua própria natureza. Assim é que um rio não pode ter suas águas paralisadas, pois é de sua natureza a água corrente, e que nunca serão as mesmas; no caso, o que é importante é a conservação de sua paisagem enquanto rio, dentro destas suas condições naturais.

Por outro lado, a conservação não implica impedimento do desaparecimento natural; pelo contrário, conserva-se para que a coisa cumpra o seu ciclo vital natural, evitando-se que, antes de cumpri-lo, o ato proposital ou intencional venha a destruí-la ou descaracterizá-la.

Assim, podemos deduzir que, em princípio, não é juridicamente inadequado o tombamento de bens naturais, especialmente daqueles que possam ter características básicas de permanência, a fim de atender o objetivo da lei, que é sua conservação natural.

Porém, frise-se que o direito ambiental tem instrumentos próprios para proteger os espaços ambientais como, por exemplo, as unidades de conservação as quais podem ser criadas por quaisquer das unidades federadas, sejam elas de proteção integral (estação ecológica, reserva biológica, parques nacionais, monumentos naturais, refúgios da vida silvestre) ou de uso sustentável que permitem a utilização de parcela dos recursos naturais de uma determinada área juntamente com a manutenção das peculiaridades de sua natureza (áreas de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna, reserva de desenvolvimento sustentável, reserva particular do patrimônio natural) – é o que se extrai da Lei Federal 9.985/2000.

Com relação ao registro, instituto previsto constitucionalmente no art. 216, § 1º, regulamentado muito recentemente pelo Decreto 3.551, de 04 de agosto de 2000, acrescenta-se que não há investigações jurídico-científicas sólidas, mas que de pronto, quanto aos efeitos de sua proteção, conclui-se pelo seu caráter declarativo, afastando, antagonicamente ao tombamento, quaisquer limitações à propriedade, até porque, nos debates que antecederam à construção do referido Decreto, deixou-se de lado a positivação de normas que protegessem a propriedade intelectual coletiva, principalmente aos modos de criar e fazer os quais a Constituição Federal prescreve, diferentemente do que acontece na França com a *appellation d'origine contrôlée*. Ressalte-se que o registro tem livros que lhes são peculiares, princípios (intervenção mínima e participação popular) e requisitos formais e materiais próprios (continuidade histórica e relevância nacional, regional ou local, dependendo da esfera federativa), procedimento e efeitos autônomos ao tombamento. Em recente e inédita monografia acerca do tema para a conclusão de curso de bacharel em Direito, Mário Ferreira de Pragmácio Telles, um dos precursores da doutrina jurídica dos direitos culturais, bem define de forma sucinta o que é o registro (*O Registro como forma de proteção do*

Patrimônio Cultural Imaterial, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2006, p. 20):

É um instituto dos Direitos Culturais revestido de características de um ato administrativo unilateral, discricionário e meramente declarativo, considerando que o registro não constitui direito algum às partes envolvidas, mas só afirma a preexistência de uma situação de fato, ou seja, de que o bem já integrava o patrimônio cultural brasileiro.

A maior das controvérsias do presente do projeto de lei cuida da inovação trazida pela Lei Municipal 8.023/97 que cria a declaração de relevante valor cultural a equiparando ao tombamento no que diz respeito aos efeitos dos bens atingidos pela figura Municipal. No tocante a esse tópico, se remete a explanação sobre a competência municipal para legislar sobre patrimônio cultural, isto é, as limitações administrativas oriundas da declaração atingem o direito fundamental à propriedade, algo que não poderia acontecer tendo em vista que o Município, *in casu*, estaria a desconstruir a independência das três esferas federadas.

Ante o exposto, recomenda-se que as observações supracitadas sejam integralmente atendidas para que a nova Lei do Patrimônio Histórico, Cultural e Natural não se eive de inconstitucionalidades e ilegalidades.

Esse é o parecer.

Fortaleza/CE, 17 de janeiro de 2007.

Newton de Menezes Albuquerque
Procurador Administrativo do Município
OAB(CE) 9.376

Rodrigo Vieira Costa
Estagiário da PGM

PARECER Nº 099/2007 – PA

PROCESSO Nº: 2007.11-5097– PGM

INTERESSADO: Secretaria de Turismo de Fortaleza – Setfor

ASSUNTO: Inexigibilidade de licitação para contratação de artista para realizar show no evento “Réveillon Fortaleza 2008”

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITOS CULTURAIS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DE SETOR ARTÍSTICO CONSAGRADO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 25, III DA LEI Nº 8.666/93.

Cuidam os presentes autos de consulta formulada pela Secretaria de Turismo de Fortaleza – Setfor, acerca da possibilidade jurídica de se realizar contratação direta de profissional do setor artístico para realizar um show no evento denominado “Réveillon Fortaleza 2008”, por meio de inexigibilidade de licitação, fundamentada no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

A consulta dedica-se a perquirir as exigências legais, englobando os aspectos formais e materiais da contratação direta da banda Paralamas do Sucesso para realização de show no aterro da Praia de Iracema por ocasião do Réveillon 2008 da cidade de Fortaleza.

O projeto básico foi apresentado pela Setfor às fls. 02/06, segundo o qual apresenta como justificativa para a realização do Réveillon 2008, o “interesse de promover Fortaleza, aumentar os negócios, de forma planejada tendo como principal foco o reconhecimento da cidade como uma referência nacional no

Réveillon, com resultados diretos para sua economia através do turismo de eventos (...)”.

Às fls. 07/11 foram acostadas notícias de sítio eletrônico que se referem à história e carreira da banda Paralamas do Sucesso, apontando a sua participação em shows, cds, álbuns e em apresentações musicais.

Foi apresentado, às fls. 12/14, o projeto elaborado pela empresa *T'ai Produções e Eventos Ltda.*, contendo inclusive o orçamento para a contratação da banda no valor total de R\$ 394.086,86 (trezentos e noventa e quatro mil, oitenta e seis reais e oitenta e seis centavos), incluindo cachê com diárias de alimentação, hospedagem, passagem aérea, transporte de equipamentos, iluminação, som e produção do show.

Às fls. 15/16 dos autos encontra-se declaração da empresa *T'ai Produções e Eventos Ltda.* comunicando deter a exclusividade da banda Paralamas do Sucesso para realização de show no período de 31 de dezembro de 2007 a 01 de janeiro de 2008, informação essa que foi comprovada pela Carta de Exclusividade apresentada pela empresa *Mangaba Produções Artísticas Ltda.* (fl. 17), representante legal da banda Paralamas do Sucesso (conforme contrato acostado aos autos às fls. 25/29).

Segue às fls. 18/24 o contrato de prestação de apresentação artística celebrado entre as empresas *T'ai Produções e Eventos Ltda.* e *Mangaba Produções Artísticas Ltda.*

Acosta-se ao caderno administrativo, às fls. 31/37, comunicação referente às exigências do grupo musical em tela relativas às passagens aéreas, traslado, diárias e alimentação, segurança, hospedagem, palco, iluminação, dentre outras, bem como proposta orçamentária da apresentação.

Encontra-se às fls. 56/69 proposta da empresa *Somatécnica Áudio e Equipamentos Ltda.* para locação de sistema de som, nos moldes exigidos pela banda Paralamas do Sucesso, seguida do contrato de locação de equipamentos sonoros celebrado com a empresa *T'ai Produções e Eventos Ltda.* às fls. 70/72.

Igualmente, acostam-se às fls. 73/79 proposta e contrato de locação de equipamentos de iluminação celebrado entre as empresas *T'ai Produções e Eventos Ltda.* e *Robson Moreira Show Produções e Eventos*, também nos termos de exigência quanto a serviços dessa natureza do grupo musical a ser contratado.

As propostas de orçamentos das empresas *Go! Linhas Aéreas* e *Tam Linhas Aéreas* relativas ao deslocamento do grupo musical para Fortaleza e a volta para outras localidades, bem como a de hospedagem do *Hotel Holiday Inn*, a serem contratadas, foram anexadas à fls. 38/43.

Inclui-se no caderno administrativo, às fls. 44/50, documentação referente à habilitação jurídica da empresa *T'ai Produções e Eventos Ltda.*, seguida das certidões de regularidade fiscal referentes a esta empresa (fls. 51/54 e 88).

A Coordenadora Jurídica da Setfor emitiu parecer favorável à contratação direta da banda Paralamas do Sucesso, com fundamento no artigo 25, inciso III da Lei de Licitações (fls. 80/82), seguido da minuta do contrato que se pretende celebrar às fls. 83/86.

Eis o que havia a relatar. Passo às considerações sobre a possibilidade jurídica da contratação da banda musical Paralamas do Sucesso para apresentação no “Réveillon Fortaleza 2008”.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os princípios que regem a Administração Pública, estabeleceu, em seu artigo 37, inciso XXI, a necessidade de um procedimento prévio formal de escolha para as contratações de obras, serviços, compras e alienações. Esse procedimento administrativo preparatório de um futuro contrato a ser celebrado entre a Municipalidade e os particulares é o que se denomina de “Licitação”.

Vejamos o que diz referido dispositivo:

“Art. 37. [...]”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações

serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso)

Tem-se, portanto, como regra geral, a obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos com particulares. Nesse diapasão, a contratação de profissionais do setor artístico enquadra-se, igualmente, na necessidade de aplicação do princípio da isonomia no âmbito das contratações públicas.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à cultura, dedicando-lhe uma seção própria do Capítulo III intitulado “Da Educação, da Cultura e do Desporto”. Desta forma, a legislação constitucional veio garantir o pleno exercício dos direitos culturais e a valorização e difusão das manifestações culturais, através do exercício da competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (artigos 23, incisos III e IV, 215 e 216 da CF/88).

Assim, constitui obrigação municipal o incentivo aos valores artísticos, preferencialmente, através de um processo isonômico de contratação, como por exemplo, por meio de concursos, em que seja permitida a participação do maior número de profissionais interessados, escolhendo-se os que melhor se enquadrem nos fins propostos pela Administração.

Entretanto, o artigo 37, inciso XXI da CF/88 ressalvou algumas hipóteses, previstas pela legislação infraconstitucional, isentando a Administração Pública do procedimento licitatório. São os casos de licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade de licitação, institutos diversos insertos nos arts. 17, 24 e 25, respectivamente, da Lei nº 8.666/93.

Ressalte-se que as hipóteses legais consubstanciadas no artigo 25 da Lei de Licitações são meramente exemplificativas, o que não

ocorre com as do artigo 24, que taxativamente enumerou os casos de dispensa. Nesse sentido MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

“Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.” (grifo nosso)

A análise da situação fática aqui disposta – contratação de profissionais do setor artístico – busca perquirir se restou configurada uma das hipóteses de contratação direta, dispostas na Lei de Licitações, mormente no que tange às situações de inexigibilidade ali apostas.

Vejamos, então, o que dispõe o artigo 25 e seu inciso III da Lei nº 8.666/93, que trata da contratação ora em discussão:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (destaque)

Referido dispositivo legal contempla situações em que a Administração poderá contratar profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo. A produção artística consiste, fundamentalmente, em uma emanção da personalidade e criatividade humanas, que, via de regra, em face de seu alto grau de individualidade, inviabiliza a competição entre os artistas. Os trabalhos artísticos, na maioria das vezes, não têm como ser comparados entre si, em virtude da dificuldade de se verificar identidade de atuações.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 271.

Nessas situações, perfaz-se caracterizada a inviabilidade de competição, premissa básica das hipóteses legais de inexigibilidade de licitação, tendo em vista que o procedimento licitatório restaria inócuo diante da impossibilidade de competição decorrente da ausência de parâmetros e critérios objetivos para a escolha e julgamento das atuações artísticas.

Nesse sentido, citamos mais uma vez MARÇAL JUSTEN FILHO²:

"A inviabilidade de competição também se verificaria nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo, ou quando o critério da vantajosidade foi incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida."

Ao lado da inviabilidade de competição, a doutrina administrativa elenca alguns requisitos que precisam ser atendidos a fim de que se afigure possível e regular a contratação direta de artistas. Vejamos cada um deles e sua pertinência:

a) que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;

Segundo o entendimento de alguns administrativistas, como podemos citar Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a Lei de licitações teria excluído a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Essa espécie de contratação referir-se-ia apenas aos artistas profissionais, definidos como tais através de parâmetros existentes em cada atividade ou categoria artística, nos moldes da definição contida no artigo 2º da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de Técnico em Espetáculos de Diversões, *in verbis*:

"Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação

² Ob cit. pág. 283.

pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública;"

Referida norma exige ainda a inscrição prévia do artista no Ministério do Trabalho, nestes termos:

"Art. 6º - O exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional."

Destarte, o registro na Delegacia Regional do Trabalho, para os casos exigidos pela legislação supracitada constitui elemento à regularidade da contratação.

Essa Procuradora signatária, em ocasiões pretéritas, já se posicionou pela impossibilidade de contratação de artistas amadores, seguindo o entendimento acima esposado de que a Lei nº 8.666/93 referiu-se apenas aos artistas profissionais, ou seja àqueles que possuíam registro na Delegacia Regional do Trabalho. Entretanto, aprofundando-me melhor sobre o assunto, passei a ter novo posicionamento, cujas razões explico a seguir.

A exigência de profissionalização e registro prévio dos artistas na DRT não é compatível com a ordem constitucional vigente, que traz, de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, uma Seção destinada à Cultura, no Título da Ordem Social, elevando os direitos culturais ao *status* de direitos fundamentais.

A identificação principiológica da cultura, e, por assim dizer, do patrimônio cultural – consubstanciada no artigo 216 da Constituição da República de 1988 – é a maior das premissas no reconhecimento de sua fundamentalidade, que extrapola o rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988; já que esse artigo, em seu parágrafo 2º, prescreve que há outros direitos fundamentais que não aqueles enumerados no referido dispositivo. Aplica-se aqui, a idéia de Constituição aberta na qual se incorporam outros direitos que, diante de sua importância merecem por conteúdo e valoração social, uma atenção especial material.

Embora a Constituição brasileira não traga expressamente os princípios dos direitos culturais, segundo o doutrinador HUMBERTO CUNHA FILHO³ é possível inferi-los de sua própria estrutura normativa. Conforme sua exposição teórica, são princípios deste ramo autônomo do Direito os seguintes: a) pluralismo cultural; b) participação popular; c) atuação estatal como suporte logístico; d) respeito à memória coletiva e e) universalidade.

Dentro desta perspectiva, a exigência de registro prévio na Delegacia Regional do Trabalho e a exclusão da contratação direta de artistas amadores por parte do Estado violam os princípios constitucionais da atuação estatal como suporte logístico e o da universalidade, na medida em que a Constituição Federal de 1988 não faz qualquer distinção discriminatória entre o amador e o profissional, bem como não exige qualquer licença registral para a liberdade de manifestação e expressão cultural.

O pilar dos direitos culturais é a liberdade de expressão e de manifestação de qualquer das culturas. O princípio da atuação estatal, como suporte logístico, constitui-se como uma garantia de que o Estado não irá intervir arbitrariamente ou ideologicamente de modo a modificar ou adulterar o significado das realizações culturais dos grupos ou dos indivíduos formadores da sociedade brasileira. Ao Estado é dada a obrigação de pensar meios e fornecer equipamentos que garantam a sustentabilidade de um bem cultural ou a continuação das expressões por si próprias.

A omissiva estatal em nada se assemelha com a proposta ultraliberal vivenciada hodiernamente, pois como lembra o já citado HUMBERTO CUNHA FILHO⁴ o que se está a defender é uma expansão da democracia em seu sentido plural para que, posteriormente, não haja controle e policiamento do Estado no fazer cultural. Em outro sentido, o chamamento do Estado a agir só se justifica em casos previstos pela Constituição da República de 1988 na defesa e no resguardo das minorias e do patrimônio público (artigos 215, § 1º e 216, § 2º), ou ainda nas

³ *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 65 e ss.

⁴ *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 50.

situações em que se violem os direitos culturais e demais direitos fundamentais. Dar suporte não significa “aparelhar” ou pôr os grupos e indivíduos sujeitos dessas expressões a serviço das atividades estatais.

Por outro lado, nunca é demais lembrar que os realizadores das atividades culturais também têm deveres, isto é, a esfera privada das manifestações culturais ao “beber das benesses” do Estado, tem por obrigação publicizar seus frutos e aquinhoar outros segmentos.

Por fim, registra-se o princípio da universalidade, proclamado pela Constituição de 1988, no artigo 215, quando garante a todos o exercício dos direitos culturais. Mistura-se nesse princípio tanto a vertente da ação no potencial criativo do ser humano quanto a da fruição dos bens culturais por parte dos atores passivos. Em outras palavras, a universalidade preocupa-se com o acesso à cultura ou da fruibilidade universal dessa.

Por esses motivos, o Estado não pode restringir o conceito de artista, em face do que dispõe o artigo 5º, IX, da Constituição da República de 1988. A exigência do registro prévio na Delegacia Regional do Trabalho é um obstáculo inconstitucional a um exercício de um direito fundamental que deve ser fomentado pelo Estado Democrático (Social) de Direito brasileiro.

O artigo 25, III, da Lei de Licitações, enquanto hipótese de contratação direta, é forma de fomento à produção e o conhecimento de bens e valores culturais. Na melhor constatação da teoria da metódica estruturante do direito constitucional, sua observância e prática no mundo jurídico são meios de concretização da própria Constituição da República de 1988, por assim dizer dos direitos culturais, normas fundamentais de nosso ordenamento jurídico, na parte prescrita pelo artigo 216, § 3º.

Nesse sentido, acentua a teoria de FRIEDRICH MÜLLER⁵ “a constituição orienta-se integralmente segundo normas: também a

⁵ *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

observância da norma, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é concretização da norma."

Ainda nessa esteira, a mencionada Lei nº. 6.533/78 não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico inaugurado pela Carta de 1988, na parte em que exige formação acadêmica ou técnico-científica para artistas, reconhecimento do sindicato de quaisquer de suas categorias ou inscrição no Ministério do Trabalho, visto que viola direito fundamental inserto no art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal, que diz expressamente que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura ou licença.

Não são à toa os diversos posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da matéria, dispensando tanto a profissionalização do artista quanto a licença ou registro prévio, caso freqüente dos músicos, para o exercício desta atividade:

"ADMINISTRATIVO. REGISTRO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. DESNECESSIDADE.

1. As exigências previstas nos artigos 16 e 18 da Lei nº 3.857/60 afrontam os dispositivos constitucionais inscritos nos incisos XIII e IX do art. 5º da Constituição Federal, que garante a liberdade de exercício do ofício musical. Demais, não há razoabilidade na restrição, na medida em que a atividade desenvolvida não interfere nas necessidades da vida dos cidadãos.

2. O Conselho Regional da Ordem dos Músicos não pode exigir que os músicos se inscrevam nem que permaneçam inscritos, bem como não pode impedir que se apresentem publicamente.

3. Em nosso país, as expressões culturais mais genuínas eclodem geralmente dentre os hipossuficientes, não se podendo ter como vontade da lei sufocar tais manifestações folclóricas, onerando o músico pobre, cuja dificuldade de vida é por demais consabida.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.70.00.047430-0 (TRF)

Originário: MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.70.00.047430-0 (PR)

Data da decisão: 31/07/2007

Relator: Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON - 3ª TURMA

Órgão Julgador: 3ª TURMA"

"ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS MÚSICOS. ART. 16 DA LEI Nº 3.857/60.

VINCULAÇÃO. INEXIGÊNCIA PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL QUE DISPENSE A FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA.

• O músico que se apresenta publicamente, ou exerça atividade que dispense a formação universitária na área musical, não constitui ameaça ou perturbação ao interesse público a justificar a restrição ao livre exercício profissional. Hipótese em que deve ser interpretado o contido no art. 16 da Lei nº 3.857/60, em conformidade com o disposto no artigo 5º, incisos IX e XIII, da atual Constituição Federal. Questão de ordem solucionada para, sem suscitar-se o incidente de inconstitucionalidade, negar provimento à apelação e à remessa ex officio.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2000.70.00.023655-1 (TRF)

Originário: Nº 2000.70.00.023655-1 (PR)

Data da decisão: 17/09/2002

Relator: Juiz Federal EDUARDO TONETTO PICARELLI - 3ª TURMA

Órgão Julgador: 3ª TURMA"

A atividade artística, embora tenha logrado na história humana um amadurecimento técnico-científico, é essencialmente mutável e criadora, não estando sujeita aos critérios aos quais se possa vincular a uma ou outra arte, pois de tal maneira estaria se atribuindo censura. Afinal, não se pode comparar o exercício artístico a profissões como a de médico, advogado, engenheiro etc.

No entanto, isso não quer dizer que artistas não possam usufruir das garantias e direitos trabalhistas, conquistados ao longo dos dois últimos séculos, entre os quais está o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. O que se quer demonstrar aqui é a adequada interpretação constitucional dessas normas ao modelo democrático brasileiro que garante a livre expressão independente de quaisquer ditames ideológicos. Lembre-se ainda que o amadorismo artístico por vezes é uma postura filosófica, protegida pelo artigo 5º, incisos IV, VI e IX e XIII, pois ainda que não queiram seus defensores se profissionalizar, o que no âmbito cultural é perfeitamente plausível, já que é livre a manifestação dessa natureza, ainda assim o Estado deve garantir meios de realização da capacitação dos demais, conforme o artigo 215, § 3º, III, da Constituição da República de 1988.

A Lei dos Artistas teve nascedouro no Regime Militar, e as exigências às quais se refere a tradicional doutrina administrativista, no que tange à profissionalização artística, tiveram por intuito controlar, fiscalizar, inibir e censurar as mais diversas manifestações culturais.

A pretensão da Administração deve ser a de contratar o artista, constituindo o objeto do contrato a sua atividade. Essa contratação constitui, portanto, típica obrigação de fazer, na modalidade *intuitu personae*, não admitindo a subcontratação.

Ademais, para se efetuar a contratação, a Municipalidade, sem olvidar da margem de discricionariedade que lhe é peculiar, deve fazer o confronto entre o interesse público e a natureza da contratação, a fim de que se verifique a inafastável correlação que deve existir entre esses dois elementos.

Aliás, vale salientar que é sob a égide do interesse público e do princípio dos direitos culturais denominado

“atuação estatal como suporte logístico” que no momento em que o Poder Público Municipal propõe-se a contratar qualquer artista também deve estar ciente de que terá que dispor dos meios necessários para que o mesmo expresse-se segundo a liberdade de manifestação cultural plena. Daí que o Estado tem o dever de atender, sem olvidar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as exigências relativas aos equipamentos de palco, som e iluminação, entre outros.

No caso em comento, além das exigências de som e luz, como se trata de contratação direta de banda de renome nacional nunca é demais lembrar que se incluem também as despesas com transporte aéreo, hospedagem, alimentação e traslado.

O interesse público na realização do evento “Réveillon Fortaleza 2008” foi delimitado e devidamente comprovado por meio do projeto básico carreado aos autos e a contratação do grupo Paralamas do Sucesso, referência artística para pelo menos duas gerações no Brasil e no mundo, que perpetua a tradição do pop rock brasileiro dos anos oitenta, justifica-se na medida em que além de agradar a todos os públicos, representa uma divulgação e valorização da diversidade da música brasileira.

Em suma, diante das considerações aqui expostas e ante a impertinência constitucional do requisito da profissionalização e registro dos artistas, entendo não ser cabível o atendimento a esse requisito.

b) que seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo;

A contratação pode ser feita diretamente com o artista, mas se admite também a intervenção de empresário exclusivo, nos casos em que haja um vínculo contratual, que subordine a atuação do profissional à participação de um agente.

Aqui, também se abre o parêntese para firmar o entendimento a partir da ótica dos direitos culturais de que o empresário, da

mesma forma que o artista, não precisa estar inscrito no órgão do Ministério do Trabalho respectivo, nos termos da já citada Lei nº 6.533/78.

Quanto à exclusividade exigida no dispositivo ora em análise, admite-se a declaração feita pelo próprio artista demonstrando essa condição ou por meio de procuração, ou mesmo a juntada do contrato mantido entre o profissional e seu empresário.

Analisando os autos, percebe-se que esse requisito restou devidamente cumprido em face da existência de contrato por meio da qual a banda nomeia a empresa *Mangaba Produções Artísticas Ltda* como sua representante e procuradora, bem como de concessão de exclusividade de comercialização do show de Réveillon 2007/2008 à empresa *T'ai Produções* e, ainda, contrato de apresentação artística firmado entre as duas empresas.

c) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Não é o simples fato de se pretender contratar um artista que se configurará a hipótese de inexigibilidade do inciso III do artigo 25. Esse requisito exige que o artista seja renomado, devendo possuir notória consagração, seja através da opinião pública, seja pela crítica especializada. A inexigibilidade baseia-se na fama e notoriedade do profissional a ser contratado, devendo esse reconhecimento ser demonstrado nos autos, quando da elaboração da justificativa da escolha do profissional artístico pela Administração Pública.

A demonstração da consagração deve-se dar de forma concreta, através da juntada de *curriculum* ou portfólio do artista, bem como por meio de matérias jornalísticas em que se faça referência do trabalho por ele já desenvolvido. Nesses termos, já decidiu o Tribunal de Contas do Distrito Federal:

"[...] quanto à inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, na contratação de profissionais artísticos é necessária a apresentação de curriculum acompanhado de documentos que atestem a

consagração pela crítica e opinião pública."
6 (destaquei)

No caso concreto, a comprovação da notoriedade deu-se por meio da juntada de material informativo disponível em sítio eletrônico dedicado a abrigar a vasta e longa trajetória musical do grupo.

Analisados os requisitos do artigo 25, inciso III, percebe-se que o caso dos autos enquadra-se na hipótese de inexigibilidade ali disposta, haja vista a possibilidade de subsunção do fato concreto à norma legal. De qualquer modo, mesmo que se queira entender que a presente situação não se encaixa na moldura legal do referido inciso, ainda assim a inexigibilidade persistiria, primeiro ante a impossibilidade de se comparar trabalhos artísticos e segundo em face da exclusividade de produção do show albergada à empresa que ora se pretende contratar. A fundamentação legal recai, então, sobre a cabeça do artigo.

Assim é que não obstante o não enquadramento do caso em um dos três incisos hipotéticos para inexigibilidade de licitação, é de lembrar, como salientado anteriormente, que estes casos arrolados são meramente exemplificativos. Pode o Poder Público, portanto, contratar diretamente, com fulcro em tal artigo, sempre que restar impossibilitada a competição, pois, nesses casos, o procedimento licitatório restaria inócuo diante da impossibilidade de competição, circunstância essa que inviabiliza a licitação, seja por desperdício de tempo, seja por dispêndio desnecessário ao Erário.

Ao lado dos requisitos da hipótese de inexigibilidade ora vergastada, devem ser comprovadas, igualmente, a habilitação jurídica e a regularidade fiscal da pretensa contratada, nos termos dos artigos 27 e seguintes da Lei nº 8.666/93. A documentação carreada aos autos atesta essas condições, devendo, contudo ser verificada a validade das certidões apresentadas quando da assinatura do contrato, sob pena de inviabilizar a contratação.

Percebe-se ainda que a Nota de Autorização de Despesa

- NAD **não** se encontra acostada aos autos, descumprindo a exigência do artigo 4º do Decreto Municipal nº 12.156, de 22 de janeiro de 2007, que dispõe sobre a dotação orçamentário para o exercício financeiro de 2007, ficando a eficácia do presente parecer condicionado à apresentação da referida Nota de Autorização de Despesa, devidamente assinada para aprovação pela Comissão de Programação Financeira.

Os processos de inexigibilidade devem ser ratificados pelo Secretário da Setfor e publicados no DOM, no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 26, *caput*, da Lei nº 8.666/93 e do art. 1º, inc. III, do Decreto Municipal nº 9.321/94.

Por fim, cumpre salientar que o presente parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando o administrador na sua decisão de mérito, que deverá ser proferida nos autos, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.073 (Relator Ministro Velloso).

Diante de todo o exposto, atendidas as condições elencadas neste parecer entendo pela **possibilidade jurídica** da contratação do grupo musical nacional Paralamas do Sucesso para apresentação no evento "Réveillon Fortaleza 2008", com fundamento no artigo 25, inciso III ou *caput* da Lei nº 8.666/93, ficando a decisão de mérito acerca da conveniência, oportunidade, necessidade e viabilidade orçamentária a cargo da autoridade consulente.

É o parecer, salvo melhor entendimento.

À consideração do Sr. Procurador-Geral.

Fortaleza/CE, 28 de dezembro de 2007.

DANIELE CAVALCANTE DIAS

Procuradora-Geral Adjunta, em exercício
OAB/CE 14.960

RODRIGO VIEIRA COSTA

Estagiário da PGM



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO (Turma) nº 71129-CE 2006.05.00.062929-0

AGRTE : MUNICÍPIO DE FORTALEZA - CE
ADV/PROC : MIGUEL ROCHA NASSER HISSA E OUTROS
AGRDO : INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
REpte : PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
PARTE R : EMLURB - EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO
ADV/PROC : AROLDO BARRETO CAVALCANTE FILHO E OUTROS
PARTE R : VICENTE ARMANDO FONTELES
PARTE R : TOMAZ LIMA DE CARVALHO ROCHA
PARTE R : CLERTON BENEVIDES MACHADO
PARTE R : MARCOS STENIO TEIXEIRA
ORIGEM : 9ª VARA FEDERAL DO CEARÁ (PRIVATIVA DE EXECUÇÕES FISCAIS)
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ART 135, III, DO CTN.

- Insurge-se o Município de Fortaleza/CE contra decisão agravada com os fundamentos de que não é responsável por suposta dívida fiscal contraída pela EMLURB - Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização, sendo esta empresa

pública de direito privado com personalidade jurídica própria.

- Sustenta que não poderia constar no pólo passivo da execução fiscal promovida pelo INSS, uma vez que o Município não foi indicado como devedor ou co-responsável no título executivo que instruiu a Inicial.

- A solidariedade nas relações jurídicas de natureza tributária configura-se quando o responsável esteja vinculado ao fato gerador do tributo, a teor do que dispõe o art. 128 do CTN.

- No caso em tela, a execução fiscal foi movida unicamente contra a empresa executada EMLURB e os co-responsáveis, antigos gestores, não constando o nome do Município agravante na certidão de dívida ativa, conforme cópia acostada às fls.16/28.

- O entendimento jurisprudencial desta eg Corte é no sentido de não admitir o redirecionamento da execução fiscal nos casos não previstos no art. 135, III do CTN, sobretudo quando os supostos devedores não constam da certidão de dívida ativa que instrui o processo executivo.

Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 19 de abril de 2007

JOSÉ MARIA LUCENA

Relator.

RELATÓRIO

JOSÉ MARIA LUCENA – Relator:

Cuida-se de Agravo de Instrumento contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que, nos autos da Execução Fiscal nº 2004.81.00.013388-8, deferiu, em parte, o pedido de redirecionamento da execução para citação do agravante como responsável pela pessoa jurídica executada.

Insurge-se o Município de Fortaleza - CE contra a decisão agravada com os fundamentos de que não é responsável

por suposta dívida fiscal contraída pela EMLURB - Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização, sendo esta empresa pública de direito privado com personalidade jurídica própria.

Por derradeiro, sustenta que não poderia constar no pólo passivo da execução fiscal promovida pelo INSS, uma vez que o Município não foi indicado como devedor ou co-responsável no título executivo que instruiu a Inicial.

Parecer do MPF pelo não cabimento do agravo.

Sem contra-razões, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É O RELATÓRIO.

VOTO

JOSÉ MARIA LUCENA – Relator:

A matéria é bastante conhecida desta eg. Primeira Turma, de forma que não comporta maiores esclarecimentos.

Registro inicialmente que a solidariedade nas relações jurídicas de natureza tributária configura-se quando o responsável esteja vinculado ao fato gerador do tributo, a teor do que dispõe o art. 128 do CTN.

Observo que a execução fiscal foi movida unicamente contra a empresa executada EMLURB - Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização e os co-responsáveis – antigos gestores – Vicente Armando Fonteles, Clerton Benevides, Tomas Lima de Carvalho Rocha e Marcos Stênio Teixeira, não constando o nome do Município agravante na certidão de dívida ativa, conforme cópia acostada às fls.16/28.

O entendimento jurisprudencial desta eg Corte é no sentido de não admitir o redirecionamento da execução fiscal nos casos não previstos no art. 135, III do CTN, sobretudo quando os supostos devedores não constam da CDA que instrui o processo executivo, conforme acórdãos, de ementas:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO.

GERENTE QUE FIGURA NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO CO-RESPONSÁVEL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO PROVIDO.

1. TRATA-SE DE RECURSO DE AGRADO DE INSTRUMENTO, INTERPOSTO CONTRA DECISÃO EXARADA PELO JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO EM EXERCÍCIO NA 9ª VARA-CE, DR. LEONARDO RESENDE MARTINS, QUE REVOGOU DECISÃO ANTERIORMENTE TOMADA PELO JUIZ TITULAR, DR. JOÃO LUÍS NOGUEIRA MATIAS, INDEFERINDO O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA A PESSOA DA SRA. LEDA MARIA MARTINS COELHO, FUNDAMENTANDO SEU POSICIONAMENTO EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENTENDEU DITO MAGISTRADO QUE NÃO HAVIA COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO À LEI OU AO ESTATUTO SOCIAL POR PARTE DESTA ÚLTIMA, DIRETORA VICE-PRESIDENTE DA EMPRESA COBICA - CIA. BRASILEIRA DA CASTANHA DO CAJU.

2. O STJ JÁ DECIDIU QUE, HAVENDO INDICAÇÃO DOS CODEVEDORES NO TÍTULO EXECUTIVO (CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA), É VIÁVEL, CONTRA OS SÓCIOS, O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

3. NO CASO DOS AUTOS, HÁ INDICAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEL NA CDA DE FL. 23, O QUE AUTORIZA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM EXAME PARA A SUA PESSOA.

4. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. AGRADO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(TRF5 - AGTR 46955/CE, Relator Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos (convocado), DJ de 29/09/2006 - pág 891 - Nº: 188 - ano: 2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS. SÓCIO NÃO INDICADO NA CDA. RESPONSABILIDADE. PROVA INEQUÍVOCA E INDÍCIOS. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA

1. CUIDA-SE DE AGRADO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO DO JUIZ SINGULAR QUE, NO PROCESSO Nº 2005.80.01000574-5, INDEFERIU O PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA CITAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA.

2. NO CASO ENFOCADO, FOI A EXECUÇÃO MOVIDA UNICAMENTE CONTRA A EMPRESA EXECUTADA, NÃO CONSTANDO O NOME DO SÓCIO NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.

3. OCORRE QUE, NÃO HAVENDO PROVA INEQUÍVOCA, SEQUER INDÍCIOS, DO COMETIMENTO DE ATOS COM

EXCESSO DE PODER OU VIOLAÇÃO LEGAL PELO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA, NÃO HÁ COMO IMPUTAR-LHE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELA DÍVIDA COBRADA.

4. NÃO FOI CARREADA A ESTES AUTOS, ADEMAIS NENHUMA PROVA DE QUE TENHA A EXECUTADA SIDO DISSOLVIDA IRREGULARMENTE.

4. AGRADO REGIMENTAL PREJUDICADO. AGRADO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO

(TRF5 - AGTR 63706/AL, Rel. Desembargadora Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (convocada), Segunda Turma, decisão unânime, DJ de 10/04/2006 - pág. 520 - Nº: 504 - ano 2006).

Penso que não há como imputar ao Município de Fortaleza a responsabilidade solidária pela dívida cobrada de empresa pública com personalidade jurídica distinta.

Sendo assim, dou provimento ao agravo.

É como voto.