

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

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

**Fortaleza-CE - 2006
Ano 14 - Volume 14**

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 07

ARTIGOS

- 1 JUROS MORATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO 09
Fernanda Maria Diógenes de Menezes Oliveira
- 2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO E DIREITO DO CONSUMIDOR 25
Mário Sales Cavalcante
- 3 A NORMATIVIDADE REFORÇADA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO ABERTA..... 41
Everton Gurgel Soares
- 4 ELEMENTOS JURÍDICO-ARGUMENTATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL..... 81
Rogério Gesta Leal
- 5 BUSCAR A ORDEM, SUPERAR O CONFLITO: NOTAS ACERCA DO CONCEITO E FUNÇÃO DA POLITÉIA DOS GREGOS .. 103
Paulo Sávio Peixoto Maia
- 6 O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EXEMPLO DO GOVERNO FEDERAL..... 119
Leonardo Aguiar Maia
- 7 IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS DA SÚMULA VINCULANTE... 141
Paulo Antonio de Menezes Albuquerque
Rafael Benevides Barbosa Gomes
- 8 O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO 159
Michelle Amorim Sancho Souza
- 9 AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OS CONTORNOS DA LEI Nº 7347/85..... 171
José Helvesley Alves

- 10 A EFICÁCIA DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 438/2001 NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO 191
Jamille Andrade Xavier
- 11 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 207
Patrícia Gomes de Oliveira Rodrigues
- 12 DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA 235
Ana Paula Silva Santos
- 13 INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO MAGISTRADO E CULTURA DEMOCRÁTICA NO PODER JUDICIÁRIO 247
Jailton Macena de Araújo
Eduardo Pordeus Silva
- 14 APATRÍDIA: CASO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE 263
Lara Lobo Monteiro

PARECERES

- 1 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DIRETA DA ASSOCIAÇÃO DE DEFICIENTES MOTORES DO CEARÁ.... 273
Daniele Cavalcante Dias

TRABALHOS FORENSES

- 1 AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO 287
Miguel Rocha Nasser Hissa

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA 299

JUROS MORATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO EXPROPRIATION DELINQUENT INTERESTS

Fernanda Maria Diógenes de Menezes Oliveira

Procuradora do Município

E-mail: fernanda_diogenes26@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO E A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO; 2 CONCEITO DE MORA; 3 JUROS MORATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 EXPROPRIATION CONCEPT AND THE CONSTITUTIONAL REQUIREMENT OF A FAIR AND PREVIOUS INDEMNIFICATION; 2 ARREARS CONCEPT; 3 DELINQUENT INTERESTS IN EXPROPRIATION; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: A justa indenização na desapropriação compreende o valor do bem e, entre outras parcelas, os juros moratórios. O termo inicial de incidência dos juros foi alterado por medida provisória, sendo 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado, observando-se o sistema de precatórios.

Palavras-chave: Desapropriação. Juros moratórios. Termo inicial. Base de cálculo. Percentual de incidência. Precatórios.

Abstract: The impartial indemnity in expropriation covers the value of the good and, among other parcels, the delinquent interests. The interest incidence initial term was amended by a provisional measure, being January, 1st of the fiscal year following the year in which the payment should have been accomplished, observing the commission system.

Keywords: Expropriation. Delinquent Interest. Initial term. Calculus basis. Incidence percentage. Commissions.

1 CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO E A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO

A desapropriação é uma destacada forma de expressão do poder de império do Estado, representando a mais incisiva modalidade de restrição estatal sobre a propriedade privada, afetando o caráter perpétuo desta, à medida que corresponde a um procedimento administrativo através do qual o Poder Público impõe ao proprietário a perda de um bem, para fins de satisfazer o interesse coletivo.

É clarividente a desnecessidade de participação volitiva do proprietário original a fim de que o ato expropriatório se perfectibilize. Daí dizer-se que a vontade estatal se impõe, age de forma compulsória e, ainda, que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade.

Como exigência do Estado Democrático de Direito, à presente atuação estatal impõem-se limites. Primeiramente, tal agir compulsório deve estar fundado na necessidade ou utilidade pública ou interesse social do qual o bem se reveste, ou seja, a expropriação só se justifica se visa à consecução do bem comum, não estando na esfera de liberdade dos governantes. Além disso, a perda da propriedade deve ser compensada por indenização prévia, justa e em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV da Constituição Federal de 1988, de forma que o patrimônio do expropriado não sofra nem desfalque nem enriquecimento.

A exigência de indenização prévia assegura que, antes da ocupação do bem, o Poder Público deposite quantia em moeda corrente. E, ainda, que, antes da transferência do título de propriedade, a indenização seja definitivamente paga. Esse é o entendimento pacificado pela jurisprudência da Corte Suprema, que estabelece que só quando houver perda da propriedade é que deverá haver justa indenização, não sendo esta exigida para imissão de posse.

[...] O depósito prévio, como previsto na lei, não tem o objetivo de cobrir em sua inteireza, o quantum

da indenização, que só será identificável, a final. A indenização integralizada, por determinação constitucional, condiz com o direito de propriedade, e é devida na oportunidade em que o domínio (e não a posse provisória) se transfere ao expropriante com definitividade. (Extrato de Julgado do STJ – 1ª Turma – Resp. 28.262-0/SP – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo)¹.

É sabido que a compulsoriedade da desapropriação incide à medida que o proprietário não pode resistir à atuação estatal. Não fica, no entanto, vinculado ao valor indenizatório proposto pelo expropriante. Tem a faculdade de discutir o montante em juízo, caso não o considere justo.

Dessa forma, havendo divergência sobre o quantum da indenização, inicia-se o processo judicial, através do qual o ente público só poderá se imitar na posse do imóvel se depositar o valor ofertado a título de indenização. E, fixado o montante justo, só obterá o título de propriedade após o pagamento da diferença, caso existente. Assim, será resguardado o caráter prévio da indenização.

Como dito alhures, para que seja atendido o pressuposto da justiça da indenização, é mister que o patrimônio do expropriado seja totalmente recomposto, de forma que não sofra desgaste nem afira lucro.

Para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios. (CARVALHO FILHO, 2001, p. 630).

Os juros compensatórios remuneram a perda antecipada da posse, são, pois, cabíveis a partir da imissão provisória na posse. São calculados sobre a diferença entre os 80% do valor ofertado (apenas esse percentual pode ser efetivamente levantado pelo expropriado, nos termos do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/1941) e o valor fixado na sentença. Tal parcela era originariamente calculada a base de 12% ao ano, nos termos da Súmula 618 do STF. No

¹ No mesmo sentido: STF – 1ª T. – RE 141.632-7 – Rel. Ministro Celso de Mello, 26.05.1996.

entanto, a partir da Medida Provisória nº 1577, de 12.06.1997, sucessivamente reeditada, que acrescentou o art. 15-A ao Decreto-Lei 3.365/41, fixou-se a base de 6% ao ano. Note-se que, segundo entendimento majoritário do STF, esse percentual só deve ser aplicado nas ações expropriatórias em que a imissão na posse tenha ocorrido após a primeira edição da Medida Provisória que reduziu o percentual dos juros e até 13.09.2001, data da publicação do acórdão proferindo o julgamento da medida cautelar na ADI 2.332-2/DF, que suspendeu, dentre outras coisas, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano", contida no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41. (REsp 888886/GO. 1ª T. Rel. Ministra Denise Arruda. 10.04.2007)².

Os juros moratórios, por sua vez, destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito. Sob ótica diversa, correspondem à pena imposta ao devedor em atraso com o cumprimento da desapropriação.

A base de incidência é a mesma dos juros compensatórios, ou seja, a diferença entre 80% do valor ofertado e o valor final fixado na sentença, calculados a base de 6% ao ano, percentual também adotado pelo art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, acrescentado pela supracitada medida provisória.

Nesse ínterim, abrimos um parêntese para registrar a dubiedade da redação inserta pela Medida Provisória, no que se refere ao percentual de ambos os juros, ao estabelecer que serão devidos a razão **de até 6%**, gerando dúvidas se o percentual poderia incidir a menor, e, em caso afirmativo, em que circunstâncias e a quem competiria decidir o percentual devido.

Quanto ao termo *a quo* do cálculo dos juros moratórios, nos reservaremos a análise em tópico específico, onde faremos uma evolução das teses adotadas e avaliaremos de forma crítica a alteração proposta pela Medida Provisória citada.

Além de justa e prévia, a Constituição Federal prescreve que a indenização deve ser feita em dinheiro, salvo as exceções constitucionais.

2 No mesmo sentido: STJ - REsp 900238/BA, REsp 672120/RN.

Em havendo acordo administrativo entre expropriante e expropriado, o caso não gera maiores questionamentos. No entanto, existindo controvérsia sobre o montante devido, o expropriante deverá efetuar depósito judicial do valor ofertado, como condição para imissão na posse. Esse valor inicial, ou melhor, 80% dele, será levantado pelo expropriado através de alvará judicial. Fixado o valor definitivo em sentença, a diferença será paga através de precatório, observando-se o sistema do art. 100 da Constituição Federal.

2 CONCEITO DE MORA

O pagamento da diferença entre o montante depositado e o valor final da indenização fixado em sentença, em regra, só é efetivado após a propositura da execução e através do sistema de precatórios judiciais que, como é notório, desafia procedimento bastante longo e demorado.

A questão que se faz é a partir de que momento o Poder Público expropriante incide em mora? A partir de que momento o pagamento lhe era devido, cabendo remuneração ao expropriado pela demora?

Antes de tentarmos responder aos questionamentos, faremos pequena digressão sobre o instituto de direito civil denominado mora.

No Código Civil de 2002, a mora é regulamentada a partir do art. 394 e subdivide-se em *mora credores* e *mora devedores*, decorrendo da não realização da obrigação no tempo, lugar e forma estabelecidos.

Interessa-nos nesse momento apenas a mora do devedor. Consiste esta na inexecução culposa da obrigação no tempo, lugar e forma devidos, no retardo em efetivar a prestação. As conseqüências dessa demora, caso a prestação ainda seja útil ao credor, é a indenização pelos prejuízos efetivamente causados, mais juros, correção monetária e honorários advocatícios, nos termos do art. 395 do Código Civil.

Desta feita, os juros moratórios, como podemos concluir da análise do seu próprio nome, decorre do atraso no pagamento e visa a penalizar o devedor moroso e remunerar o credor pelo tempo em que ficou privado do recebimento do seu crédito.

Quanto ao momento em que o devedor incide em mora, precisamos distinguir as obrigações em *ex re* e *ex persona*. São da primeira espécie as obrigações líquidas e certas e com data de vencimento preestabelecida, ou seja, subordinadas a termo, de forma que implementado o termo e não cumprida a obrigação, a mora constitui-se de pleno direito, os juros são, pois, devidos a partir do vencimento. São da segunda espécie as obrigações que não tem termo preestabelecido, sendo necessária a interpelação judicial ou extrajudicial do infrator para que a mora venha a se constituir.

O art. 405 do Código Civil regulamenta, ainda, outro termo inicial para a cobrança de juros moratórios aplicável às obrigações ilíquidas, qual seja, a citação inicial.

Feita essa análise genérica sobre a mora e os respectivos juros e, considerando a finalidade dos mesmos, que é indenizar o credor pelo retardamento na execução da prestação, passaremos ao estudo dos juros moratórios na desapropriação, ressaltando que os débitos judiciais das entidades de direito público se submetem a sistema especial de pagamentos, qual seja, o precatório.

3 JUROS MORATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO

Embora simplista a observação, lembramos que só faz sentido falar em juros moratórios na desapropriação em sua fase judicial. Se houve acordo entre expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização, o Poder Público ou seu delegado só entra na posse/propriedade mediante o pagamento do *quantum* acertado, não havendo, pois, que se falar em atraso no pagamento.

No curso da ação expropriatória, ao contrário, o autor da desapropriação, na petição inicial, declina o valor que considera devido a título de indenização, procedendo ao depósito judicial do mesmo, para fins de imissão na posse do bem. O processo segue, então, seu curso na busca pelo justo valor da indenização. Fixado

este, pergunta-se: a partir de que momento o expropriante está obrigado ao pagamento da diferença? Qual é o termo inicial dos juros moratórios?

Embora *contra legem*, existem vários entendimentos sobre o cabimento dos juros moratórios e sobre seu termo inicial.

José Carlos de Moraes Salles sustenta que com o advento da correção monetária nas ações de desapropriação deixa de ter sentido a condenação do expropriante em juros moratórios, porquanto, corrigida a indenização até a data de seu efetivo pagamento, ficariam arredados os prejuízos que, da mora, poderiam decorrer, sendo, pois, despidos os moratórios. (SALLES, 2000, p. 611 e 612).

Noticie-se que o entendimento supra é isolado, não tendo repercussão nas Cortes Pretorianas, nem maior adesão na doutrina, visto ser *contra legem*.

Outra corrente, abeberando-se nas disposições do Código Civil, defende o cabimento dos juros moratórios, sendo este plenamente cumuláveis com a correção monetária, elegendo como termo inicial a citação.

Pelo menos no que se refere às desapropriações diretas, tal entendimento mostra-se equivocado. A citação é considerada pela lei civil como termo *a quo* dos juros por constituir o devedor em mora. Ocorre que na ação expropriatória o réu é o credor, de modo que a citação não gera o referido efeito, não podendo, pois, ser o termo inicial da incidência dos juros moratórios.

A despeito da importância histórica desse entendimento, motivo pelo qual aqui o registramos, também é minoritário, não encontrando respaldo na jurisprudência.

O entendimento majoritário, tanto nos Tribunais quanto entre os doutrinadores, ao menos até o ano de 1997, prescrevia que os juros moratórios, tanto nas desapropriações diretas quanto nas indiretas, eram devidos a partir do trânsito em julgado da decisão no processo de conhecimento, ou seja, da decisão que fixava o

valor da indenização. Entendimento este esposado pela Súmula 70 do STJ: "Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença". (STJ Súmula nº 70 - 15/12/1992 - DJ 04.02.1993. Juros Moratórios - Desapropriação - Trânsito em Julgado da Sentença).

Fixado o valor da indenização e encerradas as discussões sobre esse *quantum* com o trânsito em julgado da decisão, a partir desse momento o expropriante deveria efetuar o pagamento. Omitindo-se, incidiria em mora e a data do trânsito em julgado seria o termo *a quo* dos juros moratórios.

Ocorre que em 11 de junho de 1997 editou-se a Medida Provisória 1.577, sucessivamente reeditada, que inseriu o art. 15-B no Decreto - Lei 3.365/41, estabelecendo que nas ações expropriatórias, os juros moratórios, destinados a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, são devidos à razão de até 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

Não há dúvidas que, comparativamente ao entendimento antes vigente, esse é prejudicial ao expropriado, aquiescendo com a demora na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública.

Remetendo essa análise a outro momento, cabe inicialmente tentar revelar o conteúdo do dispositivo acrescentado pela Medida Provisória, esclarecendo qual é o momento inicial da contagem dos juros moratórios.

A nova norma faz referência ao art. 100 da Constituição Federal que trata do sistema de pagamentos dos débitos judiciais da Fazenda Pública, que se efetiva através de precatórios, nos seguintes termos:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na

ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

A disciplina constitucional dos precatórios determina ser obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (MORAES, 2006, p. 1452).

O art. 15-B, repise-se, estabelece o termo inicial dos juros moratórios como sendo 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, observando-se o sistema constitucional de precatórios. Isso significa dizer que se o precatório for emitido até julho de um ano, a Fazenda Pública deverá quitá-lo até o final do exercício seguinte e, se não o fizer, serão devidos os juros moratórios à razão de 6% ao ano a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente.

José dos Santos Carvalho Filho, interpretando a norma, sustenta que o novo critério significa dizer que se a sentença final de mérito transitou em julgado no primeiro semestre de um ano, os juros só serão contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Continua dizendo que a norma deixou margem a dúvida em duas hipóteses: 1ª) se, tendo a sentença transitado em julgado no primeiro semestre, só no segundo foi apresentado o precatório de pagamento; 2ª) se a sentença transitou em julgado no segundo semestre. (CARVALHO FILHO, 2001, p. 634).

A interpretação do Mestre Carvalho Filho, salvo melhor juízo, não considerou corretamente a dinâmica constitucional dos precatórios. Supõe que, caso a sentença transite em julgado no 1º semestre, os juros serão devidos a partir de janeiro do ano seguinte, no entanto, não é isso que prescreve a norma constitucional.

Como já dito alhures, o precatório tem que ser emitido até 1º de julho e não o simples trânsito em julgado da sentença, para que o pagamento possa ser exigível no ano seguinte, podendo ser efetuado até o final do exercício financeiro. Não efetuado o pagamento, apenas a partir de 1º de janeiro do ano vindouro os juros moratórios seriam devidos.

A despeito de mais benéfica para o expropriado, a interpretação sustentada por Carvalho Filho não observa fielmente o novo critério introduzido pela Medida Provisória sucessivamente reeditada. Parte do trânsito em julgado da sentença, quando o art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41 refere-se ao sistema de precatórios; supõe, ainda, que os juros teriam termo em 1º de janeiro do ano seguinte ao trânsito em julgado, se esse tivesse ocorrido até 1º de julho, quando o dispositivo se refere a 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Ademais, temos que ponderar que entre o trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento e a emissão do precatório, em regra, há um longo lapso, em especial nas ações expropriatórias, marcado pelo desenrolar do processo de execução, oferecimento de embargos a execução e, apenas após o trânsito em julgado deste, é que será expedido o precatório, cuja formação também envolve entraves burocráticos.

Fazendo-se, pois, análise mais acurada do entendimento de Carvalho Filho verificamos que o mesmo é insustentável do ponto de vista legal, embora possa ser, repita-se, mais justo ou mais benéfico ao expropriado.

Para clarear a interpretação que consideramos cabível ao dispositivo em análise, examinaremos a seguinte situação fática hipotética: considerando que uma sentença em ação de

desapropriação transitou em julgado em março de 2000. O expropriado propôs a execução no mesmo mês. A Fazenda Pública opôs embargos a execução, alegando excesso. A sentença nos embargos a execução transitou em julgado em abril de 2002. O expropriado celeremente apresenta os documentos necessários à formação do precatório, o qual é expedido em junho de 2002. Pergunta-se: a partir de qual data os juros moratórios seriam devidos?

Pelo posicionamento vigente antes da 1ª edição da Medida Provisória que introduziu o art. 15-B ao Decreto Lei 3.365/41, o critério, como já exposto, era o trânsito em julgado da sentença de desapropriação. No caso em análise, os juros moratórios seriam devidos a partir de março de 2000.

Ocorre que o art. 15-B do Decreto Lei 3.365/41 introduziu novo critério, qual seja, os moratórios têm termo inicial a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

Questiona-se nesse ínterim, em que exercício financeiro o pagamento seria devido. Seria devido imediatamente após o trânsito em julgado da sentença expropriatória? Seria devido logo após a propositura da execução? Ou o pagamento seria devido a partir do trânsito em julgado da sentença nos embargos a execução? Seria a partir da data de expedição do precatório? Ou, ainda, em sendo o precatório expedido até 1º de julho, o pagamento seria devido no ano seguinte?

Para respondermos aos questionamentos temos que nos reportar ao art. 100 da Constituição Federal, que prescreve que, diante da necessidade de inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento dos débitos judiciais das entidades de direito público, para precatórios expedidos até 1º de julho, o pagamento deve ser feito até o final do exercício seguinte. Conseqüentemente, para os precatórios expedidos após 1º de julho, o pagamento só será devido a partir do segundo ano seguinte.

Na hipótese em análise, sendo o precatório expedido em junho de 2002, o pagamento deverá ser efetuado até o final do

exercício financeiro de 2003, de forma que os juros moratórios só serão devidos, se o pagamento não se efetivar no período, a partir de 1º de janeiro de 2004.

Considerando que na hipótese supra o precatório só tivesse sido expedido em setembro de 2002, tal crédito só seria incluído no orçamento de 2004, de forma que o pagamento poderia ser feito ao longo deste exercício financeiro, só sendo devidos juros moratórios a partir de 1º de janeiro de 2005.

Note-se, pois, que a interpretação adotada por José dos Santos Carvalho Filho não observa as diretrizes constitucionais prescritas no art. 100, visto que adota a data do trânsito em julgado da sentença de desapropriação como o momento em que a Fazenda Pública deveria fazer o pagamento, concluindo que os moratórios seriam devidos a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.

Ocorre que essa interpretação exclui a necessidade da iniciativa do expropriado de executar o crédito, bem como desconsidera a garantia constitucional do sistema de precatórios, que visa a compatibilizar o pagamento dos débitos judiciais com a programação orçamentária do ente público.

Desde a vigência da primeira edição da Medida Provisória que acrescentou o art. 15-B ao Decreto-Lei 3.365/1941, as Cortes Superiores tem adotado esse novo critério de definição do termo inicial dos juros moratórios nas ações ainda em curso, sem, contudo, enfrentar a difícil exegese do dispositivo.

Recentemente, o TRF da 5ª região, em recurso da Advocacia Geral da União, adotou expressamente a tese esposada, ordenando a retenção de parte do precatório, haja vista o erro material no cálculo dos moratórios.

EMENTA: Administrativo. Processual Civil. Ação de desapropriação. Execução de sentença. Decisão exequenda que determinou a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado. Arguição de erro material nos cálculos que deram ensejo a expedição do precatório em face da não aplicação do art. 15-B

do decreto-lei 3.365/45, com a redação dada pela MP nº 1.901-31, de 26/10/99. Relativização da coisa julgada em obediência ao princípio constitucional da justa indenização. Aplicação do dispositivo legal que prevê que os juros de mora são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetivado. Possibilidade. Constatação efetivada pela contadoria deste tribunal da ocorrência de excesso de execução. Determinação de retenção do percentual de 12,87% do valor constante do precatório nº 52290 relativo a tal verba. (Embargos de Declaração (AGTR67275/01-CE) 2ª Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira. Proc. Originário Nº 200605000087274, 5ª Vara Federal do Ceará).

Nesse ínterim, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 613245/RS, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, assim se manifestou acerca do termo inicial dos juros moratórios:

A determinação trazida pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.200, ao introduzir no Decreto - Lei 3.365/1941 o art. 15-B, para que o termo inicial dos juros moratórios seja "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito", é regra que se coaduna com orientação mais ampla do Supremo, segundo a qual não há caracterização de mora do ente público, a justificar a incidência dos correspondentes juros, sempre que o pagamento se faça na forma e no prazo constitucionalmente estabelecidos (art. 33 do ADCT e 100 da CF).

Em suma, pelo atual critério, a data da efetiva emissão do precatório é fundamental para determinar a partir de qual momento incidem os juros moratórios, ou seja, sendo este expedido até 1º julho, o expropriante poderá efetuar o pagamento ao longo de todo o exercício financeiro seguinte, apenas se não o fizer, é que serão devidos os moratórios a partir de 1º de janeiro do próximo exercício; se a emissão do precatório for posterior a 1º de julho, a incidência dos moratórios será adiada por mais um ano.

4 CONCLUSÃO

O novo critério de fixação do termo inicial dos moratórios, a despeito de menos vantajoso para o expropriado, compatibiliza-se com a definição de mora, bem como é consentâneo com o sistema constitucional dos precatórios.

Ora, se o débito judicial de ente público só se torna devido depois da inclusão orçamentária do mesmo, o que se faz mediante a emissão do precatório, conclui-se que a mora só ocorre depois de preenchidos estes requisitos.

Assim, a sistemática decorre de prerrogativa constitucional da Fazenda Pública, diante dos interesses por ela tutelados, sendo decorrência do princípio da isonomia, que impõe tratamento diferenciado àqueles que são desiguais, na medida de sua distinção.

Por fim, cabe relatar que o que nos causa estranheza, trazendo dúvidas sobre a legitimidade do critério, é a forma através da qual ele foi introduzido, ou seja, por meio de Medida Provisória, instrumento legislativo cujo uso pressupõe relevância e urgência, à medida que possibilita ao Chefe do Executivo legislar.

Não tendo, pois, passado pela discussão e análise próprias do Processo Legislativo Ordinário, questiona-se a validade formal da norma que introduziu o critério e a finalidade da alteração: compatibilizar os juros moratórios à prerrogativa da Fazenda Pública, cujos débitos submetem-se ao sistema de precatórios ou favorecer a demora na quitação desses débitos, excluindo considerável porção do montante indenizatório, criando odioso privilégio para os entes públicos.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2006.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.365 de 1941**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO E DIREITO DO CONSUMIDOR

LEGISLATIVE COMPETENCE OF THE CITY AND CONSUMER LAW

Mário Sales Cavalcante

Procurador do Município de Fortaleza
Especialista em Direito do Consumidor pela UNIFOR
E-mail: m.scavalcante@uol.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO; 3 ANÁLISE DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR; 4 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO E O ART. 55 DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR; 5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS QUANTO AO TEMA; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 MUNICIPALITY LEGISLATIVE COMPETENCE; 3 MUNICIPALITY COMPETENCE ANALYSIS TO LEGISLATE ON THE CONSUMER'S RIGHT; 4 MUNICIPALITY LEGISLATIVE COMPETENCE AND THE ARTICLE 55 OF CONSUMER'S DEFENSE AND PROTECTION CODE; 5 JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDINGS ABOUT THE THEME; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: Por força dos ditames presentes na Constituição da República, não se pode negar ao Município a capacidade legislativa no que concerne direito do consumidor. Tal competência encontra fundamento na capacidade de autolegislação daquela pessoa política e no art. 30, I da Constituição Federal, observados os limites impostos pelo art.30, II do mesmo Estatuto Supremo. Outro ponto relevante é que a Lei nº 8.078/90 contém previsão no seu art.55, §1º que além de se harmonizar com a delineação constitucional do tema, se constitui em vetor da atuação dos municípios na edição de normas atinentes às relações de consumo.

Palavras-chave: Município. Competência. Direito do Consumidor. Possibilidade.

Abstract: By the power of the dictates seen on the Constitution of the Republic, the legislative capacity, on what concerns consumer law, can't be denied to the City. Such competence finds plea on the capacity of **self-legislation** of that

political entity and on art. 30, I, of the Federal Constitution, under the limits set by the art. 30, II, of the same Supreme Status. Another relevant matter is that the Law number 8.078/90 reads on its art.55, §1º, that, besides harmonize itself with the constitutional delineation of the theme, it establishes a vector of actuation of the city on relative norms to the consume relations edition.

Keywords: City. Competence. Consumer Law. Possibility.

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar propriamente na análise do objeto do presente estudo, convém tecer algumas considerações acerca do tema repartição constitucional de competências, diante da íntima relação com o tema a ser aqui desenvolvido.

A repartição constitucional de competências é ponto nuclear da noção do Estado Federal, uma vez que esta forma de Estado pressupõe a existência de entidades componentes dotadas de autonomia e conseqüentemente poder de emitir decisões.

Na Federação Brasileira, há um princípio que se constitui na pedra angular sobre a qual se estrutura a repartição constitucional de competências entre as entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios – CF, art.18): o da predominância de interesse. Segundo José Afonso da Silva (2002, p. 476), referido princípio significa que “[...] à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local [...]”.

E prossegue o renomado constitucionalista pátrio afirmando que: “Acontece que no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local” (SILVA, 2002, p. 476).

A repartição de competências entre os entes federativos se dá em função do aludido princípio tanto do ponto de vista administrativo quanto legislativo. No que concerne à divisão de competências legislativas (que é a que interessa ao presente estudo) a Constituição

da República assim a organizou: competência privativa da União (CF, art.22); possibilidade de delegação de competência para os Estados (CF, art.22, parágrafo único); competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (CF, art.24); competência remanescente do Estado (CF, art.25, §1º); competência exclusiva do Município (CF, art.30, I); competência suplementar do Município (CF, art.30, II) e competência reservada do Distrito Federal (CF, art.32, §1º).

2 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO

Sem dúvida, a competência legislativa municipal de maior relevo é que concerne à possibilidade deste ente federativo editar Lei Orgânica com vistas a se auto-organizar (CF, art.29). A Lei Orgânica é, pois, a norma jurídica municipal de mais alta hierarquia, responsável, dentre outras matérias, pela organização dos órgãos da Administração Municipal e pela disciplina da competência legislativa do Município, observados os preceitos da Constituição Federal e da Constituição Estadual respectiva.

Afora a possibilidade de editar Lei Orgânica, pode-se apontar o seguinte leque de competências legislativas do Município: competência balizada pelo interesse local (CF, art.30, I); suplementar (CF, art.30, II); plano diretor (CF, art.182, §1º); competência tributária expressa (CF, art.156).

Neste diapasão, cabe proceder a um exame do art.30, incisos I e II da Magna Carta de 1988. Segundo o art.30, inciso I da Lei Fundamental, compete aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”. E o que se poderia entender por interesse local?

Alexandre de Moraes (1998, p.282) entende que “Apesar de difícil conceituação, *interesse local* refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União)”.

• Para Hely Lopes Meirelles (2001, p.107-108) a expressão assume a seguinte extensão:

O que define e caracteriza *interesse local*, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre interesse do Estado ou da União [...] tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é do interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-Membro e à União.

Verifica-se, portanto, que a expressão *interesse local* em matéria de competência legislativa do Município - e que uma vez presente caracteriza a existência de competência deste ente federativo - está relacionada às peculiaridades e necessidades próprias da localidade, aproximando-se assim do termo *peculiar interesse* previsto no art.15, inciso II da Constituição Federal de 1967.

No que concerne ao art.30, inciso II da Constituição da República, há a previsão de que compete aos Municípios "suplementar a legislação federal e estadual no que couber". Comentando o referido mandamento constitucional, Pedro Lenza (2006, p. 203) assim se posiciona:

'No que couber' norteia a atuação municipal, balizando-a dentro do interesse local. Observar ainda que tal competência se aplica, também, às matérias do art.24, suplementando as normas gerais e específicas, juntamente com outras que digam respeito ao peculiar interesse daquela localidade.

Alexandre de Moraes (1998, p. 284) afirma que, com base no art. 30, inciso II da CF/88, pode o Município

suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas no art.24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local.

Do escólio da doutrina publicista acima citada, pode-se concluir que embora o Município não tenha sido mencionado no art.24, *caput* da Magna Carta dentre os entes da Federação dotados de competência para legislar concorrentemente sobre as várias matérias ali previstas, ao citado ente federado foi outorgada pela Constituição de 1988 a prerrogativa de editar normas regulamentadoras daqueles assuntos, desde que tal legislação diga respeito a interesse predominantemente local e, ainda, não invada matéria de competência federal ou estadual, ou mesmo disponha acerca de matérias já tratadas em legislação federal ou estadual. É, portanto, fundamental que os preceitos contidos nos incisos I e II do art.30 da Constituição Federal sejam observados conjuntamente a fim de que se possa precisar se num caso específico o Município pode ou não editar norma que disciplina determinado tema.

Nesta senda, cumpre então examinar se o Município possui competência para legislar sobre direito do consumidor e, em caso positivo, a extensão constitucional desta prerrogativa.

3 ANÁLISE DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR

À luz dos ditames presentes na Magna Carta, não se pode negar ao Município a capacidade legislativa de editar normas que digam respeito ao direito do consumidor. Referida capacidade legislativa encontra fundamento primeiro na autonomia normativa conferida pelo Constituinte de 1988 àquela pessoa política, isto é, na capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência. É a chamada capacidade de **autolegislação** que, juntamente às capacidades de auto-organização, auto-governo e auto-administração, serve de assento da autonomia municipal consagrada em sede constitucional.

A capacidade de autolegislação como prerrogativa política de matriz constitucional outorgada ao Município não admite limitações outras senão aquelas oriundas da própria Constituição Federal. Há, pois, um conjunto mínimo e irreduzível de atribuições constitucionais conferidas ao Município. Paulo Bonavides (2004, p. 354-355) ao discorrer sobre a garantia institucional do "mínimo intangível" na

autonomia do Município afirma que:

A teoria constitucional demonstra, de maneira persuasiva, que aquele núcleo central e medular ferido por uma eventual ingerência normativa do Estado-membro corresponde a um espaço autônomo mínimo, que até mesmo onde a autonomia municipal não logrou a amplitude federativa alcançada no Brasil desde a Constituição de 1988, tem sido inviolavelmente preservado, debaixo do manto protetor da garantia institucional cujo reconhecimento, assim pela doutrina como pela jurisprudência, representa um dos mais arrojados passos com que se tem acautelado a hierarquia, a legitimidade, a eficácia e a supremacia das normas constitucionais, doutro modo expostas, sem socorro possível, ao arbítrio e à inconsistência de vontades legislativas inferiores.

De acordo com esta orientação, o aplicador do direito deve evitar o emprego de recursos hermenêuticos que importem em indevida redução do leque de atribuições constitucionalmente outorgadas ao Município, tal como ocorreria no caso de vir a se negar ao Município a capacidade legislativa de editar normas de proteção ao consumidor quando se tratar de assunto de interesse evidentemente municipal.

Outro argumento que reforça a tese de que o Município tem competência legislativa em relação ao direito do consumidor tem por base o entendimento doutrinário acima exposto de que o referido ente federativo pode legislar acerca das matérias do art.24 da Lei Fundamental, muito embora não tenha sido mencionado no *caput* da aludida norma constitucional. A Constituição Federal no seu art. 30, incisos I e II, ao definir as competências legislativas municipais, autoriza que o Município suplemente a legislação federal e estadual no que couber, desde que presente o interesse local. Assim, como a matéria relativa ao consumidor se encontra prevista no art.24, inciso VIII da Magna Carta, o qual prevê hipóteses de competência legislativa concorrente, cabe concluir que presente estará a possibilidade de o Município editar normas atinentes às relações de consumo desde que tais normas tenham caráter suplementar em relação às normas editadas pela União e pelo Estado respectivo,

isto é, não disponham de forma diversa desses diplomas legais, não invadam matéria por eles disciplinada e, ainda, regulem interesses inequivocamente locais. José Afonso da Silva (2002, p. 623), ao comentar o mencionado permissivo constitucional, preleciona:

O art. 30 da Constituição já discrimina as bases da competência dos Municípios, tais como: (1) legislar sobre assuntos de interesse local, que consubstancia a área de competência exclusiva, incluindo aí, por conseguinte, a legislação tributária e financeira; (2) suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; aí certamente, competirá aos Municípios legislar supletivamente sobre: (a) proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; (b) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico local; (c) educação, cultura, ensino e saúde no que tange à prestação desses serviços de âmbito local etc.; [...]

No âmbito do Município de Fortaleza, o art.4º, *caput* da Lei Orgânica prevê a possibilidade de edição de normas sancionatórias de proteção ao consumidor, *verbis*: “Art. 4º O Município protegerá o consumidor, estabelecendo, por leis, sanções de natureza administrativa, econômica e financeira às violações ou ofensas aos seus direitos”.

Dentro da perspectiva delineada precedentemente, verifica-se que a norma em referência goza de plena legitimidade jurídico-constitucional, assim como toda a legislação municipal que, ao dispor sobre matéria relacionada à proteção do consumidor, diga respeito a interesses predominantemente locais e possua natureza suplementar em relação à legislação federal e estadual.

4 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO E O ART.55 DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

O art.55, *caput* da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) possui a seguinte redação: “Art.55 – A

União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativas, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”.

A similitude do preceito normativo contido no dispositivo legal acima transcrito com o disposto no art.24 da Constituição Federal, especialmente no que concerne ao seu inciso VIII e §§ 1º e 2º, foi percebida pela doutrina pátria, como se constata da lição de Carlos Alberto Silveira Lenzi (1991, p. 102-103): “O art.55 reafirma o princípio da competência concorrente e supletiva da União, Estados e o Distrito Federal para legislar, sobre matéria do consumidor, como está no art.24, VIII da Carta Federal, dentro de suas respectivas áreas de atuação administrativa”.

Já o art.55, §1º do CDC assim dispõe:

§1º - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Da leitura da norma acima referida, pode-se constatar sem maiores dificuldades que o legislador federal reconheceu expressamente a possibilidade de os Municípios legislar sobre direito do consumidor e, assim, editarem normas de caráter fiscalizatório e de controle de vários aspectos relacionados aos produtos e aos serviços postos à disposição dos consumidores (produção, industrialização, distribuição, a publicidade), além do mercado de consumo. Zelmo Denari (2001, p. 579-580) ao comentar a norma em apreço, nos oferece valioso escólio:

[...] o dispositivo tanto faz alusão às normas ordinárias de consumo, quanto às normas regulamentares de fiscalização e controle das atividades de fornecimento de bens e serviços, expressivas do poder de polícia administrativas, que podem ser editadas por

quaisquer entes políticos, nas respectivas áreas de atuação administrativa.

A competência suplementar do Município, para suprir omissões e lacunas da legislação federal e estadual, está prevista no inc.II do art.30 da Constituição Federal e deve ser acionada sempre que presente o requisito do interesse local ou, como dizia o anterior texto constitucional, quando se tratar de matéria de peculiar interesse do Município.

Municípios de nosso Estado e de outras unidades da Federação têm editado leis reguladoras do tempo máximo de permanência nas filas para atendimento bancário.

[...] é inarredável a competência suplementar dos Municípios para legislar sobre relações de consumo, e o tema em pauta envolve a utilização de serviços bancários. Resta indubitosa, portanto, a competência legislativa dos entes municipais para editar normas de bom atendimento aos Municípios, nos bancos e demais instituições de crédito, bem como cominar sanções repressivas das respectivas infrações.

É evidente que em face da supremacia das normas constitucionais e da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, a norma em foco deve receber uma interpretação conforme à Constituição Federal. Desse modo, a competência do Município prevista no art.55, §1º do CDC para editar normas de proteção do consumidor deve ser entendida como adequada ao art.30, incisos I e II da Magna Carta, ou seja, desde que presente o interesse local e sempre em caráter suplementar da legislação federal e estadual.

5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS QUANTO AO TEMA

As Cortes de Justiça pátrias já manifestaram entendimento em diversas ocasiões no sentido da legitimidade de normas municipais que visam conferir proteção e conforto aos consumidores de produtos e serviços, além de salvaguardar outros interesses destes, uma vez caracterizada situação de interesse local. A título exemplificativo

vale citar os seguintes julgados das Cortes de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. LAGOA VERMELHA. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL REGULANDO O ATENDIMENTO NAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS. CABIMENTO. -Consoante o inciso I do artigo 30 da Constituição Federal é da competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Não há direito líquido e certo à Instituição financeira quando objetiva a não aplicação de lei municipal que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento sem filas nos Bancos. -Recurso não provido. (Apelação Cível Nº 70011912425, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Julgado em 01/09/2005).

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE BANCÁRIA. CONSUMIDOR. LEI MUNICIPAL REGULAMENTADORAS ARTS. 48, XIII E 192, CF E CDC, IMPONDO TEMPO MÁXIMO DE ESPERA PARA O CONSUMIDOR SER ATENDIDO EM INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS NO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. Alegação de Inconstitucionalidade formal e material da lei municipal; invasão de competência da União, extrapolação da competência do Município e infringência ao princípio da isonomia. Sentença de denegação da ordem. Decisão monocrática desta Relatoria negando seguimento ao recurso. Interposição de Agravo Inominado pela impetrante repisando as alegações contidas no Apelo. Tema jurídico de interesse local (Art. 30, I, CF) acerca da regulamentação e diretrizes para o bom desenvolvimento de atividade empresarial frente aos direitos do consumidor. Não invasão de competência. Norma legal formal e materialmente constitucional. Denegação da ordem mantida. Precedentes desta Corte e STF. Improvimento do Agravo Interno. (TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.18782, Oitava Câmara Cível, Relator Des. Orlando Secco, Julgamento: 12/06/2007).

Em hipóteses semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça já se sinalizou na mesma direção:

PROCESSUAL - CONFRONTO ENTRE LEI ESTADUAL E FEDERAL - SOLUÇÃO À LUZ DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL - CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL (ALÍNEA B) - LEGISLAÇÃO CONCORRENTE.

I - Cabe recurso especial, para resolver conflito entre lei local e lei federal (Alínea b), quando a solução se possa obter sem declaração de inconstitucionalidade.

II - É lícito ao Município condicionar o funcionamento de agência bancária à instalação de dispositivos de segurança. Tal exigência não interfere com as leis federais que disciplinam o funcionamento das instituições financeiras. (STJ, REsp 220346/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, Rel. p/ acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, DJ 08.03.2000).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INSTALAÇÃO DE BEBEDOUROS EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. LEI MUNICIPAL N. 2.594/93. LEI FEDERAL N. 7.102/83.

1. Na hipótese em que o acórdão embargado não apresenta omissão, contradição ou obscuridade, a rejeição dos embargos de declaração não implica ofensa ao preceito inscrito no art. 535, I e II, do CPC.

2. A questão concernente à competência municipal para legislar sobre instituições de crédito, por possuir índole essencialmente constitucional, não pode ser examinada em sede de recurso especial.

3. Lei local - norma estadual, distrital ou municipal - que condiciona o funcionamento dos bancos à instalação de bebedouros não confronta com lei federal que disciplina as atividades das instituições financeiras.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 195793/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Órgão Julgador:

SEGUNDA TURMA, DJ 21.03.2005).
ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA.
ATIVIDADE BANCÁRIA. COMPETÊNCIA
LEGISLATIVA. DISTINÇÕES. COMPETÊNCIA
DO MUNICÍPIO PARA MATÉRIAS DE INTERESSE
LOCAL. ARTIGO 30, I E II, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL.

1. A competência para legislar sobre o melhor modo de prestar atendimento e segurança aos usuários de agências bancárias é do Município, porque a matéria diz respeito a interesse local (C.F., art. 30, I). É legítima, sob esse aspecto, a lei municipal que exige dos estabelecimentos bancários a criação de acesso exclusivo para carga e descarga de valores.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ, RMS 20681/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI PRIMEIRA, Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA, DJ 12.06.2006).

DROGARIAS E FARMÁCIAS. FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. PLANTÕES. LEI 5.991/73.

1. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), como é o caso do horário de funcionamento de farmácias e drogarias.

2. Não fere a Lei 5.991/73, lei municipal que determina a proibição às farmácias e drogarias não escaladas de abrirem seus estabelecimentos no horário fixado para o plantão.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 254543/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA, DJ 01.08.2000).

O Pretório Excelso também vem adotando a mesma orientação no que concerne à legitimidade constitucional da legislação municipal que disciplina interesse local relativo à proteção dos consumidores. Neste sentido, o Recurso Extraordinário nº 189170/SP em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio e Relator para Acórdão o Ministro Maurício Corrêa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FARMÁCIA.
FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO.
ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. A fixação de
horário de funcionamento para o comércio dentro
da área municipal pode ser feita por lei local,
visando o interesse do consumidor e evitando a

dominação do mercado por oligopólio. Precedentes.
Recurso extraordinário não conhecido. (Julgamento:
01/02/2001, Órgão Julgador: Segunda Turma).

A respeito ainda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabe ressaltar que a aludida Corte Constitucional tem enfrentado o tema aqui em debate principalmente em sede de recursos manejados pelas instituições financeiras que se insurgem contra a legislação de vários municípios que disciplinam interesses tipicamente locais dos usuários dos serviços bancários. Neste sentido vale conferir a ementa dos seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. AGÊNCIAS BANCÁRIAS.
TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO.
COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO. ART. 30, I, CB/88.

1. Ao legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas em seu território, o município exerceu competência a ele atribuída pelo artigo 30, I, da CB/88. 2. Matéria de interesse local. Agravo regimental improvido. (RE-AgR 433515/RS, Relator(a): Min.EROS GRAU, Julgamento: 30/08/2005, Órgão Julgador: Primeira Turma).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR.
INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATENDIMENTO
AO PÚBLICO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEI
MUNICIPAL. NORMA DE INTERESSE LOCAL.
LEGITIMIDADE. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco.
Atendimento ao público e tempo máximo de espera
na fila. Matéria que não se confunde com a atinente
às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria
de interesse local e de proteção ao consumidor.
Competência legislativa do Município. Recurso
extraordinário conhecido e provido. (STF, RE
432789/SC, Relato: Min. EROS GRAU, Julgamento:
14/06/2005, Órgão Julgador: Primeira Turma).

ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS -
COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE
LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A
INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS
DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA DE

USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - O Município dispõe de competência, para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, dos pertinentes equipamentos de segurança, tais como portas eletrônicas ou câmaras filmadoras, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art. 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil. Precedentes. (STF, RE 312050, Agr/MS; AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 05/04/2005; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 06-05-2005).

Quanto a este último julgado, cabe atentar para este trecho do voto do relator do feito, Ministro Celso de Mello:

[...] Com efeito, não vislumbro, no texto da Carta Política, ao contrário do sustentado pela parte recorrente, a existência de obstáculo constitucional que possa inibir o exercício, pelo Município, da típica atribuição constitucional que lhe pertence, fundada em título jurídico específico (CF, art.30, I), para legislar, por autoridade própria, sobre a instalação, em agências bancárias ou postos de serviços, de instalação de bebedouros e sanitários.

Na realidade, o Município, ao assim legislar, apóia-se em competência material – que lhe reservou a Constituição da República – cuja prática autoriza essa mesma pessoa política a dispor, em sede legal, sem qualquer conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central, sobre tema que reflete assunto de predominante interesse local, (a) seja ele vinculado ao conforto dos usuários dos serviços bancários, (b) seja aquele associado à segurança da população do próprio Município, (c) seja aquele concernente à estipulação de tempo máximo de permanência nas filas das agências bancárias, (d) seja, ainda, aquele pertinente à regulamentação edilícia vocacionada a permitir, ao ente municipal, o controle das construções, com a possibilidade de impor, para esse específico efeito, determinados requisitos necessários à obtenção de licença para construir ou para edificar.

6 CONCLUSÃO

Face a todas as considerações acima explanadas, impende reconhecer que o município possui competência legislativa sobre matérias que digam respeito ao direito do consumidor. Referida competência deve ser encarada como expressão da autonomia constitucional atribuída ao aludido ente federativo, a qual somente admite limitações expressamente previstas na Magna Carta. Outro aspecto relevante é que a competência para a edição de normas protetivas do consumidor é norteadada fundamentalmente pelo critério do interesse local previsto no art.30, inciso I da Magna Carta de 1988, além da necessária observância da natureza suplementar das normas jurídicas municipais em relação à legislação federal e estadual, conforme dicção expressa do art.30, inciso II do mesmo Estatuto Fundamental.

Nessa perspectiva, a Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) contém previsão no seu art.55, §1º que se harmoniza com a configuração constitucional do assunto, ao tempo em que se constitui em importante vetor da atuação dos municípios na edição de normas de fiscalização e controle de diversos aspectos atinentes às relações de consumo.

7 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DENARI, Zelmo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.
- LENZI, Carlos Alberto Silveira. **Código do Consumidor Comentado**. Brasília: Consulex, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A NORMATIVIDADE REFORÇADA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO ABERTA

REINFORCED NORMATIVITY OF THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS IN AN OPEN CONSTITUTION

Everton Soares

Procurador do Município

Membro Titular do Conselho de Tombamento do Município de
Fortaleza

E-mail: evertongurgelsoares@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DO CONCEITO MATERIAL DE CONSTITUIÇÃO; 3 DA REACOMODAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA NORMATIVO; 4 DO NEOCONSTITUCIONALISMO; 4.1 DO MARCO HISTÓRICO; 4.2 DO MARCO FILOSÓFICO; 4.3 DO MARCO TEÓRICO; 4.3.1 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; 4.3.2 NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO; 4.3.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO; 4.3.4 NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL; 5 DA CONSTITUIÇÃO ABERTA; 6 DA ESPECIAL DIGNIDADE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONSTITUTION MATERIAL CONCEPT; 3 NORMATIVE SYSTEM PRINCIPLES REROUTING; 4 NEO-CONSTITUTIONALISM; 4.1 HISTORICAL MARK; 4.2 PHILOSOPHICAL MARK; 4.3 THEORETICAL MARK; 4.3.1 CONSTITUTIONAL JURISDICTION EXPANSION; 4.3.2 CONSTITUTION NORMATIVITY; 4.3.3 CONSTITUTIONALIZATION OF LAW; 4.3.4 NEW CONSTITUTIONAL INTERPRETATION; 5 OPEN CONSTITUTION; 6 SPECIAL HONOUR OF THE EFFECTIVENESS PRINCIPLE IN THE NEW CONSTITUTIONALISM; 7 CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: Este trabalho busca identificar a sucessão de idéias e doutrinas que culminaram na assertiva segundo a qual o princípio da efetividade goza de elevado grau de normatividade, mercê das modernas teorias relacionadas à Constituição

e à imperatividade de seus princípios. Tratou-se inicialmente do conceito material de Constituição, em que a Carta Constitucional é concebida em associação direta com os influxos sociais, com os anseios do povo e com os vetores de poder, em oposição ao conceito jurídico-formalista da mera Constituição "folha de papel", na terminologia usada por Lassale. Em seguida, passou-se a analisar o novo papel atribuído aos princípios na ordem normativa, que partiram de meros instrumentos de integração do ordenamento jurídico, para hoje assumirem o papel de *caput* da pirâmide normativa. Movimento para o qual contribui de forma substancial o Neoconstitucionalismo e seus corolários, tais como o pós-positivismo, a expansão da jurisdição constitucional, o reconhecimento da normatividade da Constituição, a constitucionalização do Direito e os novos instrumentos de interpretação constitucional. Nessa mesma trilha, foi abordado o conceito de Constituição aberta, em que esta é passível de assumir a forma dos desígnios da coletividade que a compõe, com a abertura da Constituição aos agentes externos, de sorte que possa veicular o ethos dominante de um povo. Assim, em razão de a efetividade do processo constituir-se, hoje, em um dos principais anseios do corpo social, concluiu-se que se trata de princípio com alto grau de normatividade, eis que a coletividade compõe, por meio de seus influxos axiológicos, a Constituição material, e esta, por sua vez, há de estar aberta para que esses valores atuem de forma plena.

Palavras-chave: Conceito material de Constituição. Normatividade dos princípios. Neoconstitucionalismo. Constituição aberta. Efetividade processual.

Abstract: The principle of processual effectiveness deserves high levels of normativity, regards to the modern theories related to the constitutionalism and the imperativity of its norms. This work intended to identify the variety of ideas and doctrines that came to legitimate the assertive above. First of all, was made an explanation about the material concept of Constitution, in opposition of what Lassale called "Paperwork Constitution". After that, was analyzed the new role developed by the principles in the normative order, for which contributed in a important way the so called New Constitutionalism. On this same perspective, was explained the concept of open Constitution, the one that is subject to be influenced by the external sources of normativity, especially from social actors. In that sense, was possible to conclude that the principle of processual effectiveness has got high levels of normativity because of the way it is valued by the modern societies.

Keywords: Material concept of the Constitution. Normativity of principles. New Constitutionalism. Open Constitution. Processual effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Supremacia material da Constituição, preceitos constitucionais que sobejam o texto positivado, constitucionalização do Direito, superior posição hierárquica dos valores, interpretação conforme a Constituição são, só para citar alguns, conceitos já bastante arraigados no espírito de tantos quantos lidam com o Direito.

Bom que seja assim. Os institutos do Constitucionalismo contemporâneo lançam luz sobre recôncavos antes sombrios do Direito e devem, como em geral o são, ser manejados diuturnamente pelos operadores do sistema jurídico.

O que amiúde perdemos de vista é que, até chegarmos aqui, isto é, até o Direito Constitucional ter alcançado esse sobranceiro patamar de desenvolvimento, longo caminho foi percorrido. E é até natural que não nos demos conta disso, eis que o homem, por sua própria natureza, tende menos a olhar para o que passou e, mais, para o que está por vir, esquecendo-se que a construção do futuro é feita no presente, mas com ferramentas forjadas no passado.

Sob essa perspectiva, para entendermos o atual significado das normas constitucionais e, em particular, o porquê de o princípio da efetividade processual situar-se num plano tão elevado de normatividade, é necessário que percorramos a trilha traçada pelo que podemos chamar de Constitucionalismo social, em cujo início se encontra a elaboração de um conceito material de Constituição – a partir do qual se desenvolve o Neoconstitucionalismo – e, na outra ponta, a concepção de Constituição aberta, com o que os valores reputados relevantes no seio social não só encontram finalmente abrigo no sistema constitucional, como este mesmo sistema passa a ser dotado de mecanismos hábeis a repercutirem a dinâmica cambiante de valores de cada época, sem que, para isso, seja necessário alterar-se o texto constitucional.

Já a escolha da efetividade do processo como princípio a ser especialmente focado pode, num primeiro momento, gerar em quem se disponha a ler este trabalho uma sensação de que estaríamos, digamos, chovendo no molhado, dada a imensa

quantidade de trabalhos científicos voltados a este tema e vindos à baila nestes últimos anos. É, de fato, incontável o número de artigos, monografias, dissertações que cuidaram de tratar da efetividade do processo. Sob esse ponto de vista, estou mesmo em uma posição retardatária.

Ocorre, no entanto, que constitui justamente um dos objetivos deste trabalho tentar somar-se aos que foram antes produzidos, com o fito de fazer coro com as vozes que propugnam por uma visão mais instrumentalista do processo, notadamente, por parte da jurisprudência, porquanto esta parece, até aqui, não ter se dado conta de que a efetividade é valor constitucional e que, por essa razão, sobrepõe-se a questões menores, tais como formalismos técnico-processuais.

Assim é que, ao nosso sentir, são bem-vindas todas as proposições que possam agir no convencimento de que a efetividade do processo é bem que goza de elevada dignidade. Se já foram tantas até esta data, que muito mais venham, até que se consiga traspasar definitivamente a resistência, sobretudo jurisprudencial, a essa nova concepção de processo.

De outra banda, devo assinalar que, conquanto sejamos retardatário no que respeita ao aspecto acima referido, o leitor não ficará desapontado com a extrema atualidade dos demais temas aqui tratados, a maioria dos quais relacionada ao Neoconstitucionalismo.

Este trabalho, como objeto da conduta humana que é, orienta-se a um fim, que vem a ser o oferecimento de uma base de argumentação em favor da efetividade do processo, calcada na concepção de uma Constituição aberta. É essa, portanto, nossa estação de destino no âmbito do vertente trabalho, ao que convido o caro leitor a seguirmos juntos até lá.

2 DO CONCEITO MATERIAL DE CONSTITUIÇÃO

Comecemos por tomar consciência de um dos grandes marcos da ciência do Direito Constitucional, e que implantou as bases para

o desenvolvimento dos modernos institutos a ele relacionados: refiro-me ao conceito material de Constituição.

A nova abordagem da Constituição, proporcionada por seu conceito material, em oposição ao conceito jurídico-formalista, representou verdadeira guinada no rumo que tomou o Constitucionalismo ocidental. A partir dela, pôde-se explorar os terrenos férteis onde floresceram os mecanismos contemporâneos de jurisdição constitucional.

Essa nova abordagem, como é de se imaginar, não assume um momento fixo na história. É ela um processo que se inicia a partir da segunda metade do século XIX com Lassale e ganha corpo com os constitucionalistas de Weimar. Vejamos como se deu a passagem de uma para outra corrente.

Paulo Bonavides (2003, p. 94-95) pinta bem o retrato do Direito Constitucional no momento anterior à adoção do conceito material, expressando-se nestes termos:

O Constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava as garantias e direitos individuais. A Constituição se continha toda no Texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder.

Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes. Estabelecido então o divórcio entre Sociedade e o Estado, a Constituição **exprimiu apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo** [...] Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal [...] Confiados na abstração tranqüila dos textos, alçaram eles as surpreendentes

extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de **pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado** (Grifou-se).

Bem de ver que a Constituição, para o Constitucionalismo clássico e no contexto positivista, não possuía associação direta com os influxos sociais, com os anseios do povo ou com os vetores de poder. Era ela unicamente um texto jurídico, em que pese com feições próprias, que a distinguiu de outras espécies normativas. Distinções, contudo, apenas no plano técnico-normativo e, não, no plano axiológico.

A entronização do positivismo como substrato filosófico do direito concorreu especialmente para o prestígio do conceito formal de Constituição. Para isso, contou com a formulação de Laband e Jellinek, e, já num segundo momento, encontrou em Kelsen e sua Teoria Pura do Direito seu principal arrimo teórico. Recorramos novamente ao Prof. Bonavides (2003, p. 171-720), que resume com maestria o que representa a Constituição sob o prisma formalista, vejamos:

Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista [...] é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal dos direitos. Daqui deriva metodologicamente uma espécie de construtivismo positivista, de cunho neutral e apolítico. Esse positivismo confere um **poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito**, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras e normas jurídicas [...]

A Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem **coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido**

material de Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas.

A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica por seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade subjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.

Dentre os corolários mais perniciosos que decorrem desse formalismo da Constituição, exsurge a completa ausência de limites para o conteúdo das normas infraconstitucionais, fato que, como se viu, não passou despercebido pelo ilustre Professor da Universidade Federal do Ceará.

Veja que o positivismo faz coincidir positivação com legitimação, sendo assim, desimportante é o valor atribuído pelo seio social a determinada norma, porquanto, para a validade desta, seria de se exigir tão somente que o processo legislativo se desse nos termos propugnados pelas normas postas. Sob esse ângulo, não haveria espaço para se perquirir a idoneidade do conteúdo da norma.

Em verdade, a reação à idéia de uma Constituição dissociada da realidade – em que esta se resumiria tão-somente a um instrumento jurídico – veio mesmo antes de Kelsen lançar as bases de suas idéias positivistas. Já em 1862, Lassale, em sua célebre Conferência, da qual resultou o livro “A Essência da Constituição”, direcionava sua irrisignação ao que chamou de Constituição “**folha de papel**”, instrumento normativo em dissonância com os fatores de poder que impregnam a sociedade e, em razão disso mesmo, fadada a perecer.

Mas o golpe mais duro na corrente formalista proveio de Carl Schmitt. Foi mesmo a polêmica Kelsen-Schmitt travada nos anos 30, em Colônia, o momento crucial de reação contra o sentido formal de Constituição.

Schmitt começa por estabelecer a distinção entre Constituição e lei da Constituição. A última, representando as normas

constitucionalmente postas; a primeira, a vontade política que cria a Constituição. Assim é que a essência da Lei maior não se acharia contida numa norma, mas, sim, na chamada decisão política fundamental do titular do poder, sendo este o povo ou o monarca, a depender do regime adotado.

O decisionismo de Schmitt, no entanto, ao tempo em que repele com vigor a visão formalista de Constituição, retirava da Norma Constitucional sua juridicidade, fazendo-a cingir-se a mero reflexo da esfera de poder. Com isso, a Constituição viu-se profundamente despida de sua força normativa.

Trata-se, assim, de dois extremos: de um lado, Kelsen e sua teoria normativa, mercê da qual a Constituição vale tão-só por estar regularmente positivada; de outro, Schmitt com sua teoria material, que, a despeito de aproximar a Constituição dos fatores reais de poder que a compõem, negou à Constituição-lei qualquer força normativa.

Coube a Rudolf Smend reabilitar o conceito material de Constituição de molde que não significasse a completa negação de sua normatividade. Para tanto, procurou superar oposição rígida entre norma e fato, presente tanto na doutrina Kelsiana quanto em Schmitt. Assim é que Smend desenvolveu sua doutrina com foco no poder normativo do fato. Buscava, com isso, demonstrar o efeito integrador da Constituição, que, no mesmo passo em que operava mudança na realidade, sofreria influxos e estaria sujeita a mutações, por força de pressões externas.

O Constitucionalista de Weimar teve, portanto, o mérito de compatibilizar a força normativa, presente na doutrina formalista, com o conceito material de Constituição, em que esta é tomada como que formada por elementos de valor advindos das forças reais que a constituem. A partir de suas formulações, ampliou-se o horizonte do Direito Constitucional, eis que, doravante, as portas da Constituição estavam abertas para todos os matizes de valores originados das incessantes pulsações do corpo social.

O desenvolvimento do conceito material de Constituição é obra inacabada e que se revela e se renova a cada proposição que busque sintonizar os ditames constitucionais com os anseios da

coletividade. Em razão disso, a nós é dado afirmar que o conceito material de Constituição é tema que subjaz aos mais diversos avanços desse campo do Direito.

3 DA REACOMODAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA NORMATIVO

Os princípios compõem espécie normativa que mais se prestam a fazer valer o conceito material de Constituição. É primordialmente por meio deles que a Ordem Constitucional opera seu efeito integrador, recebendo os influxos de valores dominantes de uma sociedade.

É nesse sentido a lição de Gomes Canotilho (1992, p. 174-76), senão vejamos:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança” mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, da concordância, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebel'sky).

Esta perspectiva teórico-jurídica, tendencialmente “principlista”, do “sistema constitucional”, como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque oferece suporte rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...] mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema.

O grande impulso das normas principiológicas se deu, em verdade, quando estas, ao se inserirem nas Constituições, foram

guindadas ao *caput* da ordem jurídica e alçaram vôo a reboque do processo de transformação da supremacia constitucional, à medida que esta se transmudava de uma superioridade formal, em supremacia material.

Bom que se diga, entretanto, que a constitucionalização das normas principiológicas não lhes garantiu de imediato o reconhecimento de sua normatividade. É dizer, à sua inserção na Constituição não se seguiu, ato contínuo, o alcance do grau de normatividade que ora detêm.

Isso porque a constitucionalização dos princípios se deu em dois momentos distintos. No primeiro, na fase programática, a normatividade é mínima, já no segundo, com o advento do pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo, os princípios vêm ocupar o lugar de maior destaque na tessitura normativa do Estado de Direito, passando à condição de *norma normarum* do sistema.

Foi decerto após a Segunda Grande Guerra, em virtude da visão de mundo emergida daqueles escombros – em que não mais se concebia a ordem jurídica como um compartimento estanque de regras – que os princípios passaram, a partir de então, a entronizar o ápice da pirâmide normativa, na esteira das novas ordens constitucionais que então surgiam.

As normas principiológicas passam então a desempenhar papel fundamental no bojo do Constitucionalismo de vanguarda, em ordem a solapar os antigos dogmas do tudo-ou-nada ou das regras de conteúdo rígido, para, em seu lugar, introduzir os esteios axiológicos que permeiam o Estado, refletidos dali em diante nas Cartas Constitucionais, tal como foi delineado por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 85-86). Vejamos o que diz ela:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções política, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de

educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada de direitos fundamentais foram marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado [...] Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.

É a era do pós-positivismo que se nos descortina, e, com ela, o Neoconstitucionalismo, que passa, então, a cantar loas aos princípios, no mesmo passo em que sedimenta o conceito material de Constituição.

4 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para entendermos qual o lugar reservado aos princípios na ordem jurídica contemporânea, dimensionando o alcance de sua força normativa, e, ainda, para compreendermos como a evolução do conceito material de Constituição proporcionou que se caminhasse, ainda mais, na direção de uma Constituição aberta, urge termos bem presentes os contornos atuais do Direito Constitucional. Falamos do Neoconstitucionalismo, expressão que quer significar o atual estado da arte em matéria constitucional, respeitante à condensação de conceitos desenvolvidos pela doutrina constitucional – donde não se exclui, especialmente neste caso, a jurisprudência – a partir, sobretudo, do fim da Segunda Guerra, e que representa uma tentativa de criar mecanismos para concretização das normas constitucionais, tomando-as sob sua dimensão valorativa. Esse novo Constitucionalismo possui seus próprios marcos ou aspectos-chave. São eles de cunho histórico, filosófico e teórico (BARROSO, 2005, p. 02). Vejamo-los.

Antes apenas, assinalemos que o estudo do Neoconstitucionalismo a ser desenvolvido neste trabalho segue em

linhas gerais a **divisão entre os marcos histórico, filosófico e teórico adotada por Luís Roberto Barroso** em seu trabalho intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do constitucionalismo no Brasil”, cumprindo, no entanto, esclarecer que dita divisão sofre aqui sutis modificações. Exemplo disso é que, ao desenvolvermos nosso tema, inserimos o fenômeno da “constitucionalização do Direito” no bojo do marco teórico do Neoconstitucionalismo, diferentemente, nesse tocante, do Professor da UERJ, que o aborda separadamente, tomando-o como um corolário dos três aspectos-chave desse novo Constitucionalismo.

Devemos confidenciar, contudo, que essa e outras tênues mudanças no modo como agrupamos as idéias devem-se menos a qualquer dissonância de opinião, e, mais, por entendermos que a opção por nós elegida conferiria mais coerência e melhor encadeamento das idéias desenvolvidas neste trabalho.

4.1 Do marco histórico

Pois bem. Como marco histórico do novo Constitucionalismo podemos apontar, em primeiro plano, e decerto o mais importante, a promulgação da Constituição de Bonn, de 1949 e, em especial, a instalação do Tribunal Constitucional Alemão, em 1957. São também momentos emblemáticos dessa nova fase constitucional a promulgação da Constituição Italiana de 1947, com destaque igualmente para a instalação da Corte Constitucional da Itália, em 1956. Já um tanto depois, é digna de nota a redemocratização dos países ibéricos, que fez das Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) instrumentos do novo Constitucionalismo.

Foi de fato o Constitucionalismo alemão do pós-guerra, capitaneado pela interpretação constitucional promovida pelo *bundesverfassungsgericht*, o maior responsável por firmar as bases do Neoconstitucionalismo. Como é de fácil percepção, a experiência traumática por que passou aquele País, assolado pela doutrina nazi-fascista, em muito contribuiu para impulsionar a renovação do que se deveria considerar como o papel adequado da Ordem Constitucional no Estado de Direito.

É fora de dúvida que a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão valeu-se, ainda que inconscientemente, da dolorosa experiência do totalitarismo nazista, para assim construir de forma brilhante um sistema constitucional que se pretende infenso aos erros daquele passado próximo. E fê-lo sobretudo por meio de decisões centradas na intangibilidade dos direitos fundamentais, fazendo destes o eixo em torno do qual gira a ordem jurídica. Coube, ainda, ao *Bundesverfassungsgericht* o desenvolvimento de idéias tais como a interpretação conforme a Constituição e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Também no Brasil a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 marcam o momento de penetração das idéias do Constitucionalismo contemporâneo no País. Mais do que simplesmente trazer em seu bojo elementos típicos do Neoconstitucionalismo – o que fez com profusão, vale assinalar – a Constituição Cidadã trouxe o debate constitucional para o cotidiano da vida nacional.

Nesse particular, merece menção a crescente cobertura da mídia sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF. A exposição pública dessas decisões concorre inelutavelmente para que grasse no seio da população a sensação de que o destino das coisas do Estado está atrelado a uma lei superior, de rigidez qualificada. Essa tomada de consciência é de suma importância para o novo Constitucionalismo. Até porque, como teremos oportunidade de ver em outro momento deste trabalho, a integração Constituição-Sociedade – compreendendo uma interação dinâmica, e em duas vias, de valores, legitimação e efeito transformador – é aspecto particularmente essencial do Constitucionalismo contemporâneo.

4.2 Do marco filosófico

Por seu turno, o pós-positivismo constitui o marco filosófico do Neoconstitucionalismo, e vem à baila para refutar, a uma só tempo, as construções abstratas do jusnaturalismo e o excessivo apego ao Direito posto.

Deve ser salientado que o pós-positivismo de modo algum despreza a dogmática jurídica representada pelas normas produzidas

pelo Estado. São estas, de fato, na visão pós-positivista, o ponto fulcral donde emana a concretização da justiça. No entanto, a nova doutrina busca impregnar a ordem jurídica com elementos valorativos irradiados notadamente de princípios basilares e da dignidade da pessoa humana.

Importa atentarmos que, para o pós-positivismo, a abertura do sistema aos valores não se dá por meio de recurso a categorias metafísicas, como o faz o jusnaturalismo, mas, sim, trata-se de conferir sistematicidade e previsibilidade à concreção dos valores, de sorte que a prevalência destes no conflito dialético com regras não signifique casuístas ou simplesmente reflita as idiosincrasias do órgão que aplica o Direito.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 04) traça com bastante propriedade o percurso das idéias que em nosso tempo culmina no pós-positivismo. Vale a pena transcrevermos suas palavras, veja:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do

nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Com efeito, o pós-positivismo é, por assim dizer, a base ideológica do Constitucionalismo contemporâneo, e é nele que bebem a doutrina e as cortes constitucionais para implementarem os institutos próprios do novo Constitucionalismo.

4.3 Do marco teórico

No que se refere ao marco teórico do Neoconstitucionalismo, cumpre-nos dar especial realce às seguintes características: a expansão da jurisdição constitucional, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a constitucionalização de direitos e o novo modelo de interpretação constitucional. Vejamos cada qual.

4.3.1 Expansão da jurisdição constitucional

A expansão da jurisdição constitucional vem ocorrendo de forma substancial e progressiva, a ponto de ser facilmente perceptível por todos, sejam ou não operadores do Direito. É nota característica do novo Estado Constitucional a posição de relevo a que está cometido o Poder Judiciário e as cortes constitucionais. Estas, por operarem com base no arquétipo judicial, serão consideradas, para efeito desta explanação, como compreendidas no conceito de Poder Judiciário.

Veja que a posição de relevo do Judiciário dentro do sistema político é tão interdependente da noção de Neoconstitucionalismo que consiste em um dos elementos por meio dos quais é

possível avaliarmos se certo Estado atingiu ou não a nova era constitucional.

Em outras épocas, como é sabido, ao menos no que toca à arquitetura jurídica do Estado, a posição de proeminência estava reservada ao Legislativo, a quem cumpriria veicular a vontade geral. Nada obstante isso, e sobretudo em razão da evolução histórica dos direitos fundamentais – que foram alçados ao centro da ordem jurídica, e cuja intangibilidade alcançou o próprio legislador –, o Judiciário, que se viu no papel de responsável pela tutela desses direitos, defendendo-os também contra as investidas do Poder Legislativo, logra obter a posição de relevo que deve ser dispensada a quem cumpre tão digna atribuição.

No mesmo rumo de idéias, Perez Royo (apud CANOTILHO, 2006, p.657) chega ao ponto de afirmar, ainda que com um certo exagero, que a classificação de determinada Constituição, como progressista ou moderada, dependeria da terminologia que a Carta empresta ao “título dedicado ao poder Judicial”, tivesse (respectivamente) como epígrafe: ‘Do Poder Judicial’ ou ‘Da Administração da Justiça’. Em outras palavras, para Royo, a ausência de menção do Judiciário como um “Poder” revela que a Constituição não possui viés progressista. Canotilho (2006, p. 658-659), seguindo a mesma direção, por seu turno, assinala:

Nos últimos tempos parece voltar a reaparecer o interesse doutrinal em torno do poder judicial. O seu estudo foi descurado pela dogmática constitucional e o interesse que sempre despertou na doutrina jusprocessualista não compensava o déficit teórico de abordagens jusconstitucionalistas. Ao “renascimento” do poder judicial como poder que suscita delicadas questões jurídico-constitucionais estão ligadas várias causas que podemos sintetizar do seguinte modo: (1) o problema da legitimação do poder judicial; (2) o problema do autogoverno da magistratura; (3) o problema da responsabilidade dos juízes; (4) o problema da automovimentação mediática dos agentes do poder judicial.

Outro aspecto a que devemos atentar é que a ascensão institucional do Judiciário prende-se também à ampliação do

plexo de institutos de controle de constitucionalidade do atos infraconstitucionais. Apenas para ilustrarmos com exemplo bem próximo a nós, citemos o caso da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cuja promulgação representou a atribuição ao Judiciário de mais um mecanismo de controle de constitucionalidade, ao regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal. Por meio da ADPF é dado, agora, ao Judiciário, exercer o controle concentrado em face de atos anteriores à Constituição ou, ainda, contra atos normativos editados por Município da Federação.

Como já foi dito, e ora repisamos, a expansão da jurisdição constitucional se dá a olhos vistos, e a regulamentação da ADPF, não há como negar, é exemplo emblemático disso.

Podemos também citar, ainda no plano nacional, o fato, cada vez mais freqüente, de parlamentares recorrendo ao Supremo Tribunal Federal para desconstituir alguma decisão tomada dentro do âmbito das Casas Legislativas. Tanto que, recentemente, a Presidência do Senado Federal se viu obrigada a indicar os membros componentes e constituir determinada Comissão Parlamentar de Inquérito (tratava-se da CPI dos Bingos) – cuja instalação já havia sido aprovada com o número regimentar de assinaturas dos parlamentares – por força de decisão proferida pelo STF. A colenda Corte entendeu, na oportunidade, que a minoria parlamentar detinha o direito de ver instalada a CPI, a despeito da recusa dos líderes partidários em indicar seus integrantes.

Outro exemplo digno de nota é a decisão do STF que determinou fosse retirado do relatório do Conselho de Ética da Câmara, que concluía pela cassação do então deputado José Dirceu, o depoimento de uma testemunha de acusação, tomado depois de já ouvidas as testemunhas de defesa. Na ocasião, o Supremo entendeu que os procedimentos que têm curso no Congresso Nacional não estão imunes ao devido processo legal e, sob esse fundamento, não se esquivou de tomar para si a responsabilidade de desconstituir o ato do Legislativo.

É bem verdade que a decisão nesse caso não veio à lume sem que ocorressem acalorados debates e forte reação por parte

dos membros do Congresso. Vejamos abaixo notícia da época (JULGAMENTO, on line), que retrata bem esse quadro de dubiedade de opiniões em face do papel do STF. O texto, de 27 de novembro de 2005, foi publicado antes da decisão final do Supremo, tomada depois do voto de desempate do Ministro Sepúlveda Pertence. A ver:

O empate no julgamento da liminar do deputado José Dirceu (Partido dos Trabalhadores) no Supremo Tribunal Federal (STF) gerou um princípio de crise entre os poderes Legislativo e Judiciário, no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal julga uma liminar do deputado José Dirceu que questiona a conduta do Conselho de Ética em relação ao processo que pede a sua cassação. No recurso a defesa de Dirceu alega que foi violado o direito de defesa do deputado porque o Conselho ouviu por último uma das testemunhas de acusação.

Na quarta-feira passada (23) houve o julgamento da liminar, mas o STF não chegou a nenhuma decisão porque houve empate na votação feita entre os juizes. O tribunal pode ouvir ainda o parecer do Ministro Sepúlveda Pertence, que não votou porque faltou à sessão alegando problemas de saúde.

Mesmo sem ter chegado ainda a uma decisão definitiva, o comportamento do STF provocou uma forte reação entre alguns deputados brasileiros. A possibilidade de o STF decidir a favor de José Dirceu e obrigar o Conselho de Ética a refazer todo o processo de cassação, ou parte dele, revoltou parlamentares da oposição e do Conselho de Ética.

O Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, José Thomaz Nonô considerou a decisão do Supremo Tribunal Federal uma interferência do Poder Judiciário sobre o Legislativo. A opinião foi compartilhada pelo Presidente do Conselho de Ética deputado Ricardo Izar e pelo líder do Partido da Frente Liberal Rodrigo Maia.

A Câmara não pode ter um papel de subordinação em relação ao STF. Se continuar essa interferência,

corremos o risco de ter que enviar todos os processos do Conselho de Ética aos ministros do Supremo', disse Nonô.

O Presidente do Conselho de Ética Deputado Ricardo Izar disse que houve um erro de interpretação do STF sobre o funcionamento do Conselho: 'No Conselho de Ética não existe a figura de testemunha de acusação, existem a testemunha do Representado e a testemunha dos membros do Conselho — e muitas das testemunhas dos membros do Conselho e do Relator foram de defesa. Ainda assim S. Exas. admitiram a tese de que ouvimos, primeiro, as testemunhas de defesa'.

Izar também declarou: 'não queremos agredir o Supremo, vamos acolher o que ele determinou. Mas isso é o início de uma interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo.'

O representante do Partido da Frente Liberal deputado Rodrigo Maia afirmou: 'Temos de tomar uma decisão enérgica em defesa desta Casa, deixar de ser meros bajuladores do Governo e de Ministro do Supremo.'

Maia propôs à Câmara não votar nada enquanto o STF não tomar uma decisão a respeito do recurso do deputado José Dirceu. 'Se aceitarmos essa decisão, estaremos desmoralizados', disse.

Os representantes do governo no Congresso discordaram da tese de interferência do Poder Judiciário sobre o Legislativo neste caso, entre eles, o líder do governo na Câmara, deputado Arlindo Chinaglia, e o Presidente do Partido dos Trabalhadores, deputado Ricardo Berzoini.

'Se qualquer cidadão pode recorrer ao STF, por que um deputado também não pode?', perguntou Chinaglia. Ele disse que as críticas feitas ao Supremo Tribunal são motivadas por interesses políticos e afirmou que 'é preciso proteger o direito de qualquer cidadão de recorrer à Justiça'.

O deputado Ricardo Berzoini concordou com Chinaglia e acrescentou: 'Eu defendo as prerrogativas

da Câmara, mas nenhum dos poderes pode ficar livre do controle de constitucionalidade'.

Não obstante o conteúdo das várias declarações dos parlamentares esteja, à evidência, imbuído de puro casuismo, chama-nos atenção o fato de terem trazido para o debate público a questão da posição do STF em face dos outros Poderes e dos limites e possibilidades de sua intervenção.

A polêmica em torno do caso terminou por ser arrefecida pelo posicionamento final do STF que decidiu, após o voto do Min. Pertence, não anular o relatório do Conselho de Ética mas, seguindo orientação exposta pelo Min. Cezar Peluso, tão-somente retirar do documento as remissões ao depoimento da testemunha de acusação impugnado.

Conquanto as críticas ao que se chamou de intervenção indevida do STF no Congresso tenham sido proferidas em profusão, a própria colocação do tema em debate já denota o quanto o Judiciário teve, nos últimos anos, ampliado seu raio de ação, em particular, no papel de tutoria da Ordem Constitucional.

Como visto, a expansão da jurisdição constitucional, de par com seu efeito primário de conferir instrumentos mais eficazes para a tutela da Constituição, é dotada também de um efeito secundário, mas não menos importante, de fazer surgir no espírito do povo a compreensão de que vivemos sob a égide de uma Constituição.

4.3.2 Normatividade da Constituição

Outro alicerce teórico sobre o qual se erige o novo Constitucionalismo caracteriza-se pela reafirmação e pelo reforço à normatividade da Constituição. É, sem dúvida, no Constitucionalismo contemporâneo que as disposições constitucionais experimentaram o mais alto grau de normatividade. Nestes tempos, vem definitivamente abaixo a concepção de que a Ordem Constitucional teria por função primacial estabelecer preceitos cujo conteúdo não passava de convite à atuação do Estado. Cai, assim, por terra a noção de que a dimensão política das cartas Constitucionais não se compadece com a imperatividade de suas normas.

A construção doutrinária da normatividade da Constituição deu-se, sobretudo, quando foi dado assento constitucional às disposições de natureza programática – a que já nos reportamos acima – com o advento do Estado Social, no início do século passado. Naquele momento histórico, ciência e política se depararam com grave obstáculo a ser superado: a transição do Estado Liberal para o Estado Social, ao tempo em que fazia permear de proposições axiológicas as Constituições, retirou-lhes a juridicidade inerente à doutrina positivista. Não sem razão Prof. Bonavides afirma que foi na Teoria Pura do Direito onde a Constituição alcançou seu mais alto grau de normatividade. Contudo a juridicidade estéril e infensa a valores da Teoria Pura do Direito termina por, em última instância, fazer dessa normatividade um vazio, desprovida de sentido e apartada do conjunto de forças e valores que compõem a Constituição material. Assim, em razão mesma de se vê reduzida à juridicidade, a normatividade positivista não se confunde com o sentido que lhe é dado contemporaneamente.

Assim é que a passagem do Estado Liberal ao Estado Social deflagrou o início da construção da moderna doutrina da normatividade constitucional, a qual, entretanto, só ganhou as feições que possui hoje, a partir da estruturação da filosofia pós-positivista engendrada no pós-guerra.

A evolução do estudo da tipologia das normas constitucionais desempenhou papel preponderante nesse contexto. No tocante, a Escola Clássica, de matriz norte-americana, estatuiu que as Constituições seriam compostas de duas espécies de normas: as auto-aplicáveis (*self executing provisions*) e não auto-aplicáveis (*not self executing provisions*). Essa corrente por muito tempo foi hegemônica e, porque não dizer, contou com abalizada produção intelectual dos constitucionalistas de então.

No Brasil, foi Ruy Barbosa o principal responsável pela difusão dos conceitos da doutrina clássica de tipologia das normas constitucionais. Ele, que foi um dos idealizadores da Ordem Constitucional republicana e entusiasta do modelo norte-americano, bebeu justamente em fontes estadunidenses, marcadamente nas decisões da Suprema Corte, para sustentar não só que existem

disposições constitucionais destituídas de normatividade, como ainda, indo mais além, assinalou que a maior parte dos dispositivos da Constituição afiguram-se não auto-aplicáveis, consoante podemos ver de seus “Comentários à Constituição Federal Brasileira” (apud BONAVIDES, 2003, p. 241), no seguinte trecho:

Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocabulário o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais não haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, por sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são.

Ocorre é que a tipologia clássica já não encontra espaço no Constitucionalismo contemporâneo. A divisão pura e simples entre normas que são aplicáveis e aquelas a que não se deve atribuir valor normativo nenhum não se coaduna com os desafios que se põem ante o Estado Social. Essa dicotomia estanque depõe contra a própria natureza da Constituição contemporânea, o que foi notado por Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 240-243), na sua indispensável obra intitulada “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, senão vejamos:

A concepção clássica da classificação das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis foi objeto de crítica já no que tange ao aspecto terminológico, na medida em que a expressão “auto-aplicável” transmite a falsa impressão de que estas normas não podem sofrer qualquer tipo de regulamentação legislativa, quando, pelo contrário, não se controverte a respeito da possibilidade de regulamentação das normas diretamente aplicáveis, para que possam ter maior executoriedade ou com o objetivo de serem adaptadas às transformações e às circunstâncias vigentes na esfera social e econômica [...]

De outra parte, há que destacar a crítica que atribui às concepções clássicas uma natureza

anacrônica, desvinculada da realidade vigente, na medida em que cunhada e aplicável apenas sob a égide das Constituições de matriz liberal, sendo, portanto, incompatível com o constitucionalismo social dominante em nosso século, no qual assume relevo o caráter programático de parte das normas constitucionais, estabelecendo uma atuação positiva aos poderes públicos na esfera socioeconômica, além de revelar, também sob este aspecto, que a doutrina clássica de longe não fornece a melhor e única solução para o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

À superação dos conceitos clássicos acerca da tipologia das normas constitucionais sobrevêm na doutrina novos esforços de categorização, em relação aos quais está presente, como nota comum e consensual, o reconhecimento de normatividade a todas as disposições constitucionais, e, como característica freqüente, a subdivisão das disposições constitucionais em três níveis de força normativa (teoria tricotômica).

Importa principalmente termos em vista que o ponto nodal de contato entre o dogma do reconhecimento da força normativa da Constituição e a nova tipologia das normas constitucionais – preconizada, no País, pelo Prof. José Afonso e por outros que se seguiram – vem a ser o reconhecimento de que **todas as disposições constitucionais são detentoras de um patamar mínimo de normatividade**. Com isso, as proposições programáticas assumem o lugar que lhes cabe dentro do tecido normativo da Constituição, relegando ao passado a infrutífera concepção de que se tratavam tão-somente de propostas de cunho retórico.

Com efeito, a problemática da normatividade das disposições constitucionais deve resolver-se no plano gradual, na maior ou menor intensidade normativa, e não num juízo de tudo-ou-nada. Só assim a integridade das normas constitucionais pode ser preservada, de tal modo que se logre refutar as investidas sectárias dos que propugnam pela não-normatividade, quer sejam estas fundamentadas nas limitações materiais do Estado, quer sejam baseadas no alto grau de indeterminação do conteúdo da norma.

A normatividade referida pelo autor – que, como visto, faz-se presente em qualquer norma constitucional – pode revelar-se sob diversos aspectos. O mais proeminente deles é talvez a vinculação do legislador ao conteúdo da disposição constitucional de eficácia reduzida. A conformação da legislação infraconstitucional às normas de eficácia limitada – para valermos aqui da classificação de José Afonso da Silva – vem mesmo de ser, atualmente, reconhecida por todos quantos se debruçam sobre a questão da normatividade constitucional. Vale, no entanto, lembrar que remonta ainda a Crisafulli – pensador italiano notabilizado por haver, precursoramente, proclamado normatividade dos princípios –, o delineamento da concepção acima exposta. Vejamos a seguinte passagem em que o Constitucionalista italiano (apud BONAVIDES, p. 247), enumera os pontos essenciais dessa nova concepção, tais sejam:

1. O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos.
2. O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.
3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas.

Para além da lição de Crisafulli, devemos ter em mira que os efeitos irradiados pelas normas de eficácia limitada não se restringem a simplesmente vincular o legislador e condicionar a validade das leis, importando dizer que a ampliação dos meios

de atuação desse tipo normativo é uma das vertentes que merece especial enfoque da nova doutrina constitucional, ao que me permito confessar que nutro particular expectativa sobre o porvir no tocante a esse tema. Por ora, cumpre-nos apenas citar exemplos de outros efeitos imanentes às normas constitucionais de eficácia limitada. Elencaremos três deles. Vejamos.

O primeiro diz com a aptidão inerente a tais normas de condicionar a interpretação do direito, o que se explica pela posição cimeira das normas constitucionais na pirâmide hierárquico-normativa do ordenamento jurídico. O segundo desses efeitos, por seu turno, respeita à capacidade dessas normas de gerarem algum tipo de posição jurídica subjetiva, ainda que sem correspondência imediata com seus efeitos principais, eis que estes, como dito acima, condicionam-se à normação infraconstitucional ulterior. É o caso de um mínimo-direito-subjetivo de cunho negativo (SARLET, 2005, p. 299), que possibilitaria ao indivíduo exigir do Estado, quando menos, que se abstenha de agir de forma contrária ao direito previsto na norma. O terceiro, por fim, prende-se ao caso em que o conteúdo da norma de eficácia limitada tenha sido objeto de lei que lhe atribuiu plena aplicabilidade. Porque constitucional a norma regulamentada, nesse caso, tem ela o condão de impedir a abolição da posição jurídica alcançada com a norma regulamentadora. Efeito esse preordenado a operar, especialmente, quando tratamos de direitos fundamentais, à vista do princípio de proibição de retrocesso.

Fácil notar que a evolução do estudo da tipologia das normas constitucionais anda de braços dados com o reconhecimento da força normativa da Constituição. Foi mesmo a partir do desenvolvimento da idéia de densidade normativa dos comandos constitucionais que foi possível sistematizar concepções que, muito embora de matizes diversos, doravante passaram a ter como eixo comum o dogma da normatividade da Constituição.

O reconhecimento da força normativa da Constituição não é senão a coluna vertebral do novo Constitucionalismo. É sobremodo importante termos isso bem presente porque daí resulta uma série de relevantes conclusões. Afortunadamente, a normatividade da

Constituição é tema hoje já aceito e sedimentado, seja no plano doutrinário, seja também na jurisprudência da forte maioria das ordens jurídicas ocidentais. Com efeito, são outros os obstáculos que desafiam a efetivação dos valores insculpidos nas Cartas Constitucionais, eis que já não conta com força persuasiva qualquer formulação que negue sua normatividade.

4.3.3 Constitucionalização do Direito

Por conseguinte, uma vez estando bem assentado o lugar de destaque ocupado pela dogmática da normatividade constitucional dentro do âmbito do Neoconstitucionalismo, tragamos à baila mais um de seus aspectos-chave, qual seja, o movimento de constitucionalização do Direito.

Antes de adentrarmos o tema, porém, importa dizer que o movimento na direção da constitucionalização do Direito não constitui algo fragmentado da natural evolução do Constitucionalismo, a que nos temos referido ao longo deste trabalho. À evidência, a elevação dos valores ao plano constitucional, com a concepção material de Constituição e, a partir daí, o reconhecimento da proeminência desses valores em face das regras infraconstitucionais são fatores que naturalmente caminharam no sentido de permear a ordem jurídica com os comandos normativos irradiados de um plano superior, do plano constitucional.

Há de se atentar, de início, que, a despeito de haver certa imbricação entre um fenômeno e outro, o conceito de constitucionalização do Direito não se confunde com a positivação, no corpo das Constituições, de direitos que antes estavam relegados ao nível infraconstitucional. Não se trata disso.

Trata-se, em verdade, de fazer irradiar os comandos constitucionais a todos os campos da sociabilidade humana, de modo que as searas do Direito adquiram estreita vinculação com aqueles comandos. Isso quer significar que as instituições, respeitantes a todos os campos da vida, hão de ser moldadas ou remoldadas consoante as proposições valorativas da Constituição.

Devemos reconhecer que, numa primeira vista, a abordagem desse tema possa causar certo sobressalto, haja vista sua aparente natureza totalizadora. De fato, qualquer formulação que se proponha a atingir todos os ramos da vida, partindo de uma fonte única (a Constituição) parece preordenada a fazer-nos retornar a uma ordem jurídica em oposição a qual se erigiram os primeiros conceitos do Novo Constitucionalismo, vale dizer, formulações dessa natureza nos remetem a regimes antidemocráticos e centralistas.

Esse receio, no entanto, é infundado, de vez que o elemento central de normatividade – nesse caso, a Constituição em sua acepção material – tem por característica possuir uma textura aberta, acessível aos influxos de valores da coletividade e, em especial, das minorias. Dentro desse quadro, portanto, a difusão da Norma Constitucional por todos os campos da vida, longe de representar o tolhimento de liberdades, tem o condão de mais propriamente realizar essas mesmas liberdades.

Para além disso, tampouco se justifica esse receio se tivermos em vista que a ampliação do alcance das normas constitucionais, sob o pálio do Neoconstitucionalismo, tem sempre, por referência, a realização dos direitos fundamentais – a exemplo das construções jurisprudenciais do *bundesverfassungsgericht* – e, por finalidade, a dignidade da pessoa humana.

Vejamos, pois, como, na visão de Luís Roberto Barroso (2005, p. 03), o fenômeno da constitucionalização do Direito irradia efeitos para todas as estruturas do Estado, a ver:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de

parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Atente-se que, entre os elementos acima apresentados pelo Catedrático da UERJ, salta à vista o que toca à repercussão da constitucionalização do Direito no Poder Executivo. Constitui decerto verdadeira revolução no campo do Direito Administrativo a concepção que retira a lei ou a legalidade do plano central desse campo do Direito. Hoje, porque a constitucionalização do Direito se faz perceptível na seara do Direito Administrativo, **pode-se dizer que à Administração cumpre reger-se não pela legalidade, mas pelo que a doutrina vem denominando de juridicidade, sendo esta o respeito, em primeiro plano, à Constituição diretamente, ou, ainda, às prescrições de lei, interpretadas e tendo seu conteúdo integrado pelos valores constitucionais.**

Assim como no Direito Administrativo, em todos os demais ramos do Direito há forte tendência de sobreposição de preceitos constitucionais. Dessarte, a força da Constituição é percebida, por exemplo, no Direito Civil, quando as leis disciplinadoras das relações familiares são interpretadas em ordem a mitigar o descompasso histórico entre as prerrogativas do homem e da mulher ou, no Direito do Trabalho, quando, com arrimo na dignidade da pessoa humana, advoga-se pela impossibilidade de demissão arbitrária ou desmotivada.

Creemos que a constitucionalização do Direito possui trajetória de inexorável expansão, seja qual forem os rumos tomados pela própria Constituição e, não custa dizer, a nós parece tratar-se de fenômeno proífico para o sistema jurídico.

4.3.4 Nova interpretação constitucional

Indo adiante, é certo que não podemos discorrer sobre o Neoconstitucionalismo sem falar na profunda mudança por ele operada na forma como são as Constituições interpretadas. A importância do tema adquire especial realce ao termos em mira que a preocupação central dessa nova interpretação diz mais de perto com a tentativa de tornar efetivos os preceitos constitucionais, do que simplesmente erigir nova metodologia para a extração do sentido dos textos normativos.

Como fruto dessa postura de interpretação concretizante da norma constitucional, foi elaborado um “catálogo de princípios tópicos”, para usarmos as palavras de Canotilho (1992, p. 232), o qual se tornou uma espécie de cartilha da interpretação constitucional pós-positivista. Nessa linha, o Mestre luso anota que:

Refletindo a idéia de que a teoria da interpretação é hoje um conjunto de métodos, o catálogo de princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante. Este catálogo, diversamente formulado, tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.

Em seguida, Canotilho trata de enumerar quais os princípios componentes do referido catálogo, a saber: unidade da Constituição, conformidade funcional, efeito integrador, máxima efetividade e da concordância prática ou harmonização. Conquanto refuja ao âmbito deste trabalho esmiuçar cada qual desses tópicos interpretativos habilmente sistematizados por Canotilho, importa apenas dizer que são eles instrumentos de realização material da Constituição largamente difundidos no contexto do novo Constitucionalismo e que o mais rico contributo dessa nova sistemática interpretativa às Constituições contemporâneas foi ter-lhes aberto as portas para os influxos de valores proveniente da coletividade, consoante veremos a seguir.

5 DA CONSTITUIÇÃO ABERTA

No conceito de Constituição aberta culmina a trilha percorrida pelo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de sua concepção material, a que nos referimos no início deste trabalho. Dessarte, com a abertura da carta Constitucional aos agentes externos, de sorte que esta pôde revelar-se tal como é em essência, a Lei Maior passa a veicular o ethos dominante de um povo. Ao Prof. Bonavides (2003, p. 98) cumpre esclarecer o tema, porquanto apenas ele logra fazê-lo com a acuidade que lhe é peculiar, vejamos:

Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, a Constituição formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico. Ordem racional, essa Constituição atua eficazmente, normativamente, sobre aquela realidade de que é parte, atendidos alguns pressupostos.

É justamente a partir desses conceitos que hoje se diz que a interpretação constitucional não é cometida apenas aos operadores do Direito, mas a todos os componentes do corpo social. Essa Constituição viva, de que fala o Mestre da Universidade Federal do Ceará, é aquela que evolui com e para a coletividade e é obra sobretudo do desenvolvimento jurisprudencial calcado nos princípios jurídicos e outros comandos constitucionais dotados de elevada indeterminação.

Nesse tocante, é bem de ver que o dogma da normatividade da Constituição termina por ampliar substancialmente a esfera de atuação do juiz, pelo simples fato de que a Carta Constitucional é sede própria para a condensação de princípios e outras proposições com alto grau de "vaguedad". Uma vez que essas espécies de comandos passam a ser diretamente aplicáveis, o próprio ato de concretizá-las passa a exigir do magistrado que preencha o conteúdo da norma. Referimo-nos aos "**conceitos jurídicos indeterminados**", sobre

os quais Andréas J. Krell (KRELL, 2005, p. 24) tece as seguintes considerações, com o foco nas leis infraconstitucionais, mas que se aplicam do mesmo modo às disposições da Constituição, senão vejamos:

Há bastante variação na densidade normativa das leis [...] especialmente nas áreas da saúde pública, do fomento econômico, do planejamento espacial, do controle urbanístico e da proteção ambiental. A estrutura dessas normas legais também não é uniforme: nem sempre elas são programadas na forma condicional, seguindo o código "se A acontecer, então seja B", características do Direito Privado e do Direito Penal.

Muitos desses textos legais não apresentam mais as tradicionais hipóteses, mas prescrevem somente a perseguição de determinados objetivos, fins e metas, o que necessariamente abre uma maior liberdade de decisão para os governos e os órgãos administrativos que as implementam. Nas normas sobre planejamento administrativo (setorial e espacial), o "esquema se - então" é substituído quase totalmente pelo "esquema fim - meio".

Tecnicamente, essa diminuição de vinculação legal se opera através do uso de "conceitos jurídicos indeterminados".

Essa reacomodação do papel do juiz no Estado de Direito tem gerado muita discussão. Tem sido alvo de críticas o fato de se atribuir tão amplos poderes ao Judiciário, de vez que, para alguns, por tratar-se de um poder "contramajoritário", para usarmos a expressão em voga, não lhe cumpriria a atividade de produzir o Direito.

O que ocorre, em verdade, é que a legitimidade do Judiciário, para esse fim, é-lhe atribuída pela própria Constituição. E mais, entendemos que nesse ponto a Constituição formal coincide com a Constituição material, de vez que parece existir um consenso no seio social de que deva, sim, ser atribuído um tanto de parcela de poder ao corpo técnico-jurídico, ali alçado à margem do sistema de sufrágio, mas não à margem do sistema democrático. Acrescentemos

a isso o fato de ser justamente por intermédio da concreção de conceitos indeterminados que a Constituição adquire sua feição aberta.

Interessante notar que o que hoje é alvo de críticas, falo do ativismo judicial, já foi objeto de súplicas no sentido de que se fizesse sentir com mais intensidade. É o caso do seguinte trecho de uma conferência pronunciada em Bari, em 1952, por Piero Calamandrei (1999, p. 195-198), incluída no terceiro volume de seu Curso publicado no Brasil. Ali, o pai do pensamento político do processo insurge-se contra a debilidade da magistratura italiana, inapta a emprestar novo sentido às normas infraconstitucionais, à vista da Ordem Constitucional que veio à lume em 1947. Senão vejamos:

Quando a lei permanece formalmente sem mutação, tem que passar muito tempo antes de que os juízes, acostumados já faz décadas a interpretá-las segundo uma certa *ratio* e induzidos institucionalmente a se manter fiéis a ela, possam advertir que, sob a mesma letra, circula um espírito do povo [...]

Me parece que a experiência deste decênio, mais que a consideração a respeito do que poderíamos chamar a elasticidade política dos juízes, provenientes necessariamente de seu tecnicismo profissional, se presta a alguma consideração interessante a respeito dos inconvenientes que se seguem do método próprio de nossa prática judicial, a qual faz com que **nossa jurisprudência, colocada em comparação com a de outros países menos carregados de tradições jurídicas (penso especialmente na justiça anglo-americana), dá o aspecto de ser muito mais rica de virtuosismos dialéticos, mas, em compensação, muito menos sensível e menos abertas às exigências humanas do caso individual.**

Cumpre-nos salientar, para que não cometamos injustiças, que as palavras do Mestre italiano foram proferidas quando ainda não havia sido instalado ali o Tribunal Constitucional, a partir do que a jurisprudência italiana adquiriu posição de destaque na idealização dos institutos atinentes ao Neoconstitucionalismo.

De mais a mais, temos que ter presente que a indeterminação de comandos jurídicos, de tal sorte que se amplie o campo de escolha do juiz, é algo saudável para o sistema. Nesse tocante, é oportuna a lição de Raimundo Bezerra Falcão (1997, p. 235). Começa o erudito Professor por dizer que a tentativa de se estabelecer qual o sentido de uma norma afigura-se infrutífera, eis que é sempre infinito o número de sentidos que ela pode oferecer, ao que conclui asseverando que a multiplicidade de sentido não agride a estabilidade, pelo contrário, fortalece-a. Veja:

Estabilidade não é inconciliável com inegotabilidade do sentido. Entretanto, convém notar muito bem: estabilidade. Não estamos dizendo imobilidade, enferrujamento, conservação do que já morreu em sua capacidade de distribuir justiça ou de viabilizar sua efetivação.

Está correto dizer-se que os indivíduos mudam. Os sistemas também mudam. E o fazem com base em uma certa regularidade. Regularidade na ordenação, o que, em si, é também uma forma de ordem. Não se trata de uma igualdade no ordenamento, mas de uma regularidade. Tampouco se cuida de uma mobilidade do sistema, apenas. Pode haver também modificações no sistema. É, pois, modificabilidade também. Não somente mobilidade. E isso, em relação aos sistemas naturais, é algo que se faz em ordem. O Direito pode participar dessas mutações sociais. E deve participar. Fã-lo-á melhor quanto melhor for a interpretação que se lhe dê. Eis um caminho. Quando tal acontece, é na renovação que quase sempre vamos encontrar as bases da modificação com regularidade. Em decorrência, podemos concluir que a **riqueza de sentido, ao invés de prejudicar a segurança na evolução, faz é ajudá-la. Ao contrário de instabilizar, consegue é estabilizar a marcha da evolução, dando-lhe regularidade.** Enfim, o homem evoluirá, de uma maneira ou de outra, com serenidade ou na convulsão. E a interpretação que integre pela inovação pode contribuir para que a evolução seja serena e regular.

De outra parte, força é reconhecer que, de fato, as atribuições que o novo Constitucionalismo comete aos juízes envolvem

ponderáveis riscos de que se incorra em subjetivismos. É certo que o sistema tende a se acomodar de modo que se possam prevenir exageros, com a criação de mecanismos cada vez mais aptos a impedir, por exemplo, que decisões judiciais sejam tomadas em moldes diametralmente opostos a disposições normativas, sob a justificação de que representariam a justiça no caso concreto. Mas não menos certo é que dificilmente veremos, no Estado de Direito, o retorno do Judiciário ao papel que lhe cumpria anteriormente, restrito a uma irreal função de tão-somente reverberar o que o legislador antes tenha estatuído.

E essa nova postura do Judiciário frente à aplicação das normas, voltamos a dizer, é de importância capital para que a Constituição quede-se passível de assumir a forma dos desígnios da coletividade que a compõe. **É a Constituição aberta a gerar uma sociedade aberta, em que as correntes de valor e poder, indistintamente criadas, quer sejam por grupos majoritário, quer sejam por grupos minoritários, encontrem espaço para operar no âmago das Constituições.**

É nesse contexto de Constituição aberta que, valendo-nos da lição do Prof. Bonavides (2003, p. 187), podemos mesmo falar em um segundo poder constituinte originário, que não se esvai com a promulgação da Constituição, e que age diuturnamente alterando de forma lenta e progressiva o sentido das normas constitucionais, nestes moldes:

Asseveramos que dois poderes constituintes sobrevivem à feitura de uma Constituição, mas os juristas em geral só admitem um deles e isso não é verdade. **O outro poder constituinte, desconhecido ou remanescente, não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos, pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal.** É ele expressão da realidade e tem por isso feição originária, e de algum modo se caracteriza como o mesmo poder constituinte originário em estado potencial.

Ao falarmos em Constituição aberta, que reflete as nuances de valor e poder de um povo, temos, entretanto que nos acautelar para

que não releguemos ao plano secundário o papel transformador que toca à Carta Constitucional, como nos adverte Luís Roberto Barroso (2005, p. 289):

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ele não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. **Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente,** de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social.

Com efeito, é esse sentido que devemos dar, hoje, à Constituição: repositório dos valores de um povo e de uma época, no mesmo passo em que se constitui em força transformadora da realidade.

6 DA ESPECIAL DIGNIDADE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO

As mutações das Constituições abertas referem-se, por certo, não apenas a valores de ordem objetiva, mas também contemplam o modo de ser do processo. É de se convir que não poderia ser de outro modo, porquanto é este instrumento de atuação da atividade jurisdicional, um dos pilares da estrutura do Estado e da própria vida do homem em sociedade. As orientações axiológicas emprestadas pelas forças sociais hão de refletir, por óbvio, também nos instrumentos jurisdicionais. É o que inferimos da lição de Cândido Rangel Dinamarco (1990, p. 33-34), vejamos:

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que passa. Em princípio o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. **Os sistemas políticos que refletem na ordem**

constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual.

Nessa mesma perspectiva, o desenvolvimento do ramo jurídico denominado Direito Processual Constitucional, contemporaneamente observado, aponta no sentido dessa aproximação entre o modo de ser do processo e a Constituição que o legitima, em razão do que os princípios desta passam a ser o vetor axiológico dos institutos processuais.

Esse fenômeno, à evidência, em que pese estar inserido no contexto do Neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito, possui conotação peculiar em relação ao que vem ocorrendo com as demais searas jurídicas. Isso porque o processo foi historicamente tido como um campo jurídico alheio aos impulsos ideológicos. Era tido como um instrumento e só, pelo que competia ao Estado tão-somente aperfeiçoar esse instrumento. Não havia sequer que lhe cogitar qualquer posicionamento ideológico-valorativo, eis que lhe estava destinado apenas o papel de mediador entre o direito objetivo e o mundo dos fatos.

Assim, o novo Constitucionalismo, no que diz com o processo, teve particularmente o mérito de refutar o sentido de processo como algo infenso às interações de valor e poder da coletividade. Daí porque no seguinte excerto da Obra "Teoria Geral do Processo", capitaneada por Ada Pellegrini, Araújo Cintra e Dinamarco (2001, p. 78-79), os autores falam num processo "ético" em contraposição ao "processo técnico", veja:

Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que **transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade [...]**

Isso significa, em última análise, que o processo **não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético.** E significa, ainda, que é

profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos.

À vista disso, estamos convictos em afirmar que a concepção de Constituição aberta se faz sentir com **especial realce no Direito Processual**, uma vez que o Neoconstitucionalismo – doutrina constitucional que se posiciona em íntima associação à Constituição aberta – ao renegar o caráter unicamente técnico do processo, impregnando-o de ideologia, derrubou barreira que há muito impedia que esse ramo do Direito fosse entremeado por impulsos de natureza "histórica, sociológica e política".

Indo abaixo essa barreira, aplainou-se o terreno do processo para, como que uma represa que se rompe, sofrer a inundação dos valores e convicções da coletividade e, entre os valores que doravante passam a permear profundamente o processo, destaca-se o princípio da efetividade. É o que mais importa ressaltar: **a efetividade do processo é hoje um dos principais anseios do corpo social. O que quer significar que se trata de princípio com alto grau de normatividade, eis que é a coletividade que compõe, por meio de seus influxos axiológicos, a Constituição material, e esta, por sua vez, há de estar aberta para que esses valores atuem de forma plena.**

A conclusão vazada no parágrafo anterior não se restringe a assinalar o que já está bem firme na doutrina, a idéia de que o processo vive sua fase instrumentalista, da qual a efetividade é a vertente mais atual.

O que propugnamos configura algo além do que simplesmente reconhecer que o processo há de ser efetivo. Preconizamos que todos tenham em mente – e, sobretudo, os operadores do Direito – que as forças sociais estão a exigir veementemente que o processo judicial seja efetivo. Sem o menor exagero, podemos dizer que isso é facilmente percebido no dia a dia, e não me refiro aos herméticos círculos jurídicos, e sim às vozes que ecoam das praças públicas. É a Constituição material pulsando num perene movimento, como que na tentativa de desgastar o concreto que lhe relega ao subsolo do mundo jurídico, para irromper de modo pleno à superfície do

cotidiano do Direito. É esse o enfoque que queremos dar ao princípio da efetividade. É mostrar que a carência de efetividade de sua função jurisdicional leva o Estado a apartar-se de sua Constituição material, que passa a não se realizar como Constituição aberta.

Poderíamos seguir os tradicionais caminhos argumentativos e assinalar que a efetividade, por estar compreendida no direito de ação, ou, ainda, porque é meio de concretizar outros direitos, configura um direito fundamental e, sendo assim, detentor de primazia hierárquica frente a outras posições jurídicas. Ou, ainda, se quiséssemos continuar trilhando o mesmo caminho, dizer que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – que remonta ao caso L \ddot{u} th, na Alemanha da década de cinquenta – implica necessariamente que as normas processuais sejam aplicadas em conformidade com o direito fundamental à efetividade do processo.

A bem da verdade, o que ao nosso sentir deve estar em primeiro plano é o fato de que o princípio da efetividade, para além de constituir-se em norma de hierarquia constitucional, possui força normativa qualificada, um *plus*, em razão da significativa dimensão axiológica que lhe é dispensada pelo corpo social.

7 CONCLUSÃO

Consoante vimos, no atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional ou, se preferir, do Estado Democrático Constitucional, o princípio da efetividade do processo goza de elevadíssimo grau de normatividade. Fato que guarda relação não apenas com o definitivo reconhecimento da normatividade dos princípios, mas também, e sobretudo, porque o anseio por uma Justiça efetiva é nota presente no etos dominante de nossos dias. E por vivermos sob pálio de uma Constituição aberta, os influxos axiológicos que emanam da coletividade devem encontrar correspondência imediata na Ordem Constitucional.

Nesse rumo de idéias, no que respeita ao campo da jurisdição, a Constituição aberta só se realizará se aos anseios da coletividade por um processo instrumental corresponder um padrão de comportamento do Poder Público (aqui, refiro-me aos três Poderes) em que o manejo do instrumento processual tenha sempre em

vista a tentativa de fazê-lo efetivo, tanto mais quanto se possa. É esse um imperativo do Estado, porquanto, ao ter desacreditada sua capacidade de tomar para si a administração da justiça, ver desmoronar um dos pilares sobre os quais se ergue. É, portanto, sem exagero que se pode dizer que a falta de efetividade do processo e o conseqüente esvaziamento de sua função jurisdicional põem em xeque a própria existência do Estado.

Não digo isso de forma vã ou para gerar algum tipo de sensacionalismo, como se isso fosse necessário para conferir algum tipo de apelo especial à conclusão a que chegou este trabalho. Absolutamente. Quando falo em estar em xeque a existência do Estado, não o faço tendo em mente a imagem de revolucionários indo às ruas para instituir uma nova Ordem Constitucional motivados pelo fato de o Estado não cumprir com seu dever-poder de administrar a justiça. Quero, em verdade, é que tenhamos presente que o esfacelamento do instrumento processual destitui a ordem jurídica de sua imperatividade, o que concorre para que, cada vez mais, as relações sociais sejam travadas no campo da antijuridicidade, em contraposição ao sistema jurídico posto. Força é concluir que, não possuindo o Estado mecanismo hábil a sanar a antijuridicidade – de vez que a jurisdição não mais se prestaria para tal fim –, não haveria mais falar em Estado naquele setor da vida em que ao seu ordenamento jurídico é recusada aplicação, e, no mesmo passo, tampouco o Poder Público possua meios idôneos para sanar o ato contrário ao Direito. Quando isso ocorre, criam-se microssistemas normativos – no mais das vezes, de legitimidade e padrões éticos duvidosos – nos quais, ali, Estado já não há mais.

8 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 83-103. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

Revista de Direito Administrativo, n. 240. p. 01-42. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CINTRA, A. C. Araújo; GRINOVER, A. Pellegrini; DINAMARCO, C. Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

JULGAMENTO de José Dirceu gera princípio de crise entre poderes Judiciário e Legislativo no Brasil. WikiNews. Disponível em: <http://pt.wikinews.org/wiki/Julgamento_de_Jos%C3%A9_Dirceu_gera_princ%C3%ADpio_de_crise_entre_poderes_Judici%C3%A1rio_e_Legislativo_no_Brasil>. Acesso em: 20 jul. 2006.

KRELL, J. Andréas. Recepção das Teorias Alemãs sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o Controle da Discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, n. 23, p. 21-49. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ELEMENTOS JURÍDICO-ARGUMENTATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL

ENVIRONMENT PROTECTION JURIDICAL- ARGUMENTATIVE ELEMENTS AS FUNDAMENTAL RIGHT: A PROCEDURAL PERSPECTIVE

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande
do Sul

Doutor em Direito

Professor Universitário

E-mail: rp@tj.rs.gov.br

SUMÁRIO: 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS;
2 ELEMENTOS PRELIMINARES E
IDENTIFICATÓRIOS DE UMA TEORIA
PROCEDIMENTAL DO DIREITO; 3
PROGNÓSTICOS DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO ORIENTADO PELOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL;
4 O ESTUDO DE CASO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTORY NOTES; 2
PRELIMINARY AND IDENTIFYING ELEMENTS
OF A LAW PROCEDURAL THEORY; 3
BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM PROGNOSTICS
ORIENTED BY FUNDAMENTAL LAWS AND ITS
ENVIRONMENTAL DIMENSION; 4 THE CASE
STUDY; 5 REFERENCES.

Resumo: O presente ensaio objetiva enfrentar as possibilidades de análise e decisão de tema envolvendo a proteção ao meio ambiente a partir da Teoria Procedimental do Direito e sua aplicabilidade à solução de casos concretos.

Palavras-chave: Proteção do meio ambiente. Teoria Procedimental do Direito. Direitos fundamentais.

Abstract: The present essay aims to confront theme analysis and decision possibilities on environment protection from the Law Procedural Theory and its applicability to concrete cases solutions

Keywords: Environment protection. Law Procedural Theory. Fundamental laws.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo enfrentar neste ensaio as possibilidades de análise e decisão de tema envolvendo a proteção ao meio ambiente a partir do que vou chamar de Teoria Procedimental do Direito e sua aplicabilidade à solução de casos concretos. Para tanto, em um primeiro momento, quero demarcar alguns pressupostos teóricos que delimitam o significado deste marco referencial utilizado, para em seguida extrair dele categorias e conceitos-chaves à constituição da argumentação jurídica fundamentadora da decisão judicial, necessariamente vinculada a uma adequada Teoria do Sistema Jurídico conformada aos Direitos Fundamentais.

Ao fim, pretendo testificar estes elementos reflexivos e pragmáticos à solução de um caso concreto envolvendo o meio ambiente e sua proteção, que se deu junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2 ELEMENTOS PRELIMINARES E IDENTIFICATÓRIOS DE UMA TEORIA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Tenho reiteradamente asseverado que o nominado Estado Democrático de Direito, estabelecido pela ordem constitucional contemporânea no Brasil, tem como marca identificatória mais sensível, normativa e pragmaticamente falando, o fato de ir ao encontro de medidas urgentes voltadas às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do modelo de crescimento econômico imposto pelo mercado transnacionalizado (sem transformá-lo radicalmente), cumprindo quicá um papel revolucionário (tal qual o da burguesia e do Estado de Direito quando do rito de passagem do medievo à modernidade). (LEAL, 2003a; PASCUAL, 2001, p. 49).

É deste histórico e cenário que se pode visualizar, progressivamente, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas, e aqui podemos citar os casos das decisões judiciais envolvendo fornecimento de

medicamentos, garantia de energia elétrica e água, que se avolumam nos Tribunais de todo o país.¹

Todavia, esses comportamentos jurisdicionais, na verdade, se são importantes numa análise de cumprimento de sua função social imediata, não podem ser tomados como fórmulas substitutivas e mesmo emancipadoras dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas – inclusive no plano filosófico do seu significado –, eis que precisam ser cotejados no âmbito específico da idéia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente nos sistemas políticos ocidentais².

Na verdade, o que está em jogo é saber dimensionar, neste particular, as diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas, executivas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em termos de Democracia Representativa³.

No âmbito da filosofia, tal problemática é expressa por Habermas (1998, p. 119) em termos de justificação e da aplicação do sistema normativo:

In any case, the constitutional judicial review initiated by individual cases is limited to the application of (constitutional) norms presupposed as valid; thus the distinction between discourses of norm application and those of norm justification offers at least an argumentation-theoretic criterion for demarcating the respective tasks that the judiciary and the legislature can legitimately accomplish.

1 Neste cenário, há toda uma rede de fomento para que os juízes desempenhem um papel especial e importante, pois, através de perquirições interdisciplinares, vão delimitando os interesses sociais, para os fins de equilibrar e estabelecer contrapesos jurisdicionais em face das diferentes reivindicações societárias, criando eles próprios regras apropriadas que refletem esse equilíbrio. (SPIRO, 2005, p. 119).

2 Reforça esta idéia LEAL (2003b, p. 29): "A escolha axiológica e personalíssima do bom ou deontológica do correto, a pretexto de que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um discurso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático, há de ser legítima e não autófona".

3 E não estou dizendo, com isto, que "Judging serves the community in two ways: by doing justice according to law in each case and by maintaining the rule of law in the community at large", como quer BRENNAN (1997, p.119), numa perspectiva reducionista da função jurisdicional nas democracias contemporâneas.

O autor alemão aqui estaria interpretando a Constituição na direção que Jonh H. Ely (2000)⁴ o faz, ou seja, de uma forma processual; a Constituição como o instrumento que regula a organização e a solução processual de problemas sociais, regulação esta que possui, por sua vez, normas de operacionalização que são constitutivas das escolhas políticas e axiológicas dos envolvidos por estes problemas.

É no bojo do processo/procedimento já delineada pela norma constitucional e também pela infraconstitucional que a jurisdição deve criar um efetivo espaço democrático e participativo de comunicação intersubjetiva, voltada ao entendimento e à pacificação do conflito. Para tanto, todavia, deve estar munida e municiar a todos os envolvidos com razões de justificação e fundamentação das possibilidades de solução do caso, o que se obtém através de todos os momentos da lide, avaliando-os em face do plexo axiológico que informa o sistema jurídico e a Sociedade Democrática de Direito que o constituiu.

Fix-Zamudio (1973, p. 65) lembra que “avec ce droit constitutionnel d’action, les Constitutions d’Amerique consacrent, avec une certaine ampleur, le droit à la defense en justice, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable”, dando conta, pois, que na própria América Latina o tema dos direitos processuais constitucionais já vem sendo considerados como fundamentais à condição de sujeito de direito contemporâneo, isto desde a década de 1960.⁵

Na jurisdição alienígena, da mesma forma, a orientação segue esta senda, na medida em que, a título de exemplificação, a experiência italiana dá conta de que a garantia constitucional por ela deferida a título de direito à tutela jurisdicional não se limita a proteger o abstrato direito de ação, tal como o concebe o direito processual moderno. Todo e qualquer embaraço ao exercício dos

4 Habermas (1998, p. 326) lembra que Ely “parte da idéia de que a Constituição Americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais”.

5 Tais informações podem-se encontrar também em MIRANDA (1979, p. 379).

direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja no plano formal seja no material, configura denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.

O processo devido ou o justo processo tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei ou o comportamento processual cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes – e suas circunstâncias materialmente identificadas – que, *in concreto*, preconstitui, ainda que de fato, o êxito do processo subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes.⁶

Ao longo do tempo, contudo, os sistemas jurídicos ocidentais foram se aperfeiçoando exatamente para estarem mais conforme a norma fundamental que os guia: a Constituição, nuclearmente em face dos direitos e garantias fundamentais que lhe dá sentido. Impõe-se avaliar tal perspectiva agora.

3 PROGNÓSTICOS DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ORIENTADO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

Já tive oportunidade de sustentar que, a partir de Habermas (1986, p. 28), a tese de que “the modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subject as addressees”⁷.

6 Como quer COMÓGLIO (1990, p. 155). No Brasil, ver o texto de THEODORO JUNIOR (2000, p. 37/54). Neste sentido, é que a jurisdição tem de se prestar como um efetivo espaço público de debate garantidor das prerrogativas dos envolvidos direta ou indiretamente com a decisão judicial decorrente, notadamente reconhecendo as diferenças que os identificam – o que demanda tratamento, por vezes, diferenciados a um e a outro, em face do interesse envolvido ou das particularidades mesmo dos sujeitos de direito de que se trata.

7 O autor vai retomar estas reflexões de forma mais sistematizada no texto *Faticidade e Validade*, de 1992. Traitei desta abordagem no texto *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva*. (LEAL, 2006, p.353).

Ratificando aqui sua crença nas teorias contratualistas de fundamentação do poder político e mesmo da noção de sociedade decorrente daí, Habermas vai mais além, porque – a partir de sua virada lingüística (*linguistic turn*) e com uma Teoria do Discurso –, constrói o que se pode chamar de um novo fundamento para o poder político e o seu exercício institucional e social (dentre eles os dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), qual seja, o de entendimento deontológico (*deontological understanding*) da condição de cidadania e sujeito de direito. Em outras palavras, o modelo de discurso/ação deliberativo na democracia refunda a noção de contrato social, no sentido de conceber a comunidade regulada normativamente como constituída não pela forma do contrato jurídico avençado entre os seus pares e criador do Estado, mas constituída pelo processo discursivo/ativo da construção de consensos fundada em valores conscientemente compartilhados.

Assim é que um dos argumentos centrais desenvolvidos no texto *Faticidade e Validade* (1992), passível de ser aproveitado aqui, é o que demonstra que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo (HABERMAS, 1998, p. 47). Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve

itself. That is the key to a proceduralist conception of law. (HABERMAS, 1998, p. 493)⁸.

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia a dia de seu evoluir? Dá-se pela via da transmutação dessa vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas insertas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: “the basic rights to conditions of life which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights” (HABERMAS, 2004, p. 50).

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados),

⁸ Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito, como quer STRECK (2005, p.176), isto porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensejam a formatação de um modelo de Sociedade historicamente situada e comprometida, axiológica e deontologicamente).

e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista* (VERDROSS, 1982, p. 118) – haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada, na dicção do que sustenta Savigny (1960, p. 118), no sentido de permanentemente lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Robert Alexy (1997, p. 174), três níveis, que se constituem em: '*regras*', '*princípios*' e '*procedimentos*'; fundadas, pois, na idéia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y com

ello - dicho com outra terminología - de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución [...] (ALEXY, 1997, p. 176).

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art.225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, entre os quais podemos destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação (DERANI, 2002, p.164 e seg.). Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.(GRAU, 2004, p. 119).

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); quanto à polícia do ambiente esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente (CANOTILHO, 1993, p. 47).

Em face destes princípios é que a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o

da **precaução**, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental. No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes (2001, p. 79), a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo⁹.

Essa nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

⁹ Da mesma forma MACHADO (2001, p. 57).

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 2002, p. 167).

A partir da idéia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, entre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo (2000, p. 172), que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho (2002, p. 1174) assevera que “as idéias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja

necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos”.

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. ... A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (CANOTILHO, 2002, p. 1179).

Em face destes elementos, posso agora passar à avaliação do caso concreto densificador da reflexão que foi apresentada até aqui, verificando se é possível, a partir destes elementos, efetivamente decidir com qualidade e maior precisão as demandas sociais desta natureza que se apresentam à jurisdição.

4 O ESTUDO DE CASO

O caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido¹⁰, em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto n.º. 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas

¹⁰ No âmbito do Agravo de Instrumento nº70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria.

no art. 108 do mesmo diploma)”. O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias. [...].

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa a indenização e a obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000,00 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais), por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento (objeto desta avaliação), sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º e art.12, e seguintes, do CDC, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotada quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos

elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não terá o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não gera qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado, e quem deve produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe da Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros informes do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação. O informe do Município de fl.109, por sua vez, dá conta de que este Condomínio possui rede de esgoto *servido por tratamento primário com fossa séptica*, sendo este o **tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade**. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, nos autos, que *de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de um fosse séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público*.

Assim, até agora, não há sequer indício de qual o impacto ambiental que pode decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, *vários quilômetros antes e acima da zona urbana*; (e) o referido arroio, *no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas*.

Esses fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente é aquele que dá indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art.5º, XXXVI, art.225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos

do art.90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art.21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC art. 81, parágrafo único, I), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiental sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se feito com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, é dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a "apropriação" e a "transformação" da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico (MIRRA, 1996). Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo nº 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (ANTUNES, 2001, p. 31).

No Brasil, a Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3o, que prescreve: "As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade européia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador¹¹.

11 Conforme ARAGÃO (1997, p.27), o objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) – sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

Tendo este princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais. Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e por todos aqueles que estão vinculados diretamente a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sózinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil a este (meio ambiente e Sociedade) a prova do fato constitutivo do seu direito, o que lhe é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo consectário de forma absoluta.¹²

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a facilitação da defesa dos direitos de que estou tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova, a favor do hipossuficiente, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Não se trata, pois, de inversão legal, pois não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face do caso, dizer se é caso de inversão, ou

¹² Vai neste sentido o texto de LISBOA (2001, p.95). Refere o autor que "prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos".

não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos (MORAES, 1998, p. 44)¹³.

Em face de tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que se dá por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar (MORAES, 1998, p. 53).

Esse é o momento em que se encontra este feito, demandando a sindicabilidade dos fatos denunciados pelo Ministério Público, o que se afigura imprescindível para o deslinde da ação principal, merecendo a determinação da inversão do ônus probatório postulado.

Por estas razões, julguei parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora, a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedora do meio ambiente.

¹³ Neste texto, o autor adverte também que "a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada *ab initio*, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento".

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. **Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. São Paulo: Coimbra, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BRENNAN, Gerard. **Judicial Ethics in Australia**. Sidney: LBS, 1997.
- CANOTILHO, J. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 9, 1993.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1990.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonada, 2002.
- ELY, John Ely. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- FIX-ZAMÚDIO Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In : CAPPELLETTI, Mauro ; TALLON, Denis. **Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil**. Paris: Dalloz, 1973.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.
- _____. Postscript to Between Facts and Norms. In: **New York University Law Journal**, E. 154. New York University Press, sep, 2004.
- _____. **Tanner Lectures on Human Values**. New York: New York University Press, 1986.
- LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. In: **Revistado do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v.1, n. 4. Porto Alegre: IHJ, 2006.
- _____. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC**, v. 6, Belo Horizonte, 2003b.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MACHADO, Paulo Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.
- MIRRA. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo, 1996.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

In: **Revista AJURIS**, v.74. Porto Alegre: AJURIS, 1998.

PASCUAL, Carlo García. **Legitimidad Democrática y Poder Judicial**. Valencia: E. Alfons el Magnánin, 2001.

SAVIGNY, Fredrich Carl. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Turim: Daltricce, 1960.

SPIRO, Peter. **The Judiciary and Legislation: on the role and legitimacy of Constitutional Adjudication**. New York: Westview Press, 2005.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As garantias constitucionais do processo civil. In: **Revista de Jurisprudência Brasileira – JB-**, vol.159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

**BUSCAR A ORDEM, SUPERAR O CONFLITO:
NOTAS ACERCA DO CONCEITO E FUNÇÃO DA
POLITÉIA DOS GREGOS**

**SEEK THE ORDER, SURMOUNT THE CONFLICT.
NOTES ON THE CONCEPT AND FUNCTION OF THE
“POLITÉIA” OF THE GREEKS**

Paulo Sávio Peixoto Maia

Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)
Advogado

E-mail: paulosaviomaia@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: DEMARCAR O PASSADO, COMPREENDER O PRESENTE; 2 CONCEITO DE POLITÉIA; 3 CONCLUSÃO; 4 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION: DELIMITATE THE PAST, UNDERSTAND THE PRESENT; 2 POLITEIA CONCEPT; 3 CONCLUSION; 4 REFERENCES.

Resumo: Este artigo busca realizar uma exploração conceitual acerca do conceito de *politéia* dos gregos, que muitos constitucionalistas afirmam ser o antepassado mais remoto da Constituição moderna – Constituição que hoje em dia é adotada por praticamente todos os Estados. Ao enfatizar a busca pela ordem e pela manutenção da unidade entre as facções da *pólis*, o conceito de *politéia* deixa ver o quanto ela difere da Constituição dos modernos.

Palavras-c have: *Politéia*. Aristóteles. Grécia.

Abstract: This essay seeks to enterprise a conceptual exploration about the Greeks' concept of *politéia*; concept that many constitutionalists state that is the more ancient forefather of the modern Constitution – Constitution that nowadays is adopted for almost all Countries over the world. When the concept of *politéia* emphasizes the seek for the order and the maintenance of the unity between the factions of the *pólis*, it shows how it is different from the Constitution of the moderns.

Keywords: *Politéia*. Aristotle. Greece

1 INTRODUÇÃO: DEMARCAR O PASSADO, COMPREENDER O PRESENTE

No debate acerca da limitação do poder político, *politéia*, *res publica constituta*, *constitutio mixta* e *constitution* foram alguns dos conceitos utilizados, do século V a.C. até nossos dias, para designar o “bom governo”.

Os historiadores do direito parecem ter uma noção de que entre esses conceitos não há uma continuidade, o que se manifesta na usual contraposição de um “constitucionalismo antigo” a um “constitucionalismo moderno”. Todavia, em algumas dessas reconstruções históricas as diferenças entre esses dois “constitucionalismos” são de árdua percepção e carregam muitas dificuldades. Apenas para ficar com um exemplo, um autor como Charles H. McIlwain (1947, p. 43 e 66) acredita que muito da teoria constitucional “moderna” é devida à Roma do tempo da República; chega ao ponto até de propor uma continuidade quando sustenta que os primeiros autores do *Common Law*, como Bracton e Glanvill teriam vislumbrado um suposto matiz democrático no direito da República romana, porquanto perceberam que o *populus* seria a única fonte do direito válida¹. De toda sorte, o recurso à diferença constitucionalismo antigo/moderno é uma constante. O que é muito típico, aliás, da Era Moderna.

Isso porque já a partir da segunda metade do século XVIII, quando a modernidade começa a evidenciar as suas virtuosidades evolutivas (LUHMANN, 1997, pp. 13-49), é possível notar que os autores amiúde se utilizam de noções que estabeleçam diferenças. Talvez o exemplo mais eloquente desse recurso seja o próprio conceito de *modernidade*. A definição desse novo tempo que se inicia ocorre mediante a demarcação de uma diferença. Cria-se uma Idade Média, com a função de servir como parâmetro de comparação e que carrega uma “pretensão qualitativa”: o moderno aparece como melhor do que o tempo anterior (KOSELLECK, 1993a, pp. 296-297).

¹ A moderna historiografia rejeita totalmente a idéia de que Roma teria sido uma precursora das democracias modernas, muito antes pelo contrário, era um regime altamente autocrático e excludente, baseado em uma forte exploração dos plebeus. Cf. (ROULAND, 1997, pp. 395-410)

Assim, é a Idade Moderna que cria as “Idades”. O inexorável *continuum* do tempo – e a perpétua mudança que lhe é subjacente – é demarcado; o presente aparece como uma diferença entre passado e futuro, entre “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa”. A expectativa do futuro sabe que não pode decorrer da simples experiência passada (KOSELLECK, 1993b, pp. 338 e ss.); mas também não a elimina e, assim, se observa o surgimento da idéia de história universal que encarna (e inaugura) a noção de progresso linear e constante (LUHMANN, 1992, pp. 283-284).

Surge dessa forma, como testemunha o âmbito lingüístico alemão, o conceito singularizado de história, *Geschichte*, em contraponto ao conceito pré-moderno de *Historie*, que expressava o relato de histórias pessoais, que valem a título de aprendizado, de ensinamento (*Historia magistra vitae*, dizia Cícero) (KOSELLECK, 1993c, pp. 127 e ss). Com a abertura para o futuro que a modernidade provoca, a *Historie* não mais satisfaz, e é confeccionado o conceito de *Geschichte*, uma expressão singularizada que registra uma história do ponto de vista universal, mundial (KANT, 2004 [1794], p. 35). A “consciência histórica” que surge na modernidade, ou seja, a consciência da historicidade do presente (GADAMER, 2003, pp. 17-18), coloca também a história mundial como tribunal do mundo. É esse pensamento que faz um Friedrich Schiller, em 1789, definir a história universal como “a história que é universal porque reúne todas as histórias em uma, na única história do progresso e do aperfeiçoamento da humanidade.” Assim, a história mundial é o tribunal do mundo (MARQUARD, 2000, p. 71).

Com isso, na modernidade a história é concebida como um processo, e que gera informação a partir da utilização de diferenças que pontualizam a flecha do tempo. A teoria política e o direito constitucional utilizaram-se desse recurso de forma insistente. Na virada do século XVIII para o século XIX, a tentativa de apreender a “modernidade da política moderna” se deu mediante a contraposição do tempo atual com o tempo dos “antigos”.

Foi nesse diapasão que o iluminista escocês Adam Ferguson, em 1767, inaugurou esse novo estilo afirmando que “para os gregos antigos – ou romanos – o indivíduo era nada, e o público era tudo. Para o moderno, em várias nações da Europa, o indivíduo

é tudo e o público nada” (FERGUSON, 1996 [1767], p. 57)². E, em 1819, Benjamim Constant formulará a questão de uma maneira que estava fadada a se tornar clássica. O que os antigos chamavam de liberdade era “a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo” (1985, p. 11); já a liberdade dos modernos residiria na independência privada (1985, p. 15), na garantia de uma esfera livre de interferência inclusive do Estado. Assim, em Constant aparece de modo claro que a liberdade moderna traduz-se pelo reconhecimento da individualidade³.

Colocando a questão de forma mais direta: com o começo da modernidade, a história passa a ser concebida como um processo linear conduzido a um futuro em aberto. A partir de então é corriqueiro observar os autores fazendo recurso à diferença, à demarcação do passado para, dessarte, compreender o presente. Neste pequeno estudo, propõe-se um exercício semelhante àquele realizado por Adam Ferguson e Benjamim Constant. Abordar-se-á a “Constituição” dos antigos, mais especificamente a Constituição dos gregos, a *politéia*. A caracterização do “antigo” como a condução do indivíduo ao todo e do “moderno” como a desvinculação do indivíduo ao todo – o que teve início no Oitocentos –, consoante estabelecido por Constant, é um início inspirador.

Com o estabelecimento dessa diferença, não se busca visualizar nenhuma continuidade entre o passado e o presente. Antes disso, o que se objetiva é perceber as diferenças existentes entre o passado (aqui reduzido ao passado grego, tomado como paradigma) e o presente, o nosso presente. Caso se logre sucesso, o que se quer é problematizar o antigo frente o novo: é utilizar a *politéia* como um contraponto útil no sentido de que alguns traços da Constituição dos modernos se evidenciem.

2 CONCEITO DE POLITÉIA

O termo do pensamento político grego que melhor traduz “constituição” é *politeia*, que exprime a unidade e a “consciência da personificação da cidade-estado em um sujeito coletivo”

² No original: “To the Ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public was every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing and the public nothing.”

³ Possivelmente Constant tinha em mente os abusos que o Período do Terror promoveu, mas o discurso é mais geral, porquanto o eco do Iluminismo (principalmente de corte escocês, como se vê na fé que Constant depositava no comércio) é visível. Para Constant, Cf. (GUSMÃO, 2001, pp. 42-50.), principalmente.

(DOGLIANI, 1994, p. 37). Essa busca do todo, que se encontra na *politeia* dos gregos buscava o compromisso entre as facções, e assim “dar resposta à crise, à necessidade de segurança e de estabilidade, indicando a perspectiva constitucional da conciliação” (FIORAVANTI, 2001, p. 22).

Esses dois traços do pensamento político-constitucional grego, quais sejam, metáforas fisiológicas para explicar o político (o maior exemplo é “organismo”) e a busca por um *poder médio* que concilia os extremos e torna possível a convivência, consistem na principal característica do que se convencionou chamar *constitucionalismo antigo*.

No discurso político ocidental o conceito de *politeia* ocupa um lugar de destaque, principalmente em seu corte aristotélico. A influência desse conceito sobre a noção de *res publica constituta*, cunhada por Cícero, é muito difundida (FIORAVANTI, 2001, p. 27), porém o que é mais interessante é que o uso de *politeia* se mostra presente nos mais improváveis contextos sociais, como mostra o exemplo dos debates constitucionais ingleses do séc. XVII, quando se discutia qual era a *constitution* da igreja anglicana (STOURZH, 1988, p. 35-43).

Esses usos da *politeia* grega em contextos tão diversos mostram que a qualidade de um texto clássico não é o de conter respostas permanentes para qualquer tipo de sociedade, mas o de ter capacidade de gerar *perguntas*. Ele é clássico porque o *dever* do tempo não retira o seu potencial de problematização. Dessa maneira, a reutilização de um texto o re-significa, pois a localização contextual é elemento primordial para se perquirir acerca de seu *sentido* (FARR, 1995, p. 25).

Partindo dessa perspectiva diacrônica: qual era o uso de *politéia* no pensamento grego clássico? Podemos vislumbrar uma tradição democrática e constitucional em *politéia*? É possível falar em um constitucionalismo grego? E mais: é útil? Pois bem. Uma compreensão adequada da *politéia* requer uma contextualização histórica. Sua aparição, no pensamento grego, pode ser situada no século IV a.C.; um surgimento que se mostra muito tributário à concepção organicista de sociedade que era própria aos gregos; assim é necessária uma referência a esse pano de fundo no qual a *politeia* era inserida.

Esse pano de fundo era a *pólis*, uma espécie de comunidade (*koinon*), porém a mais *final* entre todas as outras (família e seus pares naturais, povoados), e portanto também a mais importante (ARISTÓTELES, 1997, 1252a). Nas palavras de Aristóteles:

Na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o *todo* deve necessariamente ter precedência sobre as partes; com efeito, quando todo o corpo é destruído pé e mão já não existem, a não ser de maneira equívoca [...]. É claro, portanto, que a cidade tem precedência por natureza sobre o indivíduo. De fato, se cada indivíduo isoladamente não é auto-suficiente, conseqüentemente em relação à cidade ele é como as outras partes em relação a seu todo [...]. (ARISTÓTELES, 1997, 1253a) (grifou-se)

A *polis* é o corpo que contém as outras partes e que lhes dá significado; ela ao mesmo tempo não se reduz à mera soma das partes: transcende-as. Tal importância primordial que a *polis* ostenta tem a ver com a ligação que existe entre a ética e a política no contexto grego, e nesse particular não há nada mais esclarecedor do que o argumento aristotélico⁴.

Em Aristóteles, há certa diferenciação entre teoria e prática, entre o contemplativo e a ação prática.. A filosofia por excelência é a metafísica, que possui um estatuto superior, uma vez que cuida daquilo que está além da *physis*, qual seja, a ordem pré-dada e imutável do *logos* (MILOVIC, 2005, p.1). A política não é diretamente dependente da metafísica, pois há uma independência do domínio prático, uma vez que a ética e a política cuidam do transitório, do contingente, e a metafísica trata do contemplativo (MILOVIC, 2005, p.4)⁵. Somente a esfera do contemplativo, a teoria, pode ter uma pretensão de certeza⁶, de alcançar a verdade, o que é alcançado pelo raciocínio silogístico; o máximo que o conhecimento no âmbito da ação prática pode ter é a *phronesis* (MILOVIC, 2005, pp. 7-8).

⁴ Assim, bem explicado, não se está a afirmar que Aristóteles funda essa ligação entre ética e política. Ele apenas expressa bem essa visão de mundo da época, daí a referência que se faz a ele.

⁵ MILOVIC, Miroslav. Ética e metafísica (Manuscrito inédito). Brasília: Departamento de Filosofia, 2005, p.4. Na Metafísica há a sugestão de que o divino é o que tem "duração contínua e eterna". Cf. (ARISTÓTELES, 1969, 1072b).

⁶ O locus clássico dessa noção é a passagem 71a-b dos Analíticos Posteriores. Cf. (ARISTÓTELES, 2004, 71a-b).

A prática é por definição contingente e por isso se mostra imperfeita, mas não o é de forma irremediável. A *arête* compensa a contingência, afinal "nenhuma das funções do homem é dotada de tanta *permanência* quanto as atividades conformes à excelência (*arête*)" (ARISTÓTELES, 1999, 1100b). A *arête* confere permanência ao que é passageiro e portanto imperfeito, mas para isso é necessário atingir o *bem*. Todas as coisas visam a um bem (ARISTÓTELES, 1999, 1094a), e o maior dos bens alcançáveis pela ação é a felicidade, pois ela é o bem mais final em relação a todos os outros bens, uma vez que é desejável por si mesma (ARISTÓTELES, 1999, 1097a).

Ao atingir a felicidade o homem se aproxima do divino⁷, mas isso somente pode acontecer dentro da *pólis*, o homem fora dela é impensável: é um animal selvagem ou um deus (ARISTÓTELES, 1997, 1253a). A *pólis* "visa ao mais importante de todos os bens" (ARISTÓTELES, 1997, 1252a), pois "a finalidade da cidade parece de qualquer modo algo maior e mais completo" (ARISTÓTELES, 1999, 1094b). Precisamente esse nexos interno entre a felicidade e a *pólis* é que nos permite ver o nexos entre ética e política.

A ligação que existe entre ética e política faz com que a atividade política e o direito tenham *finis edificantes* – uma característica do contexto grego independentemente do texto ser aristotélico ou platônico (PLATÃO, 1999a, 722d). O principal empenho da política é "infundir um certo caráter nos cidadãos – por exemplo torná-los bons e capazes de praticar boas ações." (ARISTÓTELES, 1999, 1099b). A *pólis* é o lugar em que o *telos* prático se realiza, e assim supre a imperfeição da contingência; ela existe "para a prática de ações nobilitantes, e não somente para a convivência" (ARISTÓTELES, 1997, 1281a). E é por isso que "os legisladores devem estimular as pessoas à prática da excelência (*arête*) moral [...] no pressuposto de que aqueles que progredirem moralmente pela formação de hábitos corretos continuarão fiéis a tais influências" (ARISTÓTELES, 1999, 1180a).

Em suma, apesar de existir uma certa autonomia do prático em Aristóteles, o *telos* que a ética exige da política para se alcançar

⁷ "[...] a felicidade parece estar entre as coisas mais divinas, pois aquilo que é o prêmio e a finalidade da excelência (*arête*) parece sumamente bom e algo divino e bendito". (ARISTÓTELES, 1999, 1099b).

a perfeição acaba por ensejar uma recondução da política ao transcendental. De certa forma, a ética pode ser concebida como uma metafísica indireta, pois não é ontologia, mas teleologia. A ética entendida como “metafísica indireta” é o geral que se articula no particular, e o geral no domínio prático é a política (MILOVIC, 2005, p. 4)⁸.

A *pólis*, na esteira desse argumento, é o geral que se realiza, e assim temos uma precedência ontológica do *geral* sobre o *particular*, ou seja: da *pólis* frente os cidadãos. Agora se vê claramente a ligação interna que existe entre a concepção organicista de sociedade e a submissão da política à ética. Em uma sociedade como a grega, para que o todo orgânico se mantenha as partes devem se sacrificar em nome de um objetivo que é mais *final*, perseguir um bem maior. A parte é nada fora do todo, e assim cada parte tem o seu lugar em sociedade colocado de uma maneira naturalizada⁹, na busca de um fim.

A questão da obediência do cidadão frente à *pólis* ilustra de maneira singular o entrelaçamento da concepção organicista de sociedade (isto é: pretensão de recondução da parte frente ao todo) e de sua ligação com a noção de que a política seria “a ética que se realiza”. Isso porque, na sociedade grega,

[...] não há limite para o que uma cidade tem o direito de esperar dos seus. Quando Xenofonte escreve que “um bom cidadão respeita a Lei” [*Memoráveis*, I, 2, 41], não quer dizer que não basta violar o código para cumprir seu dever, pois o que se chamava a Lei era muito mais do que o que designamos por essa palavra: a Lei era as leis, os costumes não escritos, as decisões políticas, as ordens dos responsáveis e, de um modo mais geral, a vontade coletiva [...]. (VEYNE, 1984, p. 61)

A vontade do todo deve ser seguida sem questionamento por parte do cidadão e a excelência (*arête*) do cidadão consiste em obedecer bem a quem lhe é superior (ARISTÓTELES, 1997, 1277a). Ele atinge a felicidade pela excelência (*arête*), e a excelência

⁸ A essência da metafísica grega é a segunda substância, que expressa a Forma, o geral. Cf. (ARISTÓTELES, 2004, 2a).

⁹ (...) cada um deve atender a somente uma das coisas da cidade: àquilo para o que a sua natureza está mais bem dotada”. (PLATÃO, 1999b, 433a)

é alcançada pela obediência ao legislador. É claro que a confecção desses argumentos não se deve somente ao brilhantismo de algumas proposições filosóficas competentemente concatenadas por parte de pensadores que estavam destinados a entrar para a história do pensamento universal. Antes disso, esses argumentos deviam a sua existência a um problema concreto. Eram respostas a um problema concreto que era vivenciado pela *pólis* grega.

A *pólis* possuía uma frágil unidade construída sobre um tecido social instável em que a *stásis* (conflitos internos entre facções) era sempre um risco latente de fácil efetivação (FIORAVANTI, 2001, p. 16), como é próprio a uma sociedade diferenciada por estratos (LUHMANN, 1982, pp. 234-235). A unidade somente poderia ter continuidade com a total obediência ao “governo das leis”, compreendido não como o moderno *rule of law*, mas como a “aceitação de todas as decisões específicas adotadas pelos corpos soberanos”, e “independentemente do quão doloroso ou objetáveis eles possam ser, do ponto de vista pessoal” (FINLEY, 1998, p. 42). Era o preço exigido pela unidade: uns mandam outros obedecem. E assim:

Alguns seres, com efeito, desde a hora de seu nascimento são marcados para ser mandados ou para mandar [...], pois em todas as coisas compostas, onde uma pluralidade de partes, seja contínua ou descontínua, é combinada para constituir um todo único, sempre se verá alguém que manda e alguém que obedece [...]. (ARISTÓTELES, 1997, 1254a).

Já que a posição de mando aparece como algo naturalizado e a obediência é prescritivamente esperada do cidadão, o *nómos* (direito) jamais pode ser entendido como uma fonte de direitos subjetivos do cidadão frente à *pólis*. O *nómos* não limita o governo da *pólis*, porque não vincula quem “manda”. O governante é aquele que domina a ciência do governo, e que por isso pode se desvincular das leis quando se trata de determinar o que ele considera melhor para o todo. Tal qual o comandante de um navio que usa a sua ciência e sensatez para navegar com seus marinheiros, e não um código escrito com regras pré-determinadas¹⁰.

¹⁰ (PLATÃO, 1983, 296d-297b).

Como observou Paul Veyne, a *pólis* grega era justamente esse navio que não tinha passageiros, mas tripulantes que eram subordinados ao comandante (VEYNE, 1984, pp. 61-62). Os órgãos soberanos, como a *Ekklesia* e a *Boulé* no período que aqui nos atemos, o século IV a.C., tinham poderes ilimitados, o que levava a uma onipotência (MOSSÉ, 1979, p. 131). Não existia nenhuma autoridade maior que a *pólis* nem nada que freasse a vontade da maioria, de modo que ao cidadão jamais foi possível interditar um ato da *pólis*, porquanto ele não tinha “direitos inalienáveis” a serem observados pelo legislador (FINLEY, 1998, p. 37).

Agora que foi abordado o quanto a unidade da sociedade é buscada, a todo custo, pelo contexto grego, em que todos os lugares dentro da comunidade são naturalizados por uma subordinação da política a finalidades eticamente edificantes, já é possível ter uma noção adequada da “constituição dos gregos”, a *politéia*.

A *politéia* é a expressão conceitual encontrada pelo pensamento político clássico grego (principalmente após o século IV a.C.) para expor esse problema fundamental que abordamos, qual seja, “a busca de uma forma de governo adequada ao presente, tal que reforce a unidade da *polis*” (FIORAVANTI, 2001, p. 19). Nesse ponto a diferença entre Aristóteles e Platão é só quanto ao grau da unidade¹¹. A *politéia*, assim, aparece como algo que descreve o arranjo institucional da *pólis* grega, de maneira a procurar aquilo que garante a união do todo ante as facções e aos cidadãos. Como podemos ver, “no fundo aparece o temor ao conflito, a aspiração à estabilidade” (FIORAVANTI, 2001, p. 20).

Em Aristóteles a *politéia* costuma ser definida como aquilo que caracteriza estruturalmente uma cidade – e a difere de outras (ARISTÓTELES, 1997, 1276b). A *politéia* é “o ordenamento (*táxis*) de uma cidade quanto às suas diversas funções de governo, principalmente a função mais importante de todas” (ARISTÓTELES, 1997, 1278b). Assim, “constituição (*politéia*) significa o mesmo que

11 Aristóteles (1997), na passagem 1264a da Política, afirma que “deve haver alguma unidade tanto na família quanto na cidade, mas não de maneira absoluta”, pois assim “a cidade deixaria de existir como tal se sua unificação não tivesse limite” (vemos passagem idêntica em 1261b). Ele se refere a Platão (1999), que na sua República sustenta, em 462c, que a *polis* terá o melhor governo quando as pessoas que se referem à mesma coisa quando afirmem “o meu” e “o não meu”. Para uma mostra do sempre controverso “comunismo platônico”, cf. (PLATÃO, 1999b, 416d-e), em que nega a propriedade de casas para os cidadãos com a efetivação da cidade ideal.

governo” (ARISTÓTELES, 1997, 1279b), governo que “em toda parte detém o poder soberano sobre a cidade” (ARISTÓTELES, 1997, 1278b).

Se a ordenação do governo muda, a *politéia* também muda, os gregos têm essa noção. Aristóteles conta que na história da cidade de Atenas já ocorreram onze mudanças constitucionais, em que cada uma gerou uma diferente *politéia* (ARISTÓTELES, 1948, 41.1-2). Mas isso não é visto com otimismo. Para os gregos a boa *politéia* é a que dura, é a que é recebida do passado, o que pode ser bem visto em Platão, que colocava a constituição dos antepassados como a boa constituição (PLATÃO, 1999a, 693d-e, 698b).

A caracterização de *politéia* como *táxis* do corpo político é um dos legados gregos mais insistentes na política ocidental, como já apontamos. Essa ordenação (*táxis*) do corpo político pode se dá de várias formas. Há três maneiras de se exercer o poder e igualmente três formas de desvios que lhes correspondem. As boas formas são monarquia, aristocracia e timocracia, que diferem pelo número de participantes no exercício do poder. Suas formas desviantes são, respectivamente, tirania, oligarquia e democracia. (ARISTÓTELES, 1999, 1160b)

Não é qualquer arranjo institucional que vai garantir a unidade da *polis* frente às facções: a melhor *politéia* que uma cidade pode ter é aquela que combina elementos de várias formas de governo. Essa é a maneira mais adequada de prevenir a degeneração das formas de governo.

Aí podemos vislumbrar a preocupação em compor um centro médio para tornar o exercício do poder viável, estável frente à instabilidade que uma estrutura social como a *pólis* grega produz insistentemente. Surge aí uma fórmula que será muito utilizada pela teoria política do Ocidente até a invenção das doutrinas da soberania, com Jean Bodin e, principalmente, Thomas Hobbes: a constituição mista (*mikte politéia*) (GORDON, 2002, pp. 80 e ss.).

O modelo da constituição mista é uma forma bem eficiente de compor o governo de sociedades diferenciadas por estratos. Fazer uma constituição em que tanto a nobreza da sociedade (elemento oligárquico) quanto o *demos* (elemento democrático)

sintam-se representados, é ao mesmo tempo confeccionar uma espécie de “fórmula de compromisso”, que garante o equilíbrio de forças e previnem a *stásis*. A constituição que é mista persevera no tempo não por ser desejo da maioria dominante, mas porque “nenhum segmento da cidade deseja outra forma de governo” (ARISTÓTELES, 1997, 1294b).

3 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, é possível verificar, facilmente, o quanto a constituição dos antigos difere da Constituição dos modernos.

Em 1787, os Estados Unidos da América ensinou ao mundo que a soberania popular poderia, em seu próprio nome, dar uma Constituição para um Estado. E mais: pretender que todos os poderes do Estado se comportem nos limites colocados por essa norma que se concebe como um direito de qualidade superior (*higher law*). Com o julgado *Marbury v. Madison* (1803) esse “período de reflexão constitucional” atinge o seu termo, e o Juiz Marshall expressa aquilo que estava latente no constitucionalismo norte-americano, ao afirmar que quando uma lei está em confronto com a Constituição, só se tem duas saídas: a primeira aponta que esta lei deve ser tida como nula, a segunda a lei vale mesmo assim, e aí as Constituições nada mais seriam que estúpidas tentativas de se limitar um poder ilimitável (NINO, 1991, p. 100). A primeira alternativa foi a vencedora. Foi a alternativa escolhida pelo constitucionalismo em escala mundial (DIPPEL, 2006, pp. 59-76). A Constituição como uma norma superior é uma das conquistas evolutivas mais pronunciadas do constitucionalismo moderno (LUHMANN, 1996, pp. 83-128).

Pois bem. Nada mais distante dessa noção moderna de Constituição do que o conceito grego de *politéia*. Nada mais inadequado do que conceber a *politéia* dos gregos como uma *norma*, como uma lei que fosse apta a vincular a ação da *pólis*. A *politéia* não tem nada de normativo, porquanto é uma categoria sobretudo descritiva da ordem e disposição do todo, e que buscava a melhor composição desse todo, de maneira a melhor prevenir a guerra civil, a *stásis*. Ela é, concomitantemente, o arranjo das magistraturas e a busca da obediência, da formatação das almas dos cidadãos da *pólis*. A transposição apressada do conceito grego de *politéia* para

a modernidade deve tematizar esses riscos, como bem ressaltou o maior helenista do século XX, Moses I. Finley (1991, p. 101):

Aquele que defende ser função própria do Estado promover o aperfeiçoamento moral dos seus cidadãos está brincando com instrumentos muito perigosos. E quando passa a fundamentar seus julgamentos morais em verdades absolutas (quer lhes dê o nome de Deus ou de Formas Ideais) esta convicção o levará, se for rigoroso o suficiente, a crer que tem o direito e o dever de impor tais verdades absolutas aos outros, para o próprio bem destes, como na República de Platão, na Santa Inquisição, na Genebra de Calvino ou no 1984 de Orwell. Verdades absolutas não podem ser questionadas, desafiadas ou escarnecidas.

A utilização de diferenças é um pressuposto para que se consiga apreender as singularidades do tempo presente. Para o constitucionalismo moderno, essa impositação não poderia deixar de ser havida como válida. Quando se tematiza a “constituição dos antigos” e sua missão de “formatar a alma do cidadão”, é possível ver o quanto o constitucionalismo moderno tem (e tem que ter) um *indirizzo* diverso. Contra o discurso corrente de que problemas constitucionais poderiam ser solucionados através de um apelo à “ética”, ou mediante “governantes éticos” (o que além de mais improvável é até mais ingênuo) o constitucionalismo moderno oferece a estratégia de limitar o poder por meio do próprio poder. O que revela um ponto de vista institucional; uma atitude no sentido de apontar a insuficiência de apelos para os “estados anímicos” dos governantes.

Last but not least, as poucas linhas gizadas acerca do conceito grego de *politéia* também ajuda a problematizar o par unidade/diferença. Se para os gregos a busca da unidade ante a diversidade era havida como um fim em si mesmo que justificava até mesmo a supressão das “partes” para o bem do “todo”, por seu turno o constitucionalismo moderno parte da assunção que a manutenção das diferenças é o seu *telos* constitutivo (ROSENFELD, 1994). Na realidade, uma mítica busca pela ordem gera não uma confecção unitária do poder estatal, mas simplesmente um desrespeito às diferenças, que são a razão de ser do “todo”. Dessarte, o “problema da unidade” é substituído pelo “problema da diferença”: nessa mudança reside um dos traços básicos do constitucionalismo moderno. Que

só aparece quando em confronto com a "constituição dos antigos", exemplarmente representada pelo conceito grego de *politéia*.

4 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **La Constitución de Atenas**. Trad. Antonio Tovar. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948.

_____. **Metafísica**. Trad. Leonel Valandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

_____. **Política**. Trad. Mario Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mario Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Organon**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004.

CONSTANT, Benjamim. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política I**, Porto Alegre: L&PM, 1985.

DIPPEL, Horst. O surgimento do constitucionalismo moderno e as primeiras constituições latino-americanas. Trad. Paulo Sávio Peixoto Maia. In: **Notícia do Direito Brasileiro**, n. 13 (Nova Série). Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006, pp. 59-76.

DOGLIANI, Mario. **Introduzione al diritto costituzionale**. Bolonha: il Mulino, 1994.

FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. **Political innovation and conceptual change**. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

FERGUSON, Adam. **An Essay on the History of Civil Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996 [1767].

FINLEY, Moses. Política. In: FINLEY, Moses (org.). **O legado da Grécia: uma nova avaliação**. Brasília: UnB, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**.

2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GORDON, Scott. **Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GUSMÃO, Luís de. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria política contemporânea**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

KANT, Immanuel. Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita. In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004 [1794].

KOSELLECK, Reinhart. Modernidad. In: **Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993a.

_____, Reinhart. 'Espacio de experiencia' y 'horizonte de expectativa' dos categorías históricas. In: **Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993b.

_____, Reinhart. Historia, historias y estructuras formales del tiempo. In: **Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993c.

LUHMANN, Niklas. The differentiation of society. In: LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. Columbia: Columbia University Press, 1982.

_____, Niklas. The direction of evolution. In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil. (orgs.). **Social change and modernity**. Berkeley: University of California Press, 1992.

_____, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, pp. 83-128.

_____, Niklas. La modernidad de la sociedad moderna. In: LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Trad. Carlos Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

MARQUARD, Odo. Historia universal e historia multiversal. In:

Apologia de lo contingente. València: Institución Alfons El Magnànim, 2000.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern.** 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MILOVIC, Miroslav. **Ética e metafísica** (Manuscrito inédito). Brasília: Departamento de Filosofia, 2005, 16 pp.

MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia.** Brasília: UnB, 1979.

NINO, Carlos Santiago. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: **Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PLATÃO. **Político.** Trad. Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **As Leis.** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 1999a.

_____. **La República.** Trad. José Manuel Pabón e Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza Editorial, 1999b.

ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (org.). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives.** Durhan and London: Duke University Press, 1994.

ROULAND, Norbert. **Roma, democracia impossível? Os agentes do poder na urbe romana.** Trad. Ivo Martinazzo. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). **Conceptual change and the Constitution.** Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

VEYNE, Paul. Os gregos conheceram a democracia?. In: **Diógenes**, n. 6. Brasília: UnB, janeiro-junho de 1984.

O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EXEMPLO DO GOVERNO FEDERAL

PUBLIC POLICIES BUDGETARY PLANNING: FEDERAL GOVERNMENT EXAMPLE

Leonardo Aguiar Maia

Pós-graduado em Contabilidade Pública pela FA7

Bacharel em Ciências Contábeis pela UNIFOR

Graduado em Contabilidade Pública pela UECE

E-mail: leoaguiarmaia@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS; 3 O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO FONTE DE RECURSOS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS; 4 O PLANEJAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 PUBLIC POLICIES CONSIDERATIONS; 3 PUBLIC BUDGET AS A RESOURCE SOURCE FOR PUBLIC POLICIES; 4 PUBLIC POLICIES PLANNING; 5 FINAL CONSIDERATIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: Sabe-se que o Estado deve cuidar das necessidades da sociedade, provendo, através de suas ações, o maior grau possível de bem-estar social. Esta é uma realidade em que a necessidade de sua existência não é questionada, mas a forma, a amplitude e a cobertura de suas realizações são como a administração e as políticas públicas são regidas. Então, o orçamento público é o mecanismo básico para a definição das ações corretivas para diagnosticar problemas e resolver necessidades coletivas. A primeira fase das despesas públicas consiste na fase de fixação de despesas. Como resultado, torna-se básico para a elaboração de um orçamento que um planejamento adequado seja feito para definição das ações que consistirão na Lei Orçamentária Anual e financiarão as políticas públicas. A função principal deste instrumento de planejamento, consagrado pela Constituição Federal, é colocar os recursos necessários para a realização destas políticas.

Palavras-chaves: Estado. Políticas Públicas. Orçamento Público.

Abstract: It is known that the State must take care of the society necessities, providing through its action, the biggest possible degree of social welfare. This is a reality where the necessity of its existence is not questioned but the form,

the amplitude and the cover of its performance are, that is to say, how the public management and politics are lead. So, the public budget is the elementary mechanism for the definition of corrective actions for diagnosed problems and to solve collective necessities. The first phase of the public expenses consists in expenses fixation phase. As a result, it becomes basic for the elaboration of the budget that it makes an adequate planning to the definition of actions that will consist in the Annual Budgetary Law and will finance the public politics. It is the essential function of this instrument of planning, consecrated by the Federal Constitution, to place the necessary resources to the achievement of these politics.

Keywords: State. Public Policies. Public Budget.

1 INTRODUÇÃO

É inegável a imprescindibilidade da atuação do Estado para a organização da sociedade, prestação de serviços essenciais para satisfazer as necessidades e demandas sociais e para a promoção do bem-estar coletivo.

Como defende Costa (2005, p. 127) "o Estado deve intervir na esfera econômica, realizar programas sociais, combater desigualdades, amparar os consumidores etc". Com um ótimo Estado, a própria sociedade integrada complementa, apóia e exige políticas públicas, diminuindo, conseqüentemente, o conflito social. (MONASTÉRIO, 2005, p. 182).

Dessa maneira, questiona-se: qual a finalidade do Estado e de que forma as suas ações são implementadas? Sabe-se que a sua existência é, hoje, fundamental para o convívio em sociedade. Portanto, o bom planejamento das políticas públicas é essencial a fim de que as suas funções sejam efetivadas. É nesse contexto que o orçamento público exerce influência direta na elaboração, execução e avaliação dessas políticas. Por isso, a matéria orçamentária deve ser observada quando da prática das ações governamentais, servindo de mecanismo para a consecução das mesmas.

A Ciência Política tem muito a acrescentar no entendimento da atuação do Estado na sociedade, além de gerar informações pertinentes às estratégias que levam à adoção das políticas públicas implementadas pelos governos.

É nesse meio político, pois, que se deve indagar a função do orçamento público, como se dá a sua atuação na Administração

Pública, como o ordenamento jurídico trata a matéria orçamentária e como o planejamento pode influenciar na elaboração e execução das políticas públicas.

Dessa maneira, procura-se demonstrar, durante o trabalho, que o Orçamento Público é um instrumento essencial para a execução das políticas públicas no Brasil, considerando a função do Estado. É importante destacar, ainda, como é formado o sistema orçamentário brasileiro e quais os seus impactos no planejamento daquelas políticas. Além de evidenciar a legislação pertinente à matéria orçamentária, identificar-se-á, também, de que maneira as leis que instituem os programas sociais tratam do planejamento orçamentário para as suas consecuições. Para exemplificar a relação das políticas públicas e as leis orçamentárias, serão citados alguns programas de governo federal.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A política surge para entender os fatos e atores político-sociais cujas idéias giram em torno de um poder originário decorrente do convívio em sociedade, tendo como sujeito principal e regente desse poder o Estado.

Nesse mesmo raciocínio, leciona o professor José Matias Pereira (2003) que a política busca reger o comportamento e os conflitos entre os membros da sociedade, cuja sobrevivência depende da conduta dos atores, necessariamente regulada por normas gerais, estruturada por meio de uma organização política, permitindo que os conflitos internos entre os indivíduos e grupos sejam pactuados.

O autor defende, ainda, que a política, desde o século XIX, vem sendo definida como a arte e a ciência do Estado e do governo. No entanto, atualmente, para o estudo político, devem-se considerar relevantes as instituições não-constitucionais, que interferem nas atividades estatais, como partidos políticos, sindicatos, organizações não-governamentais etc.

Em linhas gerais, a Ciência Política deve estudar os acontecimentos, as instituições e idéias políticas, tanto em sentido

doutrinário quanto prático, temporalmente compreendendo o passado, o presente e o futuro. Analisa-se o objeto de estudo sob a ótica de como foram ou deveriam ter sido, como são ou devem ser e como serão ou deverão ser (BONAVIDES, 2003, p. 38), alimentando, conseqüentemente, a idéia de um planejamento político.

Com o intuito de demonstrar a atuação da Ciência Política no ambiente dos diversos atores sociais, a filosofia política tende à discussão acerca da origem, essência, justificação e fins do Estado, como das demais instituições sociais geradoras do fenômeno do poder, cuja concentração natural no Estado sofra resistência, somando-se os partidos, os sindicatos, a igreja, as associações internacionais etc. (Idem, p. 40)

Mesmo o ambiente político sendo recheado (influenciado por) de diversos atores, o Estado ainda tem extrema relevância em face da sua finalidade e funções, cujas ações impactam diretamente no seio da sociedade. Daí a importância do planejamento dos seus atos.

Entende-se que o Estado deve refletir os anseios da sociedade, no que tange à sua organização e às suas aspirações. Portanto, infere-se que ele é a organização política da sociedade, com a finalidade de promover e satisfazer a prosperidade pública, proporcionando através de suas ações (serviços) o maior grau possível de bem-estar social. (KOHAMA, 2003, p. 21) Para tanto, é através do governo que a finalidade estatal é atingida.

Com isso, para a consecução da finalidade estatal, o governo assume funções precípua à concretização das suas atividades, cuja essencialidade é confrontada e comprovada com a organização política enraizada no seio da sociedade. Essa é uma realidade em que não se discute a necessidade da existência do Estado e sim a forma, amplitude e abrangência de sua atuação (CIALDINI; ARAÚJO, 2004, p. 05), ou seja, como são conduzidas a gestão e as políticas públicas.

De acordo com os autores acima citados, as funções do governo podem ser divididas em institucional e econômica.

A função institucional pode ser entendida como a preservação do aparato jurídico institucional e das relações contratuais entre os membros da sociedade, com o intuito de evitar a geração de conflitos e o prejuízo da própria sociedade.

As funções econômicas, por sua vez, subdividem-se em alocativa de recursos, distributiva da renda e riqueza e estabilizadora da economia.

A função alocativa de recursos busca ampliar mercados, aumentar a produtividade e alcançar a satisfação das demandas da sociedade, através de investimentos na infra-estrutura econômica (investimentos em serviços de transportes, energia, comunicação etc) para impulsionar o desenvolvimento regional e nacional, e provisão de bens públicos e bens meritórios, ou seja, respectivamente, serviço de iluminação pública, controle ambiental, e programas de merenda e transporte escolar, entre outros.

A função distributiva da renda e da riqueza consiste na execução de ações que visem à adequada distribuição da renda. O governo viabiliza, por meio do orçamento público, essas políticas que consistem na finalidade de tirar de um para melhorar a situação de outros. Para tanto, o governo pode utilizar diversos mecanismos, a exemplo de tributação diferenciada para incentivar a produção de determinados produtos que visem à melhoria da qualidade da alimentação da população de baixa renda, subvenções ou isenções a bens e serviços essenciais à população carente ou mesmo a transferência de recursos a pessoas (exemplo dos programas de garantia de renda mínima, como o bolsa-escola e a bolsa-família).

Por último, a função estabilizadora da economia, objetivando manter os níveis de emprego, estabilidade dos preços e valor da moeda, entrada e saída de recursos na economia e o crescimento econômico, intervém utilizando-se dos instrumentos macroeconômicos, principalmente a política fiscal, para manter a estabilidade da economia, evitando, dessa forma, as flutuações do mercado que podem causar desemprego ou inflação.

Logo, no sentido de resolver problemas político-econômico-sociais, o Estado utiliza-se de políticas públicas voltadas para a

promoção do bem-estar da coletividade, podendo-se definir de acordo com Araújo (2004, p. 17), como “um conjunto de escolhas por aqueles que representam uma determinada população, para direcionar seus trabalhos em prol daquela comunidade”.

O autor acrescenta, enfatizando que aquelas escolhas passam por uma seleção criteriosa de prioridades, com o objetivo de elevar o nível de qualidade de vida das pessoas e promover o desenvolvimento da região.

Considerando a importância das ações governamentais para o desenvolvimento do bem comum e a resolução de problemas enraizados na sociedade, a proposição de uma política pública deve ser bem estruturada, com o objetivo de torná-la viável; logo, para a elaboração das políticas, seguem-se alguns passos:

- ✓ Identificação e definição dos problemas;
- ✓ Percepção de uma problemática atual ou futura, considerando tanto os aspectos políticos quanto os técnicos, resultante de demandas políticas e sociais, necessidades identificáveis, juízos de valor sobre certa realidade, e compromissos políticos assumidos;
- ✓ Seleção de soluções;
- ✓ Estabelecimento de alguns objetivos e metas preliminares; e
- ✓ Pré-seleção de meios imediatos (técnico, equipe, recursos financeiros, parcerias, entre outros) para solução dos problemas. (ARAÚJO, 2004, p. 17).

Logicamente que as fases apresentadas não configuram um modelo imutável de elaboração de políticas públicas, mas percebe-se a imprescindibilidade de um plano de ação, adequado a uma realidade ambiental, para a intenção exequível dessas políticas.

Nessa seara das políticas públicas, o mesmo autor alerta para o fato de que

os governantes devem considerar, entre outras questões, a sua necessidade, pertinência, aplicabilidade, viabilidade, prioridade e disponibilidade financeira para a devida implementação nas diversas áreas de atuação, tais como: saúde, infra-estrutura, educação, segurança, geração de trabalho e renda, cultura, agricultura, entre outras. (ARAÚJO, 2004, p. 17)

Nota-se que o autor, nessa afirmação, já dedica atenção aos recursos que financiarão as políticas a serem postas em prática. No entanto, deve-se advertir que antes mesmo da disponibilidade financeira, o poder público tem que prever, em seu planejamento, recursos necessários para a aplicação dessas políticas, ou seja, é através dos instrumentos orçamentários que o Estado irá definir quais as políticas públicas que serão desenvolvidas.

Ressalta-se, ainda, a primazia do Estado, como agente ativo na produção de bens e serviços necessários ao interesse coletivo. Pode-se constatar a importância dessa atividade estatal nas palavras de KURZ, citado por COSTA (2005, p. 129), afirmando que “em todos os países, a quota do Estado equivale hoje, em média, a cerca de 50% da produção social bruta, e, em todo o Mundo, mais da metade da população depende direta ou indiretamente da economia estatal”.

No caso brasileiro, esse cenário descrito no parágrafo anterior, surge fortemente com a Constituição de 1988, como lembra o mesmo autor,

os constituintes de 1987/1988 agiram movidos pela pretensão de alterar o status quo, atribuindo novas tarefas ao Estado e alargando o próprio conceito de cidadania. Aprovaram, então, uma Constituição dirigente, segundo a expressão consagrada por Canotilho, com o propósito explícito de servir de programa permanente para a ação pública, impregnando-a de compromissos, como Justiça, Igualdade e Bem-Estar Social. O que pode ser observado nos artigos 1º, 3º e 170 do texto legal.

E é no cerne desse dispositivo constitucional que se encontram mecanismos de planejamento importantes para satisfazer

aqueles compromissos citados anteriormente, como os que serão apresentados no capítulo a seguir.

3 O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO FONTE DE RECURSOS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para atender as demandas da sociedade e atividade estatal, a Administração Pública se utiliza de instrumentos de planejamento para definir (fixar) os gastos que serão realizados. Esses planos são expressos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 165, como sendo leis de iniciativa do Poder Executivo que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

O primeiro instrumento de planejamento governamental definido pelo texto constitucional é a lei que institui o Plano Plurianual – PPA, com vigência de quatro anos, que segundo Giacomoni (2003, p. 198) “constitui a síntese dos esforços de planejamento de toda a Administração Pública, orientando a elaboração dos demais planos e programas de governo, assim como o próprio orçamento anual”. O PPA deverá conter as diretrizes, os objetivos e metas de Administração Pública que se traduzem em programas de governo que se desdobram em ações.

Já o segundo mecanismo para planejar a ação do Estado, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, segundo a Carta Magna, deverá estabelecer as metas e prioridades da Administração Pública e orientará a elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA, entre outras atribuições. Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal acrescenta ao conteúdo da LDO dispor sobre as metas fiscais a serem atingidas e a renúncia de receita, entre outras.

No momento do estabelecimento das metas e prioridades pela Administração Pública na LDO, é necessário se reportar ao PPA para selecionar, entre os programas, ações e metas, aquelas que terão precedência na alocação de recursos na LOA e na sua execução. (ANDRADE, 2005, p. 71) Dessa forma, observa-se que a definição das prioridades expostas no Anexo de Metas e Prioridades

constante na LDO se configura num real planejamento, propiciando a escolha do que fará parte da LOA e, conseqüentemente, a definição do que será executado prioritariamente no ano seguinte e nos anos posteriores. (CAVALCANTE, 2003, p. 40).

Por fim, a Lei Orçamentária Anual, uma vez compatível com o PPA e a LDO, é o instrumento legal que prevê todas as receitas e fixa todas as despesas do governo, através do qual se materializam os programas de governo, que, por sua vez, são identificados pelas ações e respectivos recursos orçamentários alocados para serem executados no período de um ano. Assim como a LDO, a LOA tem sua vigência limitada ao exercício financeiro, no caso, conforme a Lei Federal nº 4.320/64, que dispõe sobre o direito financeiro, coincide com o ano civil.

Atualmente, no Brasil, é adotado o Orçamento-Programa para atender às demandas da sociedade. Nesse tipo de orçamento são estabelecidos programas e atividades significativos para cada função confiada a uma organização ou entidade, com o intuito de definir os objetivos perseguidos pelos diversos órgãos. (GIACOMONI, 2003, p. 154).

É por meio desses programas, elementos básicos do Orçamento-Programa, constantes do orçamento público que as políticas públicas são elaboradas, planejadas, alocados recursos e implementadas, configurando as diversas funções do governo.

Nesse mesmo diapasão, pode-se verificar que o Orçamento-Programa atua nas diversas funções do governo, alicerçando aquelas funções estudadas no capítulo anterior, com o objetivo de alcançar a finalidade do Estado.

A Portaria nº 42 da Secretaria do Tesouro Nacional – STN determina que nas leis orçamentárias, as ações serão identificadas em termos de função, subfunção e programas. Entende, ainda, como função o maior nível de agregação das diversas áreas de despesa que competem ao setor público e a subfunção um desdobramento da função. Conseqüentemente, a Portaria elenca todas as funções e subfunções nas quais serão alocados os programas (políticas

públicas) que farão parte das leis orçamentárias, a exemplo das funções Saúde e Educação e respectivas subfunções Atenção Básica e Ensino Fundamental.

O conteúdo dessa Portaria visa a identificar quais as funções do Estado que estão sendo abordadas pelo governo em seu planejamento orçamentário.

Ao atender ao dispositivo constitucional, art. 167, compactua-se com a função precípua do orçamento público como fonte de recursos para os gastos públicos a serem realizados pelo governo. Sem tal dispositivo legal que autorize a realização dos investimentos executados a fim de atingir aos objetivos das políticas públicas, não há como realizar tal ação do governo, sob pena de descumprimento da Lei Máxima em vigor.

Trata-se de matéria constitucional a vinculação de todo gasto empreitado pela Administração Pública à autorização orçamentária. Constata-se essa regra no art. 167, I, do texto constitucional, o qual veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Mais adiante, o §1º da mesma norma determina que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a sua inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.

Daí a obrigatoriedade da existência da fixação dos programas sociais e demais políticas públicas nas peças orçamentárias.

Vale ressaltar que a Lei Federal nº 4.320/64 estabelece como fase primeira da despesa pública a sua prévia fixação na Lei Orçamentária Anual.

Com o intuito de reforçar a Constituição no que tange às finanças públicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF define a responsabilidade na gestão fiscal condicionada à ação planejada, ou seja, empregando grande importância ao planejamento das ações do gestor governamental.

Para vincular ainda mais a despesa com as leis orçamentárias, a LRF estabelece em seu art. 16 que a criação, expansão ou

aperfeiçoamento da ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhada de: estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes e declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Caso não sejam atendidos os dispositivos do artigo supra mencionado, o art. 15 da mesma Lei estabelece que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção dessas obrigações.

É importante mencionar que não é só papel do Poder Executivo deliberar acerca das políticas públicas, cabendo também ao Judiciário, quando necessário, intervir nesses assuntos para garantir a tutela dos direitos sociais, coletivos e difusos. Isso ocorre, através da Ação Civil Pública, resultando na implementação de políticas públicas, como no caso do fornecimento gratuito de medicamentos anti-HIV, ordenado judicialmente, antes mesmo de lei que o autorize. (COSTA, 2005, p. 137).

Entretanto, deve-se observar o princípio da autonomia dos poderes, uma vez que a mobilização de recursos financeiros para viabilizar determinada decisão judicial, mediante Ação Civil Pública, com o objetivo de atender uma necessidade social, implicaria um impacto orçamentário não previsto, resultando, provavelmente, no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Daí a necessidade da observância do razoável impacto da decisão judicial sobre os orçamentos públicos por parte do Poder Judiciário, incidindo nesse diapasão, segundo o autor acima citado, “a doutrina da reserva do possível (que em tese impede o Judiciário de influir demasiadamente na definição de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação dos poderes)”. Infere-se, também, que o princípio do planejamento, consagrado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, deve ser respeitado no que se refere à execução orçamentária.

Posteriormente, serão apresentados alguns programas do Governo Federal que podem ser verificados nas respectivas leis orçamentárias. Esses programas configuram-se em políticas públicas relevantes para o desenvolvimento da sociedade.

4 O PLANEJAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O orçamento público é o mecanismo elementar para a definição das ações corretivas dos problemas diagnosticados e para sanar as necessidades da coletividade. Constitui-se como a primeira fase da despesa pública, a fase da fixação da despesa, que antecede todas as demais.

Com isso, torna-se fundamental para a elaboração do orçamento que se faça um planejamento adequado à definição das ações que constarão na LOA e financiarão as políticas públicas.

Conforme afirmado por CAVALCANTE (2003, p. 90),

há uma conexão lógica entre o planejamento e o orçamento. O planejamento inicia-se a partir de um problema constatado junto à sociedade, e define um conjunto de operações que serão desenvolvidas, considerados os recursos disponíveis.

Contudo, para que uma política pública específica seja implementada, faz-se mister lei que autorize a sua realização, ou seja, a lei que crie determinado programa social deve especificar como será financiado, bem como a fonte de recursos que será utilizada.

Diante dessa temática, podem ser relacionadas algumas leis, as quais serão abordadas a seguir, que criaram políticas públicas demonstrando que o orçamento é um condicionante relevante para a viabilização dos programas de governo.

Com o intuito de unificar os procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, foi criado o Programa Bolsa Família, Lei nº 10.836, de 9 de janeiro

de 2004, disciplinando como se constituem os benefícios a serem dados às pessoas atendidas pelo Programa. Mas o que interessa para este trabalho é como será financiada essa política social. O art. 6º determina que:

as despesas do Programa correrão à conta das dotações alocadas nos programas federais de transferência e renda e no Cadastro Único a que se refere o parágrafo único do art. 1º, bem como das outras dotações do Orçamento da Seguridade Social da União que vierem a ser consignadas ao Programa.

As dotações que alocavam recursos aos programas Bolsa-Escola, Programa de Acesso à Alimentação – PNAAL, Bolsa Alimentação, Programa Auxílio-Gás, serão unificadas num só, Bolsa-Família, sendo perfeitamente identificado no Orçamento Geral da União. (Vide Tabela)

A política de inclusão social nas universidades, desenvolvida pelo Governo Federal, a cargo do Ministério da Educação, denominada de Programa Universidade para Todos – PROUNI, concede bolsas de estudo para estudantes, provenientes da rede pública de ensino, que cursam a graduação em instituições privadas de ensino superior, obedecendo a alguns requisitos. Segundo a Lei que o instituiu, Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, em seu art. 8º, determina que a fonte de financiamento do Programa será a renúncia de receita por parte da União, através da isenção de tributos concedidos às instituições que aderirem ao projeto. Dessa forma, pode-se verificar que a lei de diretrizes orçamentárias tem papel preponderante nessa ação governamental, demonstrando de que maneira a União compensará a ausência de arrecadação daquela receita, função atribuída pela LRF.

Preocupado com o problema das drogas, o Governo Federal sancionou, em agosto de 2006, a Lei nº 11.343, que trata das políticas públicas sobre drogas, prevendo a concessão de benefícios, por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação

nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários e dependentes de drogas, condicionados à disponibilidade orçamentária, conforme seu art. 25. (Vide Tabela).

No mesmo sentido, a União, através da Câmara Interministerial específica, deverá elaborar a Política e o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, indicando diretrizes e prioridades, metas, fontes de recursos e requisitos orçamentários para a sua consecução, conforme Lei nº 11.346/2006. Conclui-se que as características desse Plano devem constar das leis orçamentárias do Governo Federal, considerando os aspectos apresentados no capítulo anterior no que se refere aos instrumentos de planejamento da Administração Pública.

Outra política pública que está em grande ênfase é a Emenda Constitucional nº 53/2006 substituindo o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, ampliando o alcance do Fundo, proporcionando maior acesso ao ensino aos alunos da educação infantil e aos jovens e adultos, além de ocasionar a redistribuição dos recursos vinculados à educação, impactando diretamente nos orçamentos das três esferas de governo.

Esse novo Fundo será composto por 20% das receitas de impostos e transferências dos Estados e do Distrito Federal e por uma complementação por parte da União, caso necessário, permitindo significativo aporte anual no financiamento de programas e projetos educacionais e na assistência financeira aos entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios), aumentando tanto quantitativa quanto qualitativamente o fluxo de recursos destinados à educação básica, atendendo a demandas da sociedade brasileira.

Para tanto, a Emenda Constitucional modifica a redação do § 5º do art. 212 da CF, determinando que a fonte adicional de financiamento da educação básica pública será baseada na contribuição social do salário educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei. Estabelece, ainda, que o Distrito Federal, os Estados

e os Municípios destinarão parte dos recursos, provenientes de impostos e transferências, ao Fundo.

Por fim, a Emenda em análise, compreende que a complementação da União será realizada mediante redução permanente de outras despesas, inclusive redução de despesas de custeio, observadas as metas fiscais e os limites de despesas correntes fixados na lei de diretrizes orçamentárias, ou seja, os recursos que o Governo Federal disponibilizará para o Fundo deverão constar da LDO, observando o anexo de metas fiscais e o equilíbrio orçamentário, e serão oriundos da redução de outras despesas correntes.

Com vistas ao desenvolvimento regionalizado, surge o Projeto de Lei objetivando a recriação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, observando o disposto no § 7º do art. 165 da CF, que atribui a função de reduzir as desigualdades inter-regionais à LOA, compatível com o PPA, distribuindo os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população.

Aproveitando o ensejo, alude-se acerca das atividades históricas da SUDENE, nas quais, segundo Pontes e Almeida (2005, p. 265) as

políticas para a promoção do desenvolvimento, via industrialização, da região Nordeste do Brasil, foram pela primeira vez adotadas no início da década de 1960, a partir da criação da SUDENE e da política de incentivos à industrialização desta região.

Não obstante, ainda, de acordo com os mesmos autores,

a primeira intervenção do Governo Federal para a promoção do desenvolvimento econômico do Nordeste data do início da década de 1950, quando o Banco do Nordeste do Brasil foi criado com o intuito principal de atuar como agente financiador das atividades agrícolas desta Região (PONTES; ALMEIDA, p. 265).

Ainda sobre a questão da SUDENE, a forma encontrada para o desenvolvimento industrial da região de sua atuação, foi através de incentivos fiscais para as empresas que se instalassem nessa região. Desta forma, naquela época, o Governo já praticava a renúncia de receita como estímulo às empresas na implantação de suas indústrias nas regiões beneficiadas.

Com o objetivo de evitar a concentração de investimentos em determinadas regiões do Nordeste, o que provocaria o desequilíbrio inter-regional, a SUDENE resolveu criar o Fundo de Desenvolvimento Regional, para desenvolver um planejamento dos investimentos a serem implementados, cujas fontes de recursos seriam oriundos do orçamento estadual (limitado a 10% do ICM, antigo ICMS), empréstimos ou recursos a fundo perdido (disponibilizados pela União, Estados ou outras fontes), outras receitas (contribuições e doações entre outras) e receitas provenientes da aplicação dos recursos (juros, dividendos etc.)

No Ceará, conforme os autores acima mencionados, "a política é evidenciada no PLAMEG 1963 (Plano de Metas Governamentais), o qual destacava a importância de dotar o Estado de uma infra-estrutura necessária ao processo de industrialização e desenvolvimento". (PONTES; ALMEIDA, 2005, p. 265).

Diante disso, percebe-se que a política de desenvolvimento da SUDENE se utilizava do planejamento orçamentário para alocar os recursos necessários às demandas das regiões compreendidas pelo programa.

E analisando-se o Projeto de Lei Complementar nº 76 que institui a recriação da SUDENE, o orçamento é condição sine qua non para esse resgate de política de desenvolvimento do Nordeste, requisito constatado na letra legal do art. 11, I, que destina dotações orçamentárias consignadas à SUDENE no Orçamento Geral da União. Ao mesmo tempo, o Projeto propõe a extinção da Agência do Desenvolvimento do Nordeste – ADENE, transferindo-se todas as dotações orçamentárias para a nova Superintendência, assumindo todos os direitos e obrigações.

Logo, torna-se evidente que o planejamento orçamentário é essencial, não só por força de lei, mas pela necessidade de se planejar a alocação dos recursos que financiarão a execução das políticas públicas, a exemplo do Governo Federal, como pode ser observado na tabela a seguir:

Tabela: Comparativo das Leis Orçamentárias do Governo Federal

Programa	PPA 2004-2007	LDO 2007 (meta física)	LOA 2007
Bolsa Família	R\$ 30.997.054.102	11.100.000 famílias atendidas	R\$ 8.605.200.000
PROUNI	R\$ 39.072.742	7.083 bolsas concedidas	R\$ 15.000.000
Drogas	R\$ 38.628.101	17 projetos apoiados	R\$ 9.073.000
FUNDEB	R\$ 2.000.000.000	Consta como prioridade	R\$ 2.000.000.000

Fonte: Leis Orçamentárias do Governo Federal

Analisando-se os orçamentos da União, verifica-se a integração entre os instrumentos de planejamento orçamentários e as políticas públicas que o Governo Federal executa, ou seja, recursos foram alocados nas diversas áreas de atuação estatal para um período de médio prazo (PPA 2004-2007) que, por sua vez, foram priorizados na LDO para 2007, orientando a elaboração da LOA do exercício de 2007 para orçar as ações a serem implementadas no período de sua vigência.

Nessa tabela, observa-se que dos quase 31 bilhões de reais previstos no PPA, R\$ 8,6 bilhões estão fixados na LOA para serem executados no ano de 2007, atendendo 11 milhões de famílias cadastradas no Programa Bolsa Família. Logo, o orçamento público assegura tanto os recursos a serem gastos nos programas quanto metas a serem atingidas, demonstrando, dessa forma, um

instrumento de gestão para a consecução das políticas públicas do Estado.

Outras políticas públicas podem não ser visualizadas no orçamento como programas, no entanto, estão configuradas como ações em programas já existentes. Dessa maneira, todas as ações do Estado estão contempladas e podem ser consultadas nas leis que compõem o planejamento orçamentário governamental.

5 CONCLUSÃO

A sociedade é organizada politicamente na forma de Estado, cuja finalidade é manter a ordem social e promover o desenvolvimento por meio da sua atuação em busca do bem da coletividade.

O governo, administrador do Estado, exerce suas funções, utilizando-se de políticas públicas específicas. Todavia, observa-se que determinada ação governamental pode influenciar mais de uma temática social, a exemplo de um programa desenvolvido na área da educação que, por sua vez, resolvendo o problema principal, também está indiretamente agindo no sentido de reduzir a violência e a desigualdade.

Sabe-se que as políticas públicas devem ser bem elaboradas para, somente a posteriori, serem executadas, a fim de que os objetivos almejados sejam alcançados com êxito e eficiência. Para tanto, no âmbito da Administração Pública, o planejamento deve utilizar-se do orçamento para orientar o financiamento do exercício do governo.

O orçamento constitui o modelo paradigmático de planejamento, como fonte de recursos para as ações governamentais, estabelecido no texto constitucional para ser utilizado pelas diversas esferas, seja União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As políticas públicas são, de igual maneira, essenciais ao desenvolvimento e à satisfação das demandas da sociedade, tanto quanto um bom planejamento e um orçamento bem elaborados, são vitais para a consecução dessas políticas. Portanto, nada impede

que se considere o orçamento como base para a implementação das políticas públicas desenvolvidas pelo poder estatal.

Vale enfatizar que determinadas políticas públicas exercem influência em outras, a exemplo de investimentos em infra-estrutura urbana e em segurança que beneficiem o turismo, a transferência de renda a famílias carentes condicionada à permanência dos filhos nas escolas, impactando diretamente as políticas de educação, e assim por diante. E é numa simples consulta ao orçamento dos entes governamentais que se pode verificar essas despesas realizadas pelo Estado para desenvolver mecanismos otimizados que tragam maiores benefícios à sociedade.

Ressalta-se, ainda, que o ente federado, preferencialmente, deve contemplar no seu planejamento os investimentos que serão realizados por outros entes; o caso mais comum é o município, que deve observar os projetos que serão realizados no seu território pelo estado e pela União, para que os seus recursos sejam melhor administrados no orçamento.

Inferese que o orçamento público exerce sinergia com as políticas desenvolvidas pelo Estado, uma vez que o governo também adota políticas orçamentárias para alcançar o resultado pretendido com a sua atuação e finalidade precípua de fomentar o desenvolvimento e bem-estar social.

Portanto, diante do exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir o papel que as leis orçamentárias exercem na função do Estado e, conseqüentemente, nas políticas públicas a serem implementadas.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Nilton de Aquino et al (Org.). **Planejamento Governamental para Municípios**. São Paulo: Atlas, 2005.

ARAÚJO, João Prata Gil Pereira de. **Município Empreendedor: políticas públicas de trabalho, renda e empreendedorismo**. Fortaleza: Secretaria do Trabalho e Empreendedorismo: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Lei Federal nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Lei nº 10.836**, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Lei nº 11.096**, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. de 2006.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Lei nº 11.346**, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN

com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Portaria nº 42**, de 14 de abril de 1999. Atualiza a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I do § 1º do art. 2º e § 2º do art. 8º, ambos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, estabelece os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade, operações especiais, e dá outras providências. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Emenda Constitucional nº 53**, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. **Projeto de Lei Complementar nº 76/2003**. Institui, na forma do art. 43 da Constituição, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, estabelece a sua composição, natureza jurídica, objetivos, área de competência e instrumentos de ação. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

CAVALCANTE, Manuel Pinheiro et al. **Orçamento Público**: planejamento, execução e controle. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2003.

CIALDINI, Alexandre Sobreira; ARAÚJO, Maria Ivany Gomes. **Teoria das Finanças Públicas**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**: O poder, o controle social e o orçamento público. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer: Expressão Gráfica e Editora, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONASTÉRIO, Leonardo Monterio. **Desigualdade e políticas regionais de desenvolvimento: o que diz a abordagem do capital social? Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Brasil**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

PEREIRA, José Matias. **Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES, Paulo Araújo; ALMEIDA, Manoel Bosco. **Política de atração de investimentos industriais do Estado do Ceará no período 1995-2001**. Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS DA SÚMULA VINCULANTE

SYSTEMIC IMPLICATIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT NORMATIVE POWER

Paulo Antonio de Menezes Albuquerque

Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Professor Titular da Universidade de Fortaleza nos cursos de
Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito
Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará
E-mail: palbuquerque@unifor.br

Rafael Benevides Barbosa Gomes

Mestrando em Administração Pública pela Escola de Governo
George Bush, Texas A&M University
Advogado, Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza
Assistente de Pesquisa do Texas Engineering Extension Service
(TEEX)
E-mail: benevides.rafael@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CAUSAS DO AUMENTO DA COMPLEXIDADE INTERNA DO SISTEMA JURÍDICO; 3 A SÚMULA VINCULANTE COMO FORMA DE FECHAMENTO OPERACIONAL SISTÊMICO; 4 A SÚMULA VINCULANTE E AS IMPLICAÇÕES CONFLITANTES À SUA FUNÇÃO SISTÊMICA; 5 A SÚMULA VINCULANTE COMO NORMA QUE SUSCITA INDETERMINAÇÃO; 6 CONCLUSÕES; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CAUSES OF THE INCREASE OF JURIDICAL SYSTEM INTERN COMPLEXITY; 3 A BINDING DECISION AS A SYSTEMIC OPERATIONAL CLOSURE; 4 A BINDING DECISION AND THE CONFLICTING IMPLICATIONS TO ITS SYSTEMIC FUNCTION; 5 A BINDING DECISION AS A NORM WHICH RAISES INDETERMINATION; 6 CONCLUSIONS; 7 REFERENCES.

Resumo: O artigo mostra de que forma o instituto jurídico da súmula vinculante é visualizado pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A partir do momento em que o sistema detecta os pressupostos dogmáticos necessários à emissão de tal ato normativo, verificar-se-á que o seu uso acarreta implicações conflitantes. Por um lado, contribui para a diminuição de complexidade e para o fechamento operacional do sistema, interrompendo a reprodução excessiva de decisões judiciais heterogêneas. Por outro lado, seu efeito vinculante reduz a possibilidade de construção do sentido de normas de acordo com as particularidades de cada caso concreto, comprometendo ainda o processo de legitimação pelo procedimento, defendido por Luhmann em fase anterior à virada autopoietica.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Súmula Vinculante. Sistema Jurídico. Autopoesis. Legitimidade.

Abstract: The article shows how Niklas Luhmann's social systems theory observes the Brazilian legal system's institute called "súmula vinculante". Once the system detects the dogmatic requirements which are necessary to the emission of such legal act, one will verify that its using comes with conflicting implications. It contributes to the decreasing of complexity and to the system's operational closure, ceasing the excessive reproduction of heterogeneous judicial decisions. On the other hand, its binding effect reduces the possibility to construct the meaning of norms in accordance to the particularities of each case, compromising, also, the process of legitimation through legal procedures, defended by Luhmann during a phase which is previous to the autopoietic turn.

Keywords: Systems Theory. "Súmula Vinculante". Legal System. Autopoiesis. Legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

Em sua análise da expansão da criatividade jurisprudencial nas sociedades modernas, Cappelletti (1999, p. 111) detecta, a partir da adoção de seu já conhecido método fenomenológico, "a tendência evolutiva de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law*". Diferenças estruturais entre ambos os sistemas passam a ser relativizadas pela alteração do papel de juízes e cortes supremas. Não distante dessa experiência comum aos ordenamentos jurídicos ocidentais de países desenvolvidos, o sistema jurídico brasileiro segue a tendência de incorporação de institutos que remetem à tradição jurídica *common law*, sobretudo na visão do Direito como ato normativo judicial e nas regras pertinentes à metódica de controle normativo da doutrina do *stare decisis*.

Nesse sentido, vale destacar a força normativa diferenciada que carrega o recente instituto da súmula vinculante, implementado

pela Emenda Constitucional 45/2004, e as implicações sistêmicas geradas pelo seu uso. Mais do que uma solução institucional para um problema maior gerado pela obrigação de decidir do sistema jurídico (proibição do *non liquet*), a súmula vinculante aparece como verdadeiro pólo em torno do qual se estabelecem definições de um novo modelo de interpretação judiciária. Neste sentido, o presente trabalho pretende valer-se da teoria dos sistemas sociais de Luhmann¹, notadamente em sua configuração pós-*autopoietic turn* (KNODT, 2005, p. XXI), como perspectiva para tratar de conseqüências de outro modo não suficientemente visualizadas a partir de outros prismas teóricos.

Contrariamente ao que diz o senso comum forense, a principal conseqüência da implantação da súmula vinculante não gira em torno da denominada *celeridade processual*. Na realidade, o uso cruzado de hierarquias administrativas, típicas de uma organização político-burocrática como o Judiciário, somada às variabilidades semânticas e retóricas presentes na metódica judiciária de aplicação do Direito, suscita uma série de questões acerca de como o uso da súmula vinculante pode vir a reforçar o funcionamento operacional do sistema jurídico. Para compreender tal implicação é preciso visualizar o Direito como estrutura de função social definida, dentro de uma concepção sociológica onde a comunicação é a operação recursiva, tendente a possibilitar a (re)construção do próprio sistema.

2 CAUSAS DO AUMENTO DA COMPLEXIDADE INTERNA DO SISTEMA JURÍDICO

Do ponto de vista da discussão acerca da *legal indeterminacy* no *common law* americano entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin, constatou-se que ambos construíram suas teorias baseados na concepção de que "*ambiguity is the enemy of law*" (DORF, 2000, p. 915). Hart (1996, p. 140-142), influenciado pela filosofia analítica de Wittgenstein, formula a idéia de que toda regra possui seu claro núcleo de significado, de um lado, e uma periferia ambígua, que abre espaço para *open textures*, de outro, gerando lacunas no âmbito

¹ Também chamada, por vezes, de cibernética social (sociocybernetics), devido ao recurso que a teoria faz a conceitos e visões propostas pela cibernética. O próprio Luhmann chega a citar William Ross Ashby como autor do conceito de sistemas fechados e abertos que veio a influenciar sua teoria. Vide LUHMANN (1986, p. 113).

textual de constituições, legislação ordinária, regras administrativas e decisões judiciais. Daí a necessidade de determinar cânones ou regras de atuação que possam monitorar esse processo de seu preenchimento, que sobretudo o último autor irá buscar em critérios de validade universal ligados à reflexão moral.²

É possível ainda observar que o chamado “dualismo moderno” entre o plano de *normas positivas* e o de *normas morais* (PRODI, 2005, p. 4-11), que surge com a característica da penetrabilidade adquirida pelo Direito, passa a representar ameaça real à chamada “indeterminabilidade” do sistema jurídico. Kelsen (2003, p. 75-76) já detectara a existência de uma pluralidade de sistemas de moral que não poderiam ser condição para a validade de um ordenamento jurídico, mas tão somente um critério de justiça vigente. Tampouco para Luhmann o Direito se deixa determinar por critérios externos à positividade. Com a freqüente judicialização dos conflitos, o juiz se veria cada vez mais desafiado a permanecer fiel à argumentação jurídica necessária à autonomia do Direito, evitando incorrer em decisões construídas por critérios não relacionados ao código operacional sistêmico.

Tal situação acaba por dilatar o problema das lacunas, tornando evidente a incapacidade do Direito em prever normativamente todas as situações de conflitos iminentes. Isto acaba gerando entre juízes e tribunais aquilo que Dworkin (2000, p. 5) chamaria de *theoretical disagreements about the law*, ou seja, discordâncias teóricas no plano da interpretação da norma e de suas raízes (*the grounds of law*). Essas discordâncias, quando originadas nas instâncias primárias do judiciário, nascem a partir da tomada de uma perspectiva compatível com a controvérsia em questão, nos moldes de um *hard-case*.

Observa-se então dentro do sistema jurídico, conforme observa Luhmann, o claro aumento de *complexidade interna*.³ As

2 Para CANARIS (2002, p. 239) o sistema apenas representa a forma exterior da unidade valorativa do Direito. Toda formação do sistema indica algo, em geral, devido à existência de valores; as lacunas de valores implicam por isso, como consequência, sempre lacunas no sistema.

3 “Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (Ereignisse, Events) possíveis. Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos “mundos possíveis”. Tomada desta forma, a complexidade alude, por um lado, a um mundo de possibilidades que não é um mundo real, visto que a igualdade radical de tais possibilidades, tanto quanto possível, não se rompe até que alguma forma de preferência permita a decantação de um desses mundos possíveis como mundo real. Com a complexidade reduzida, começa a existir a sociedade” AMADO (2004, p. 301-302). A partir da redução da complexidade é que Luhmann observa as condições para o surgimento dos sistemas sociais. A complexidade interna deve então ser vista como aquela situada dentro dos limites do sistema.

decisões judiciais primárias passam a abrigar programas normativos de consistência ainda não confirmada pelo núcleo sistêmico (a ser realizada pelos Tribunais), criando potenciais divergências entre si. Essa situação permite um descompasso entre o Direito e sua função sociológica de estrutura social estabilizadora de expectativas comportamentais (LUHMANN, 1983, p. 109-110). Surge aí o paradoxo: a formulação das normas jurídicas concretas passa a ampliar a seara de aplicação da norma, ao invés de delimitá-la, aumentando, de outro lado, gradativamente, seu grau de abstração: a diminuição da complexidade passa a implicar também seu aumento. Isso acontece, por exemplo, na atribuição comum de controle de constitucionalidade difuso que possuem todas instâncias do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A SÚMULA VINCULANTE COMO FORMA DE FECHAMENTO OPERACIONAL SISTÊMICO

É a partir de tal hipótese que os requisitos constitucionais para a edição da súmula vinculante são atendidos: existência de controvérsia jurídica sobre matéria constitucional entre órgãos judiciários que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Sua edição permite a diminuição da heterogeneidade de interpretações na aplicação da norma afetada.

Na explicação sociológica de Luhmann, tal fato constitui uma forma comum de os Tribunais exercerem sua função de “desparadoxização” da tautologia sistêmica gerada. Isso porque no sistema jurídico autopoiético a “indeterminação” (Cf. TEUBNER, 1989, p. 4) do Direito é característica de sua *auto-organização* (TEUBNER, 1989, p. 37), i.e., imposição dos limites frente ao ambiente – ponto que marca a mudança de paradigma dentro da teoria dos sistemas com a substituição da diferença entre *todo* e *parte* pela *entre sistema e ambiente* (LUHMANN, 2005, p. 6). O sistema, então apto para a auto-referência, passa a *constituir seus elementos constituintes através de seus elementos constituintes* (TEUBNER, 1988, p. 14), numa circularidade autônoma que substitui a atribuição das normas a fundamentos extralegais ou a princípios puramente fictícios, como a *Grundnorm* de Kelsen (TEUBNER, 1988, p. 4).

Em publicação póstuma, Luhmann discute os modos de operacionalização do paradoxo do Direito através do uso da metáfora do décimo segundo camelo, onde sua (des)necessidade simboliza o problema da vital operacionalização do sistema auto-referencial em face de sua validade (2004, p. 42), ressaltando que a externalização do paradoxo constitui solução intrinsecamente insatisfatória:

Hans Kelsen identifica o décimo segundo camelo como norma fundamental sob a pressuposição de que a teoria do direito seria uma ciência. Esta tentativa encerra o problema mais de perto. Entretanto, a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação por [um argumento de] indispensabilidade construtiva gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkammel*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda. [A validade da norma fundamental] deve-se a uma instância exterior, que neste caso é a ciência, e que pode dessa forma permanecer [como] uma hipótese. Não obstante ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operações (LUHMANN, 2004, p. 42).

Estratégias para gerir o paradoxo da auto-referência, propostas pelo *critical legal studies movement* e por autores como Hart, Ophuels e Fletcher, possuíam em comum a mesma constatação de que o problema residia nas construções peculiares do pensamento jurídico (TEUBNER, 1989, p. 16). Para Luhmann, contudo, a realidade possui, independentemente mesmo do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, uma estrutura circular. A transferência do “paradoxo do mundo do pensamento sobre o direito para o mundo da realidade social do direito” (TEUBNER, 1989, p. 19) se apresenta como estratégia para lidar com a questão da auto-referência, fazendo da circularidade, antes considerada pensamento proibido, um modelo fecundo e heurísticamente válido.

Dentro da teoria, essa *assimetria* peculiar da auto-referência se apresenta em toda e qualquer operação do sistema jurídico, utilizando orientações normativas e cognitivas simultaneamente:

[...] there are also asymmetries in the legal system. No system can get by without them, for this would mean existing as pure tautology in total indeterminability.

However, all asymmetries must be introduced into the legal system via cognitive orientations, and they thus articulate willingness to learn (LUHMANN, 1988, p. 22).⁴

“As orientações normativas servem a autopoiese do sistema, e as orientações cognitivas servem a coordenação deste processo com o ambiente sistêmico” (LUHMANN, 1988, p. 20). A auto-referência, portanto, nunca pode ser totalmente *auto-determinante* ou sequer *auto-observadora* (LUHMANN, 1988, p. 21). É nesse sentido que se afirma que “autorreferencia y heterorreferencia deben efectuarse conjuntamente em la forma de clausura normativa para que sea posible la apertura cognitiva, sobre la base indudable Del cierre normativo” (LUHMANN, 2002, p. 56).

Influenciado pela definição de sistemas cibernéticos de W. R. Ashby⁵, Luhmann (1986:113) concebe o Direito como estrutura normativamente fechada e cognitivamente aberta. Isso implica o uso da autopoiese aliado às “irritações” do ambiente, tornando os programas do sistema facilmente adaptáveis a fatos sociais externos. A constância da auto-referência concomitante é que torna possível a auto-realização da unidade do sistema: “It must then itself combine closure and openness, i.e., reproduce its unity itself and constantly expose this process to the difference that exists between itself and the social environment” (LUHMANN, 1988, p. 26).⁶

Essa forma de gerir a auto-referência recai sobre a periferia do sistema, onde o não-direito (pólo negativo de diferenciação do código binário do sistema jurídico) pode se transformar em direito. A periferia “funciona como um amortecedor para as questões a serem submetidas aos Tribunais, sendo tolerante diante das questões não rotineiras, podendo também renunciar à obrigação de decidir” (CAMPILONGO, 2002, p. 164). Pelo fato de os programas legislativos produzidos serem substituíveis, diferentemente dos

4 Há também assimetrias no sistema jurídico. Nenhum sistema pode livrar-se delas, pois isso significaria existir como tautologia pura e em total “indeterminabilidade”. Contudo, todas as assimetrias precisam ser introduzidas dentro do sistema jurídico através de orientações cognitivas, articulando disposição para aprendizado. [Tradução Livre].

5 A cibernética “[...] pode ser definida como o estudo de sistemas abertos à energia, mas fechados à informação e ao controle – sistemas que são “impermeáveis à informação” (information-tight)” ASHBY (1970, p. 4).

6 É preciso combinar fechamento e abertura, i.e., reproduzir individualmente sua unidade e constantemente expor esse processo à diferença que existe entre os limites internos e o ambiente social. [Tradução Livre].

códigos, o problema da tautologia do sistema jurídico não se esgota aí. Cabe então aos tribunais o fechamento sistêmico efetivo.

Para Celso Campilongo (2002, p. 164), o paradoxo da auto-fundação do Direito fica cada vez mais evidente com a aparição de casos concretos a serem julgados. E o lugar de tratamento desse paradoxo também fica cada vez mais determinado: os Tribunais. Reside, portanto, nos Tribunais o atributo de fechar operacionalmente o sistema jurídico em última instância, superando o paradoxo sistêmico (LUHMANN, 1990, p.168; 2002: 228). Nesse sentido, Parsons (1962, p. 91), ainda que munido de perspectiva sistêmica diferenciada, ressalta que só aos Tribunais cabe interpretar – em termos de produção sistêmica –, testar e confirmar ou não a consistência dos programas.

Em Luhmann, o Judiciário não é simples executor das leis, de modo que se admite a criação judicial do Direito (CAMPILONGO, 2002, p. 162). Nesse sentido, o instituto da súmula vinculante se apresenta como alternativa para a interpretação do código direito/não-direito, sendo não mais um referencial para decisões posteriores, mas elemento para a motivação necessária às sentenças em primeiro grau, uniformizando a jurisprudência e atuando como instância primária de diferenciação entre o Direito e seu ambiente. Dessa forma, contribui para a diminuição da complexidade gerada pelas discordâncias na aplicação da norma, e acaba por reafirmar a função do Direito como elemento estabilizador das expectativas normativas.⁷

Reside, portanto, na súmula vinculante, o potencial de determinar aquilo que deve se situar no pólo positivo do código sistêmico. Funciona ela como mero meio superefetivo para o exercício de atribuição maior dos Tribunais. A emissão de tal enunciado, contudo, representando uma meta-decisão (decisão sobre a decisão), ainda é caracterizada como tal. Sendo expressa no sistema social como comunicação em forma de ato jurídico, está, igualmente, aberta a interpretações. Nesse sentido, à medida que a súmula vinculante ocasiona uma diminuição do aumento gradativo de complexidade, por sua vez, também contribui para

⁷ Para definição correlata, ainda que expressa com outras palavras, vide MOELLER (2006, p. 29), que esclarece a função do direito como sendo a de eliminação da contingência das expectativas normativas.

um certo aumento da complexidade ela mesma. Tal relação paradoxal é exposta na teoria dos sistemas. Em resposta a isso, existem as previsões normativas presentes no artigo 103-A, §3º da Constituição Federal e no artigo 7º e §§, da lei nº 11.417/2006, que prevêm a anulação da decisão judicial ou ato administrativo que contrariem enunciado da súmula vinculante, negue-lhe vigência ou o aplique incorretamente. Esta última hipótese é a aqui exposta: a variabilidade de sentido inerente a um enunciado normativo, seja por seu contexto ou pela perspectiva teórica usada pelo intérprete autêntico, pode ocasionar um fato do ser que corresponda ao que prevê a norma em questão, o que, sob uma perspectiva teórica, é praticamente inevitável. O que se mensura acerca da realidade na práxis interna ao núcleo do sistema é a auto-limitação produzida pelos aplicadores da súmula no sentido de adotar interpretação idêntica ou mesmo paralela a que se entende como escolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

4 A SÚMULA VINCULANTE E AS IMPLICAÇÕES CONFLITANTES À SUA FUNÇÃO SISTÊMICA

A aparente compatibilidade da súmula vinculante com a posição dos tribunais no sistema jurídico tem, porém, este contraponto à atuação judicial dos patamares hierárquicos inferiores no âmbito do Judiciário:

[...] decisões individuais podem também influenciar as instâncias judiciárias superiores, de modo a provocar uma mudança no sentido da jurisprudência. Nesta manifestação de independência pessoal reside a possibilidade do juiz intervir como construtor de sentido, propiciando-lhe margem de manobra relativamente ampla (apesar da tendência de atomização e especialização das profissões jurídicas). Com isto os juízes – em que pese o controle burocrático exercido pelos tribunais – podem tomar decisões relativamente livres de pressões políticas e mesmo medidas impopulares, o que não é de modo algum uma situação rara no regime do Estado de Direito democrático (ALBUQUERQUE, 2003, p. 240).

Uma visão que identifica a diferenciação interna do Direito Constitucional como subsistema do sistema jurídico, em virtude de

sua função de fechamento normativo, operacional e limite sistêmico para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do Direito positivo, não representa uma hierarquização absoluta. Segundo Neves (2002, p. 67-68):

[...] as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que numa abordagem técnico-jurídica constituem Direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a vigência das normas constitucionais. A circularidade é mantida, pelo menos na "relação de mistura" entre criação e aplicação do Direito.

A hierarquia funcional de instâncias e competências do Judiciário é relevante. Entretanto, de acordo com Celso Campilongo (2002, p. 29-30):

[...] com a afirmação da independência judicial, o desenvolvimento de fórmulas desconcentradas de controle de constitucionalidade, a incorporação de novas referências normativas e cognitivas pelos juízes e a democratização interna do judiciário, a hierarquia perde o sentido de instrumento de controle vertical da instituição, para ser vista apenas como mecanismo de divisão operativa do sistema de recursos processuais. As referências à normatividade e ao formalismo do processo decisório judicial passam a ser combinadas com uma abertura cognitiva a uma racionalidade material que, crescentemente, permite a coligação entre o sistema jurídico e os demais subsistemas.

A jurisdição é então vista como "laboratório de regras, que são aplicadas ao caso particular, e que podem fundar novos princípios da ordem jurídica ou outras derivações organizacionais" (ALBUQUERQUE, 2003, p. 241-242). Talvez resida aqui o claro conflito entre o novo formato requerido à decisão judicial, fundamental para o sistema jurídico criar novos balanceamentos de suas fronteiras, e a função dos Tribunais de confirmar a consistência dos programas, de modo a conter o problema da *legal indeterminacy*.

Surge então o confronto entre o fechamento operacional do sistema jurídico, propiciado em última instância pelos Tribunais, na função sociológica definida por Luhmann, e o atendimento a novas demandas originadas do Legislativo e do Executivo. Para Louis L. Jaffe (1969, p. 16):

[...] o papel criativo dos juízes, em determinado momento histórico, constitui função de muitas variáveis. O executivo pode estar submerso em grandes problemas de estado ou extenso número de negócios correntes; o legislativo pode não ser dotado do pessoal necessário para prestar-lhe aconselhamento e redigir as diversas propostas legislativas [...] o ritmo das transformações pode ser afanoso, trazendo consigo novas condições sociais e econômicas e a exigência de reconhecer novas demandas.

O uso de efetivas técnicas de argumentação jurídica pode vir a contornar o problema da *legal indeterminacy* e aliviar o controle hierárquico no centro do sistema. Um novo modelo de interpretação judiciária pode ser construído através da relativização da hierarquia decisória.

5 A SÚMULA VINCULANTE COMO NORMA QUE SUSCITA INDETERMINAÇÃO

A súmula vinculante ocupa posição duvidosa quanto ao seu enquadramento como norma jurídica ou decisão judicial (*legal act* ou *legal norm*). Possui características gerais que remetem à doutrina de Kelsen e Cossio, como *bilateralidade*, *disjunção* e *sanção*. Por outro lado emana como decisão colegiada, versando sobre interpretação de matéria constitucional. Comporta o ato certa ambigüidade, mas difere de uma mera sentença que regula um caso concreto. Pode-se reputá-la como norma, uma vez possuidora das características essenciais a tal condição. Nesse sentido, afirma Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 149-154):

A sentença, sem dúvida, não é norma jurídica em sentido próprio, porque com ela não se faz Direito, sendo antes, a declaração do reconhecimento ou não de um Direito a ela preexistente. Só a norma jurisprudencial, resultado de um conjunto de sentenças uniformes, possui as características essenciais da norma jurídica, valendo como modelo ou previsão de Direito.

Em Kelsen, a súmula vinculante apareceria como norma jurídica geral, devido aos seus requisitos constitucionais de edição:

Uma decisão judicial pode ter um caráter de precedente quando a norma individual por ela

estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral (KELSEN, 2003, p. 278).

Para Luhmann, igualdade de tratamento entre normas e decisões jurídicas (*legal acts e legal norms*) é fundamental para a circularidade necessária aos processos autopoiéticos do sistema (TEUBNER, 1988, p. 4). Para tanto, afirma:

Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is an aspect of this theoretical approach which has significant and wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarchies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge's decision (LUHMANN, 1988, p. 21).⁸

Tomando por base a visão que reputa a súmula vinculante como norma, seu papel no ordenamento jurídico caminha em – somente aparente – descompasso com o processo circular de operação do sistema. Sendo ela uma norma, sua relação recíproca com a decisão entra em assimetria. As normas tornam-se, porém, válidas porque são interpretadas e adequadas ao caso concreto através da decisão judicial, que, por sua vez, é considerada válida porque se sustenta, em termos de argumentação jurídica, no conteúdo normativo:

Laws are only regarded as norms because they are intended to be used in decisions, just as theses decisions can only function as norms because this is provided for in laws. In terms of normativity, the

⁸ Processos autopoiéticos são recursivos, i.e., estruturados simetricamente – e este é um aspecto dessa abordagem teórica que tem implicações significantes para a teoria jurídica. A qualidade normativa de cada elemento é adquirida através da qualidade normativa de outros elementos, aos quais a mesma regra se aplica. Não pode, portanto, haver qualquer hierarquia normativa. Em termos de normatividade, uma simetria rígida existe inclusive entre a lei e a decisão judicial. [Tradução Livre]

relationship between the rule and its application is circular (LUHMANN, 1988, p. 21).⁹

No mesmo sentido:

A decisão não seria decisão, caso ela não reagisse à expectativa da norma. O cumprimento da norma é uma decisão, porque [este comportamento (de observar a norma)] é escolhido contra [a possibilidade de] um desvio em relação à própria norma, e isto só pode ser assim, pelo fato de existir uma norma geral (*überhaupt*). Inversamente, a norma não seria norma, caso a decisão não fosse produzida. A textualização [(*Vertextung*)] gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-Sein*), mas oculta em sua origem a constituição circular [desse processo]. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis (LUHMANN, 2004, p. 37).

Portanto, carece de certa validade a norma que não se adapta ao caso concreto. Adaptação que perfeitamente ocorre através de um processo judicial que permite, ainda, a aceitação da decisão pelas partes através de uma legitimação da decisão a ser proferida (LUHMANN, 1980, p. 34), impedida de acontecer devido à incidência direta da súmula vinculante. Haja vista ainda que o processo tem a capacidade de se diferenciar por meio de uma história própria, fazendo com que as colaborações dos endereçados da decisão – comunicações voluntárias e involuntárias claramente pré-determinadas por energia psíquica (FERRAZ JR., 2004, p. 167) e fatores comunicativos do sistema social – delimitem as alternativas pertinentes ao caso concreto, reduzindo a complexidade e permitindo, de forma democrática, a fixação de uma realidade própria que abona qualquer dúvida sobre os fatos que levaram à formulação do conteúdo decisório (LUHMANN, 1980, p. 101).

A respeito, Luhmann lembra que a teoria de Hart, fazendo uma análise superficial, também constitui essa relação auto-compensatória do Direito por meio de regras *primárias e secundárias*:

⁹ Leis apenas são consideradas como normas porque se destinam a ser usadas em decisões, assim como tais decisões somente podem funcionar como normas porque se sustentam nas leis. Em termos de normatividade, a relação entre a regra e sua aplicação é circular. [Tradução Livre]

A layer of primary rules, because of their immanent weakness (uncertainty, static character, inefficiency), has to be complemented by a layer of secondary rules. But in legal operations the interrelationship of these two spheres can only be recognized and only be practiced if the same norm quality is involved in both spheres. Otherwise compensation for the inadequacies of law would lie outside the law (which is of course possible) (LUHMANN, 1988, p. 22).¹⁰

As normas são decididas num plano superior. Seu sentido é mais geral e por isso é de um nível mais elevado que o da decisão individual, necessitando de correta adequação empírica. O sistema auto-referencial, portanto, “não pode ser visto como uma norma (por si mesmo) nem uma decisão (sobre si mesmo)” (LUHMANN, 2004, p. 37). A súmula vinculante, quando objeto de motivação das decisões judiciais, parece não obedecer ao círculo auto-referencial de Luhmann. É como um elemento sistêmico que emerge para diminuir a complexidade intra-sistêmica, mas que, ao mesmo tempo, compromete a dinâmica adaptativa do sistema em relação ao seu ambiente, que se encontra em constante mudança. Sua observância rigorosa impede a circularidade simétrica que possibilita a adaptação da decisão individual ao caso em questão, em que pese ser fruto da preocupação de fechamento operativo do sistema pelos Tribunais, estabelecendo-se daí por diante o paradoxo de fundamentação de sua auto-referência.

6 CONCLUSÕES

A existência de controvérsia jurídica ocasionada por texturas abertas, por discordâncias teóricas sobre o sentido de determinada norma, ou quaisquer razões que dêem ensejo a tanto, geram a pluralidade de atos normativos conflitantes em um mesmo ordenamento. A consequência sistêmica necessária a isso é o aumento da complexidade interna do direito. A auto-produção de novos elementos (decisões) faz elevar o nível de complexidade quando não se sabe como lidar com isto. Como a racionalidade

¹⁰ Um grupo de regras primárias, devido a sua fraqueza (incerteza, papel estático, ineficiência), tem que ser complementado por um grupo de regras secundárias. Mas nas operações jurídicas, a relação entre essas duas esferas apenas pode ser reconhecida e praticada se a mesma qualidade normativa está presente em ambas as esferas. Caso contrário, a compensação da inadequação do Direito residiria fora do Direito (o que é possível, claro). [Tradução Livre]

imaneente ao sistema jurídico, que tem em seu núcleo (tribunais) a atribuição de fechamento operacional do sistema e manutenção do paradoxo da auto-fundamentação do direito, a complexidade é controlada e, portanto, diminuída no âmbito intrasistêmico. Com o uso da súmula vinculante, essa tarefa encontra seu catalizador, vez que o efeito dado a tal instrumento se utiliza das hierarquias encontradas no núcleo para afirmar o sentido normativo que deverá ser escolhido pelas instâncias inferiores.

Dessa forma, é possível observar uma afirmação efetiva da função do sistema jurídico para com a sociedade: a de eliminação da contingência das expectativas normativas, e, por consequência, a sua eficácia: a regulação dos conflitos (MOELLER, 2006, p. 29). Contudo, como se objetivou sublinhar, tal reação dos tribunais à heterogeneidade nas decisões possui uma implicação política correlacionada aos procedimentos judiciais, lugar onde se dá tal fenômeno jurídico observado aqui pela ótica sistêmica: a limitação da liberdade de decidir restringe duramente a capacidade de construção de sentido às normas jurídicas em instâncias inferiores, onde a seletividade e a participação dos endereçados da decisão é maior, o que acarreta um comprometimento ao processo de legitimação pelo procedimento judicial, que exige a adequação da decisão concreta que decidirá o conflito aos paradigmas factuais observados durante as ações que delinearam a diminuição da complexidade (possibilidades possíveis de comportamento) dentro do procedimento.

Ainda que não se tente acusar uma contradição entre duas fases temporais distintas de desenvolvimento da teoria dos sistemas de Luhmann, é preciso apontar a separação entre ambas as concepções: uma anterior à virada autopiética, representada aqui pela publicação de 1969, *Legitimation durch Verfahren*, e outra posterior à virada autopiética, já delineada em artigos no publicados a partir da segunda metade da década de setenta, e que tem como divisor de águas a obra *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeine Theorie*.

7 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Realidade constitucional e interpretação judiciária: *um novo modelo?* **Nomos:**

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 22, n. 1/2, jan./dez., p. 237-246, 2004.

AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 301-344, 2004.

ASHEY, William Ross. **Uma introdução à cibernética**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. **New York University Law Review**, v. 78, n. 3, jun., p. 875-981, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Laws's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

JAFFE, Louis L. **English and american judges as lawmakers**. Oxford: Clarendon Press, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNODT, Eva. M. Foreword: the post modern predicament. in: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker (trads.). California: Stanford University Press, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: De Gruyter, p.111-127, 1986.

_____. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.12-35. Berlin: De Gruyter, 1988.

_____. Law as a social system. Translated by Shierry Weber Nicholsen. In: **Northwest University Law Review**, v. 83, n.1 & 2, p. 136-150, 1989.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. In: **Revista Ajuris**, n. 49, Porto alegre: Ajuris, jul., p. 149-168, 1990.

_____. **El Derecho de La Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 33-107, 2004.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: from souls to systems**. Illinois: Open Court, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDRON, Flavio. Quinaud. A função dos tribunais constitucionais

para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **CEJ Brasília**, n. 29, abr./jun., p.101-110, 2005.

PARSONS, Talcott. The law and social control. In: **Law and Sociology**, William Evan (ed.), New York: Glencoe Press, 1962.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. Introduction to autopoietic law. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.1-11. Berlin: De Gruyter, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

Agradecimentos

Deve-se aqui agradecimentos aos professores Dirk Baecker (Universität Witten/Herdecke), Daniel Lee (Pennsylvania State University), Gunther Teubner (Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt) Günther Maluschke (Universidade de Fortaleza) e Hans-Georg Moeller (Brock University) pelas esclarecedoras discussões que possibilitaram o aperfeiçoamento da versão inicial deste trabalho.

O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

THE FEDERAL UNION ATTORNEY-GENERAL ROLE IN THE CONTROL OF CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY

Michelle Amorim Sancho Souza

Graduanda em Direito pela UFC

Assistente Ministerial da Procuradoria Geral de Justiça do Estado
do Ceará

E-mail: michelle_amorim@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 SUPREMACIA E RIGIDEZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL; 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO; 3.1 ASPECTOS PRELIMINARES; 3.2 DEFINIÇÃO; 4 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO; 4.1 INOVAÇÃO DA CARTA DE 1988; 4.2 O PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE CONCENTRADO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONSTITUTIONAL TEXT SUPREMACY AND ACCURACY; 3 CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY CONTROL; 3.1 PRELIMINARY ASPECTS; 3.2 DEFINITION; 4 THE FEDERAL UNION ATTORNEY-GENERAL; 4.1 LETTER FROM 1988 INNOVATION; 4.2 THE FEDERAL UNION ATTORNEY-GENERAL ROLE IN THE CONCENTRATED CONTROL; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: A temática do controle de constitucionalidade é de extrema relevância para a defesa e, conseqüentemente, efetividade das normas constitucionais. Dessa forma, no ordenamento pátrio, o Supremo Tribunal Federal atuará como Corte Constitucional, por via abstrata, no julgamento do processo da ação direta de inconstitucionalidade. O escopo primordial de nosso estudo, portanto, será a compulsoriedade da defesa, de lei ou ato normativo, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pelo Advogado-Geral da União, em consonância à imposição constitucional do art. 103, § 3º, CF.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade concentrado. Advogado-Geral da União. Ação direta de inconstitucionalidade – ADIn. Supremo Tribunal Federal – STF.

Abstract: The thematic of the constitutionality control is of extreme relevance for the defense and, consequently, effectiveness of the constitutional rules. So that, in the native order, the Supreme Federal Tribunal will act as a Constitutional Court, for abstract means, in the judgment of the process of the direct action of unconstitutionality. The primordial target of our study, therefore, will be the compulsory defense of law or normative act, independently of its federal or state nature, by the Lawyer-Generality of the Union, in accord with the constitutional imposition of art. 103, § 3º, CF.

Keywords: Constitutionality control. Lawyer-generality of the union. Direct action of unconstitutionality. Supreme Federal Tribunal.

1 INTRODUÇÃO

É inegável o avanço que a nossa atual Constituição teve em relação à aferição do **controle de constitucionalidade concentrado**, o qual se baseia em expurgar da ordem jurídica a norma *in abstracto* maculada de inconstitucionalidade. Dessa forma, coaduna-se, perfeitamente, com a **supremacia e rigidez** do texto constitucional, bem como com o princípio da **hierarquia das normas jurídicas**, adotados no ordenamento pátrio.

O **Supremo Tribunal Federal - STF** é o guardião máximo de nossa Lei Magna. Ao ser proposta a **ação direta de inconstitucionalidade - ADIn genérica** por algum dos legitimados (art. 103, CF), o Pretório Excelso desempenhará, portanto, a função de Corte Constitucional, por via abstrata.

Diante desse breve exposto, o objetivo desse texto é nos levar à reflexão acerca do papel do **Advogado-Geral da União**, precípua defensor das causas da União, nessa forma de controle de constitucionalidade.

2 SUPREMACIA E RIGIDEZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Como *Lex Fundamental* é sob a sua égide suprema em que se assenta a Federação brasileira, representada pela união de

seus entes autônomos. É, pois, a Constituição o topo da pirâmide jurídica, idealizada por Hans Kelsen, através de seu estudo sobre a dinâmica jurídica, no qual o ordenamento assume a estrutura escalonada, cujas normas estão dispostas hierarquicamente. O texto constitucional, portanto, por ser "*o fundamento de validade de maior escalão na ordem positivada*" (KELSEN, 1998, p. 247), está acima de qualquer outro ato normativo em um determinado país, o que caracteriza o consagrado princípio da **supremacia constitucional**.

Decorre disso, então, a **rigidez**, a fim de reforçar a idéia de supremacia, já que, para a modificação da Carta Magna, se torna necessária a realização de processos especiais, solenidades e exigências formais mais específicos, diferentes e difíceis que os de aprovação de leis complementares e ordinárias, a exemplo brasileiro, de quorum privilegiado e votação em dois turnos nas duas casas legislativas bem como a inclusão de limitações tanto circunstanciais quanto materiais, as cláusulas pétreas, respectivamente, previstas no art. 60, § 1º e 4º, CF.

Nesse sentido, a lição de Raul Machado Horta nos revela que

não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional. É preciso reconhecer, como ensinam *Barthélemy, Duez e Laferrière*, as conseqüências que defluem da rigidez constitucional: permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as ordinárias, acarretando **repulsa à toda lei contrária à Constituição. A rigidez sugere o problema da constitucionalidade das leis** (HORTA, 1995, p. 124, *grifou-se*).

Dessa forma, surge a necessidade de se verificar a consonância entre as leis e os atos emanados do Poder Constituído e o Diploma Máximo, para que se impeça o aparecimento de tal anormalidade no ordenamento, por se tornarem essas leis inválidas, incoerentes e inconsistentes frente à disposição jurídica do país.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

3.1 Aspectos Preliminares

A idéia de **tutela da ordem constitucional** é posterior à noção de proteção do Estado (CANOTILHO, 2003, p. 823), pois, durante a formação das monarquias nacionais, por volta dos séculos XV e XVI, fortaleceu-se, primeiramente, este ideário, para que, em seguida, a partir do primado da lei e, conseqüentemente, do surgimento do constitucionalismo, o qual se remonta, provavelmente, aos séculos XVII e XVIII, passasse a se definir os contornos da garantia do Estado Democrático Constitucional.

É bem verdade, conforme assevera o autor português J.J. Canotilho, que é de extrema relevância a existência de “meios, institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”. São as chamadas **garantias constitucionais**, já que representam “a constituição da própria constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 824). Essas garantias seriam, portanto, a vinculação que os poderes teriam em relação ao Diploma Máximo e o controle de constitucionalidade.

Tanto o **controle de constitucionalidade** quanto a **rigidez constitucional** configuram os elementos estruturantes de uma Federação. Paulo Bonavides ratifica tal entendimento ao enunciar que

sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental (BONAVIDES, 1996, p. 268).

Além disso, poderíamos ainda afirmar que esses representam os verdadeiros pressupostos da máxima efetividade do *princípio da segurança jurídica*, o qual garante à “*Constituição ser a lei das leis, a lex legum, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania*” (BONAVIDES, 1996, p. 267).

Após essas breves considerações sobre a problemática do controle de constitucionalidade, iremos definir o controle de

constitucionalidade concentrado como é desenvolvido no Brasil.

3.2 Definição

O **controle de constitucionalidade concentrado**, cuja origem se reporta à criação de um tribunal autônomo na Áustria, em 1920, sob a influência do pensamento kelseniano, em nosso país, é exercido, repressivamente, por um órgão jurisdicional, o **Supremo Tribunal Federal - STF**, como preceitua a regra do art. 102, I, a, CF, *ao processar e julgar originariamente: 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.*

Objetiva-se, então, retirar do ordenamento a lei ou o ato normativo eivado de flagrante inconstitucionalidade, que será, diferentemente do modelo difuso, o objeto principal da relação jurídica. A *ação direta de inconstitucionalidade - ADIn genérica* será o meio idôneo através do qual poderá ser proposta essa incompatibilidade, conforme elenca a regra do art. 103 da Lei Magna brasileira, por algum dos presentes no seguinte rol: *I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.* Faz-se de extrema importância lembrarmos o avanço alcançado pelo legislador da Carta de 1988 ao ampliar o número de legitimados a proporem a ação de inconstitucionalidade, não sendo mais apenas monopólio do Procurador-Geral da República, no entanto, essa questão ainda é bastante controversa, uma vez que alguns doutrinadores acreditam ser necessário que a legitimidade seja estendida também aos cidadãos brasileiros (SILVA, 1996, p. 54).

O instituto processual responsável pela regulamentação do processo e julgamento da ADIn, perante o STF, é a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual prevê, em seu art. 28, par.

único, à luz do dispositivo constitucional do art. 102, § 2º, CF, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Além de possuir efeito *ex tunc*, isto é, retroativo e *erga omnes*, contra todos. Embora ocorra que o STF possa restringir a eficácia dessa declaração, em alguns casos previstos em lei, e, também haja discussões a respeito da vinculação dessas decisões, em regra geral, ocorrerá aquilo que o preceito constitucional anterior afirma, não sendo, pois, nosso objetivo tecer mais comentários sobre a questão.

A partir dos comentários, discutiremos, nos tópicos seguintes, o alvo principal de nosso artigo, a função desempenhada pelo Advogado-Geral da União no controle, por via de ação.

4 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

4.1 Inovação da Carta de 1988

Inicialmente, faz-se oportuno destacarmos algumas notas introdutórias acerca dessa instituição, uma das inovações do Poder Constituinte Originário de 1988, a qual está regulamentada no capítulo referente às funções essenciais da Justiça.

Dispõe o art. 131, *caput*, CF que a **Advocacia-Geral da União - AGU** é a instituição responsável por representar a União em juízo ou fora dele bem como por prestar consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo. Devido à sua natureza, portanto, o seu chefe, o Advogado-Geral da União, deverá ser escolhido, livremente, entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, pelo Presidente da República (art. 131, § 1º, CF). Essa livre nomeação é necessária, tendo em vista a relação de confiança que deverá nortear representado e representante. Mesmo que essa forma de processo seja objetiva e unilateral, em que não deverá, teoricamente, haver contraditório, Schlaich observa que “é certo que, em virtude do conteúdo político dos temas, acabe

por assemelhar-se a qualquer processo contraditório” (SCHLAICH apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 254).

Nesse diapasão, José Afonso da Silva salienta que “a atual Constituição desfez, então, o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público no exercício da advocacia da União” (SILVA, 1996, p. 558).

Alertamos apenas para que os *Procuradores de Estado e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, ao molde da redação do art. 132, CF.*

Dessa forma, cabe a nós discutirmos, agora, a função, eminentemente defensiva, desenvolvida pelo advogado-geral no processo de julgamento da ADIn.

4.2 O Papel do Advogado-Geral da União no Controle Concentrado

A partir da propositura da ADIn, da qual não se admitirá desistência (art. 5ª, Lei nº 9.868/99), o relator pedirá informação, que será prestada no prazo de trinta dias a contar do recebimento do pedido, à autoridade da qual tiver emanado o ato impugnado, seja do Executivo, Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa, ou ainda do Judiciário, se for o caso (art. 6º, Lei nº 9.868/99). Posteriormente, se ainda pairar alguma dúvida acerca da impugnação, poderá, excepcionalmente, haver a figura do *amicus curiae*, ou seja, a intervenção excepcional de terceiros, como prevê a letra do art. 7º, § 2º, Lei. nº 9.868/99.

Diante dessa primeira etapa do processo, vemos que o constituinte brasileiro, sabiamente, inovou ao assegurar, desde já, os princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados no título dos direitos e das garantias fundamentais, à lei cuja inconstitucionalidade foi argüida.

Seguidamente, teremos a fase processual em que será ouvido, primeiramente, o Advogado da União, na qualidade de curador,

defensor legis, especial da presunção de constitucionalidade das leis, em conformidade ao enunciado no dispositivo constitucional do art. 103, § 3º, CF, o qual é o nosso objeto de análise:

Art. 103, § 3º, CF. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, **citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado** – grifou-se.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF ratifica tal posicionamento ao afirmar que

a função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é **eminentemente defensiva**. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. **Atuando como verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República (ADI 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/09/97, grifou-se).**

Dessa forma, há de se verificar, portanto, que a intervenção do Advogado-Geral da União, em consequência, reveste-se de compulsoriedade, não só quanto ao seu chamamento judicial, mas, também, quanto ao seu pronunciamento defensivo em favor da norma impugnada, sob pena de afrontar a regra estabelecida no Diploma Máximo. Por outro lado, o Procurador-Geral da

República, que deverá ser ouvido em qualquer um dos processos de competência do Pretório Excelso (art. 103, § 1º, CF), atuará como fiscal da lei, *custo legis*.

A exigência prevista no art. 103, § 3º, CF, nos parece bastante controversa, uma vez que atribuir tal defesa, sobretudo, ao Advogado-Geral, por um prisma, é fundamental para o texto impugnado ter esse amparo em obediência ao princípio da constitucionalidade das leis, no entanto, por outro, delegar tal função a esse profissional, será, ao nosso ponto de vista, baseado no ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, “legitimar o entendimento de que o Advogado-Geral da União está obrigado a defender a constitucionalidade da lei questionada, mesmo nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Evidentemente, essa conduta haveria de convertê-lo em um advogado da inconstitucionalidade” (MENDES apud ROCHA, 2006, p. 76).

Somamos a isso, ainda, que, apesar de existirem decisões, no sentido de que “não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no *caput* do art. 131 da Carta Magna, e o de defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade” (RTJ 131/470), somos favoráveis ao pensamento de que a norma constitucional em análise mostra uma incompatibilidade funcional, o que acarreta, de acordo com o magistério de Antonio Cezar Lima da Fonseca, “em uma posição delicada assumida pelo Advogado, pois se obrigam a fazer verdadeiras peripécias jurídicas para defenderem atos manifestamente inconstitucionais [...]. Tal obrigatoriedade - de o Advogado-Geral defender a norma a qualquer custo - é, *data venia*, equivocada. À evidência, o Advogado expõe-se em demasia, às vezes ao risível, pelas teses mirabolantes que precisa criar, para defender um legislador, muitas vezes, suspeito” (FONSECA apud BARROS; FIGUEIREDO, 2006, on-line). Um exemplo bastante significativo o qual vem corroborar a nossa tese de que ocorre conflito entre as funções é aquele formulado por João Carlos Souto, ao dizer que, “quando o Advogado-Geral houver dado parecer pelo veto a um projeto de lei que, posteriormente, foi derrubado pelo Congresso, sendo, então, publicada a lei. Caso o Presidente

da República provoque o controle abstrato da constitucionalidade contra esta mesma lei, estaria o Advogado-Geral da União vinculado a opinar em favor da manutenção desta espécie normativa que recentemente condenou?" (SOUTO apud MASCARENHAS, 2006, on-line).

A partir dos argumentos expostos, percebemos que a ordem constitucional não poderá tolerar uma norma que se mostre incompatível com seus preceitos, deve, de fato, haver uma compreensão teleológica da regra disposta, pois não será, necessariamente, uma defesa arbitrária da norma impugnada, porém uma conclusão feita por esse operador do Direito acerca de tal ação, tanto o é que, caso já haja decisão proferida a respeito da inconstitucionalidade de um determinado texto, não estará este obrigado a defendê-lo, em virtude da "fidelidade constitucional". Segundo Fernando Ximenes (2006), do qual compactuamos o mesmo posicionamento, como a defesa desse ato já é feita pelo órgão do poder que o expediu, segundo vimos na primeira fase processual da ADIn, seria desnecessária a mencionada intervenção prevista na disposição constitucional. Observamos, ainda, que a capacidade para melhor explicar por quais razões se deverá inserir tal lei no ordenamento e a sua compatibilidade com a Constituição reside no próprio poder constituído que a editou, conforme já acontece.

Poderíamos sugerir como resolução dessa questão, à luz da análise da Constituição do Estado do Ceará¹, um pronunciamento opinativo por parte do Advogado-Geral da União acerca da matéria impugnada, sem ocorrer, obrigatoriamente, uma menção à defesa, a fim de que não se relegue a este uma função meramente ilustrativa no controle de constitucionalidade. Não haveria, dessa forma, prejuízos na tutela dos interesses da coisa pública, pois permaneceria o contraditório e, a qualquer momento, poder-se-ia requerer a intervenção do Advogado. Na mesma linhagem lógica, a Constituição Paulista expressa, em seu art. 90, § 2º, que caberá ao Procurador do Estado, no que couber, defender o ato ou texto

¹ Vide art. 127, § 1º da Constituição do Estado do Ceará, ao proclamar "quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que se pronunciará sobre a lei ou ato impugnado".

impugnado, "o que se evitou a reprodução no âmbito estadual da imperfeição técnica existente no texto constitucional federal" (BARROS, 2006, on-line).

5 CONCLUSÃO

O intuito primordial de nossa reflexão foi procurar uma solução para esse impasse, na constante tentativa de se buscar mais coerência entre o controle de constitucionalidade concentrado e a sua forma de verificação, garantindo assim aos cidadãos brasileiros um efetivo senso de eficácia das normas constitucionais, em nosso ordenamento, além de promover um processo, embora objetivo e unilateral, porém coeso de ajuizamento da ação direta de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

6 REFERÊNCIAS

- BARROS, Marcos Ribeiro; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **O Advogado público nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://members.tripod.com/~ibap/artigos/mrbgjp1.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Brasília: Del Rey, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MASCARENHAS, Robson Silva. **O Advogado-Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=189>>. Acesso em: 19 nov. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado da Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Advogado geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/agu/htm>>. Acesso em: 19 nov. 2006.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OS CONTORNOS DA LEI
N. 7347/85**

**PUBLIC CLASS ACTION - BOUNDARIES OF THE
LAW n. 7347/85**

José Helvesley Alves
Juiz Federal da 13ª Vara
Seção Judiciária do Ceará
E-mail: helvesley@jfce.gov.br

SUMÁRIO: 1 ASPECTOS DOCTRINÁRIOS E LEGAIS; 2 COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA; 3 EXTENSÃO DA JURISDIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA; 4 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 LEGAL AND DOCTRINARIAN ASPECTS; 2 COMPETENCE IN PUBLIC CLASS ACTION; 3 PUBLIC CLASS ACTION JURISDICTION EXTENSION; 4 REFERENCES.

Resumo: O crescimento e o desenvolvimento do Estado moderno e a conseqüente complexidade do relacionamento social, principalmente nos atuais tempos de globalização, impuseram a necessidade de a coletividade possuir adequado suporte processual para proteger e defender em juízo interesses difusos e os direitos coletivos, violados ou ameaçados de violação. Com este propósito, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Ação Civil Pública, que é o tema abordado no presente estudo.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Competência. Jurisdição.

Abstract: The growth and development of modern State and the resultant complexity of the social relations, especially in the present times of globalization, imposed on the society the need for adequate procedural support to protect and defend in a law court diffuse interests and collective rights, violated or threatened with violation. With this purpose the civil action has appeared in our legal system, which is the subject of the present study.

Keywords: Public Class Action. Competency. Jurisdiction.

1 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS

Apanágio de nossos dias, o crescimento e o desenvolvimento do Estado moderno e a conseqüente complexidade do relacionamento social, mormente nos atuais tempos de globalização, em que se torna imperiosa uma outra concepção do conceito de soberania nacional, impuseram necessidade de a coletividade possuir adequado suporte processual para defender-se em juízo, sem desprezar aqueles já existentes que decidem conflitos individuais entre as partes. Assim, para proteger interesses difusos e os direitos coletivos de caráter transindividual ou meta individual, violados ou ameaçados de violação, é que surgiu em nosso ordenamento jurídico a Ação Civil Pública.

Instituída, inicialmente, pelo art. 3º, III, da Lei Complementar nº 40, de 14.12.81, antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como uma das funções institucionais do Ministério Público, foi, posteriormente, regulamentada pela Lei 7347, de 24.07.85, e, subseqüentemente, elevada a nível constitucional pelo art. 129 da Constituição Federal de 1988.

A Lei que se procura comentar foi, sem sombra de dúvidas, inspirada na *Class Action* Norte-Americana, que é, nos Estados Unidos, o meio empregado para proteger a tutela dos interesses coletivos por meio da qual, igualmente, se preserva a defesa de grupos de pessoas ou segmentos sociais com direitos iguais, apresentando, quase sempre, a característica de indissociáveis.

Assim dispõe a Lei 7347/85, em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I- ao meio ambiente;
- II- ao consumidor;
- III- a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- IV- por infração da ordem econômica.

Sobre o primeiro dos incisos, meio ambiente, hoje alçado a nível constitucional, a Lei 6938/81 já trazia algumas disposições

importantes sobre o tema, que tinha como mentor o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente e o conhecido IBAMA - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis.

Hoje, a Constituição Federal dedica inúmeras disposições, em seu bojo, à matéria, fruto de constantes e renováveis debates, a nível nacional e internacional, além de motivo de acaloradas discussões no seio das comunidades locais, mormente nos municípios brasileiros.

A Constituição Federal abre o Capítulo VI homenageando o Instituto e, em seu art. 225, estatui:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em 12 de fevereiro de 1998 surgiu a Lei 9605, que trata dos Crimes Ambientais, que dispõe, entre outras coisas, das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Meio ambiente representa tudo o que a Mãe Natureza nos oferece, como a terra, a água, o ar, a flora, a fauna e tudo o mais que for indispensável à vida de todos os seres e ao bem-estar do homem em sua vida comunitária.

Sobre consumidor, veio a lume a Lei 8078/90 - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR que, em seu art. 2º, assim estatui:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Consumidor é, portanto, todo aquele que se utiliza de produtos, atividades ou serviços de outrem, merecendo proteção do Estado.

Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico são todos aqueles que constituem o patrimônio cultural da comunidade e, por isso mesmo, protegíveis pela ação civil pública.

Pela própria dicção da Lei, aplicáveis suas disposições a interesse difuso ou coletivo, não se prestando à prestação de direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.

Por derradeiro, tem por fito proteger a todos em relação aos crimes cometidos contra a ordem econômica. A Constituição Federal deu ênfase ao assunto onde abre o TÍTULO VII-DA ORDEM ECONOMICA E FINANCEIRA e o CAPÍTULO I-DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONOMICA, tecendo considerações a partir do art. 170. Outros princípios dirigidos ao tema encontram-se na Lei 8884/94.

Haveremos de nos deter, neste opúsculo, nos aspectos concernentes aos interesses difusos ou meta individuais, coletivos e individuais homogêneos, além de referências ao art. 2º e 16 da Lei ora sob estudo.

Enfatizamos, preliminarmente, a existência, na doutrina, de debates acerca da possibilidade de os direitos individuais homogêneos serem, igualmente, tutelados pela Lei 7347/85.

A festejada Mestra ADA PELLEGRINI GRINOVER (1994) afirma que a origem da ação civil pública, ao prever a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, está na *class action*. Diz ela:

A class action do sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença da classe.

RONALDO CUNHA CAMPOS (1995), no mesmo sentido, informa que:

ao ver da doutrina, a *class action* torna viável a consideração de pequenas pretensões que apenas quando somadas tornam-se relevantes. Isoladamente, seria inviável o aforamento do pedido. Contudo, se a decisão proferida atingir um grande número de titulares destas pequenas pretensões, teríamos uma ação viável.

A Constituição Federal de 05.10.88 trouxe a lume a matéria quando, em seu art. 127 estatui, *verbis*: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Pelo acima disposto, observamos que a Constituição Federal estabeleceu balizas intransponíveis para a espécie de direitos ou interesses tuteláveis por ação civil pública: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos indisponíveis, com o que o exemplo americano já entrou, no ordenamento jurídico pátrio, com seu alcance mitigado, a medida que não se destinou a tutelar os direitos individuais disponíveis.

Pelo que se disse acima, percebe-se, com clareza, que a Ação Civil Pública foi destinada para a proteção coletiva dos direitos difusos ou coletivos, constituindo-se uma das funções institucionais do Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e dos individuais homogêneos indisponíveis, na dicção dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal de 1988.

Com o advento da Lei 8078/90, nosso conhecido Código de Defesa do Consumidor, trouxe ela, em seu bojo, a ação coletiva, cujo campo de abrangência, como meio de defesa, alcançou, igualmente, os direitos individuais indisponíveis homogêneos.

Em seu art. 81, inciso I, fala o Código de Defesa do Consumidor dos interesses ou direitos difusos, "assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que

sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Desse modo, para identificar os interesses ou direitos difusos, também denominados de transindividuais ou meta individuais, consoante afirma o Código, temos que averiguar a presença de três requisitos: sua indivisibilidade; número indeterminado de pessoas e iguais circunstâncias de fato em que se envolveram.

A transindividualidade quer significar a circunstância de ultrapassar a esfera pessoal do indivíduo pelo fato de não pertencer exclusivamente a uma só pessoa, mas, eventualmente, a todos, podendo, ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar.

A indivisibilidade, vale dizer, não poder fragmentar-se esse interesse ou direito, porquanto interessa a toda a coletividade e não apenas a um ou a alguns de seus membros.

A indeterminabilidade dos titulares respectivos, a medida que estes não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se seu sujeito.

A circunstância de se ligarem, seus titulares, por um simples fato e não, necessariamente, em decorrência de relação jurídica.

A indivisibilidade, característica tanto dos interesses ou direitos difusos quanto o dos interesses ou direitos coletivos, diz respeito à obrigação que pode ser divisível e indivisível.

Sobre obrigação, Clóvis Beviláqua (1940) assim definiu:

A relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.

A obrigação tem, portanto, como conteúdo, a prestação a cargo do devedor e ela pode ser de dar, de fazer e de não fazer.

A obrigação divisível vem a ser aquela cuja prestação é exequível parcialmente e indivisível a que se cumpre de uma só vez, integralmente.

A indivisibilidade significa, em última análise que, no interesse difuso ou coletivo, a satisfação de uma única pessoa exige a satisfação de todos. Assim, entendemos, no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor a indivisibilidade por determinação legal.

Como bem afirma LUIZ ANTONIO DE ANDRADE (1995), *verbis*:

Elemento que se reputa essencial, portanto, à configuração do conceito é o fato de tais interesses terem por titular uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, no tocante às quais os interesses se manifestam, não em virtude da presença de uma relação jurídica de que co-participam, ou de relações jurídicas paralelas ou convergentes, em que estejam engajadas, mas de dados contingentes e variáveis, como os que surgem em função da necessidade de proteger a fauna e a flora, a salubridade de um rio que abasteça determinada cidade, ou de atmosfera, os monumentos históricos, e assim sucessivamente.

Retomando o tema meio ambiente, como bem de uso comum do povo, essencial à vida das presentes e futuras gerações, impõe-se o direito a todos possuírem tal prerrogativa, porquanto ninguém tem o direito de tê-lo isoladamente, não sendo, portanto, privilégio de qualquer indivíduo, daí sua transindividualidade ou meta individualidade. Igualmente, não pode ser vindicado por apenas um indivíduo, nem só por este usufruído, porquanto indivisível. Por fim, abrange todas as pessoas, porquanto indeterminável esse número e que estão ligadas, entre si, por circunstâncias de fato, podendo ser conhecidas ou desconhecidas.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI (1993) demonstra que os interesses difusos são assim denominados em razão de a respectiva titularidade ser conferida a um número indeterminado e indefinido de pessoas, fática e circunstancialmente ligadas, de sorte a se confundirem os de umas com os das outras, como se um só todo fossem.

O inciso II do art. 81 da Lei 8078/90, falando sobre direitos coletivos assim dispõe:

Art. 81. Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Assim entendidos, referem-se, tais direitos, a uma categoria ou grupo em que seus titulares são identificáveis ou determináveis e partícipes da mesma relação jurídica-base com a entidade a que pertencem. Esta, que agrupa esses interessados na defesa de seus direitos como consumidores, não tem necessidade de convocar uma assembléia de seus associados para ser autorizada a ingressar em juízo com uma ação coletiva. Inexiste tal exigência porque, sendo institucional esse objetivo e constando dos estatutos sociais, o titular, ao filiar-se à entidade, dá a ela tacitamente autorização para agir em seu nome perante a Justiça, independente de mandato.

Os interesses ou direitos coletivos não se confundem com os direitos ou interesses difusos que, embora transindividuais e indivisíveis, são de titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si, com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

Como se pode observar, a distinção entre os interesses difusos e os coletivos é de uma sutileza quase imperceptível, sendo certo, porém, que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os segundos se relacionam a uma parcela, também indeterminada, mas determinável de pessoas.

Para nós, entretanto, a diferença central está em que, quando se cogita de interesses difusos, o liame é uma mera circunstância de fato a unir as pessoas, ao passo que nos interesses coletivos existe a uni-las uma relação jurídica-base.

O lusitano LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (1984), estudioso do assunto, assim preleciona:

Assim o interesse difuso caracteriza-se, quanto aos sujeitos e quanto ao objeto, por uma certa indeterminação, não se confundindo com o interesse coletivo, que se reporta a um sujeito determinado como é o caso dos interesses sócio-profissionais. Em termos gerais, o interesse difuso cobre três campos da maior importância: a proteção do meio ambiente, do consumidor e da estrutura urbana racional e urbanista.

Sobre interesses difusos, PERICLES FRADE (1987) apresenta alguns traços que lhes são característicos, a saber:

O primeiro é a ausência do vínculo associativo. A *affectio societatis* leva à determinação do número de filiados, o que faria desaparecer essa categoria de interesses para dar lugar ao interesse coletivo.

O segundo característico consubstancia-se no fato de que o interesse difuso abraça uma série indeterminada e aberta de indivíduos. É, enfim, uma cadeia abstrata de pessoas em que é extremamente difícil identificá-las de uma só vez.

O terceiro traço característico dos interesses difusos é a sua potencial conflituosidade.

Essa conflituosidade, abrangente, herdeira das verticais mutações da sociedade tecnológica de produção e consumo de massa, pois provocara tanto o surgimento da macroempresa moderna, quanto uma crescente e onipresente atuação estatal. (FRADE, 1987).

Ante essa realidade sumamente complexa, teve o Estado de se fazer presente em importantes segmentos da economia mediante política fiscal e monetária, de câmbio, crédito e comércio exterior.

O quarto característico é a ocorrência de lesões disseminadas em massa. No dizer do autor,

interesses que, em última análise, sendo intrinsecamente individuais, assumem, não obstante configuração de interesses difusos, sempre que

passíveis de lesões disseminadas, propagando-se numa determinada atividade e atingindo com seus efeitos danos em massa uma série aberta de criaturas, conforme já acentuado. (FRADE, 1987).

O quinto e último característico é consubstanciado nos vínculos fáticos entre os titulares dos interesses. É, em uma palavra, a identidade de situações envolvendo número indeterminado de pessoas que faz nascer o interesse difuso.

Arremata dizendo

que a diferença entre ambos os interesses reside, particularmente, na natureza de seus sujeitos. O interesse coletivo é de uma pluralidade de cidadãos de um grupo ou de uma categoria profissional, por exemplo. Há, na hipótese, um sujeito concreto, ao passo que no interesse difuso ele não existe. (FRADE, 1987).

É bom que se frise, sempre, que, no interesse coletivo, a relação jurídica-base não existe entre os titulares e a entidade que os representa, mas sim entre eles próprios e a parte contrária, ou seja, a pessoa que deverá figurar no polo passivo da relação processual.

JOSE CARLOS BARBOSA MOREIRA (1984) enumera exemplos claros que ajudam a compreender a distinção entre ditos interesses. São coletivos, diz o consagrado autor, os interesses de objeto indivisível comuns aos partícipes de um consórcio, ou aos contribuintes de determinado tributo, ou aos estudantes matriculados em certa universidade. São difusos os interesses, também de objeto indivisível, comuns aos habitantes de região sujeita a vicissitudes naturais, ou aos aficionados de um esporte, ou aos frequentadores da mesma zona turística. Nesta Segunda espécie, ao contrário do que ocorre na primeira, em vez da comunhão em vínculo jurídico, a unir os interessados entre si ou com terceiro, o que se configura é mera identidade de circunstâncias de fato, a envolver todos aqueles.

O art. 81 da Lei 8078/90, inclui no rol dos interesses ou direitos tuteláveis coletivamente aqueles ditos individuais homogêneos,

assim entendidos os decorrentes de origem comum, os quais, todavia, para serem tutelados pela ação civil pública, ou pela ação coletiva instituída pelo art. 81 da Lei 8078/90, parente próxima dela, deverão revestir-se da característica da indisponibilidade.

Assim, entretanto, não entende RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (1998) para quem as hipóteses enumeradas no art. 81 da Lei 8078/90 estão incluídas entre as tuteláveis por ação civil pública, sem fazer qualquer distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis.

É preciso considerar, entretanto, que ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88), sendo sua função institucional, entre muitas outras, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129 da CF/88).

No que diz respeito, assim, aos direitos individuais homogêneos, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei Complementar 75/93 (art. 6º, VII, "d") só previram a proteção, via ação civil pública, daqueles direitos conceituados como indisponíveis.

É verdade que o art. 81, III, da Lei 8078/90 fez alusão genérica a interesses individuais homogêneos, sem que fossem explicitados unicamente os indisponíveis, definindo-os, simplesmente, como os decorrentes de origem comum, com o que estariam protegidos, igualmente, pela ação civil pública, os direitos entendidos como disponíveis.

Sendo o Ministério Público o titular originário da ação civil pública, em virtude de disposição constitucional, embora haja previsão de extensão, por lei, dessa legitimação concorrente às pessoas jurídicas estatuídas no art. 5º da Lei 7347/85 e no art. 82 da Lei 8078/90, não há como se conceber possam os legitimados por extensão legal propor ações de proteção a direitos em maior amplitude e âmbito que o legitimado institucionalmente.

Eis o que afirma o art. 129 da Constituição Federal: "A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste

artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Destarte, se a própria Constituição Federal restringiu a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública quando se tratar de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), extensivos, por força do art. 127 da Lei Maior, aos interesses sociais e individuais indisponíveis, e ressalvou a legitimação de terceiros, nas mesmas hipóteses, não se sustenta, por flagrantemente inconstitucional, qualquer pretensão exegética ampliativa, que admita tal ação coletiva como meio de direitos individuais disponíveis.

Exemplificando, podemos asseverar que as diversas vítimas de um mesmo atropelamento por veículo automotor, os acionistas dissidentes da deliberação adotada por assembléia geral de sócios de uma companhia, os diversos credores de um mesmo devedor comum têm direitos ou interesses com origem comum, mas não pode qualquer dos legitimados concorrentemente pela lei socorrerlos através da ação civil pública, uma vez que não está em causa nem dano ao consumidor, nem decorrente de infração da ordem econômica, nem, muito menos, direito indisponível.

Assim, por exemplo, quando a UNIÃO estabelece, por lei, um limite máximo para as tarifas públicas, está de certo modo, intervindo nos preços das prestadoras de serviço público, considerado essencial através de norma de ordem pública, que envolve, portanto, direitos indisponíveis, sendo adequada a ação civil pública para impedir possam tais tarifas ser exigidas, cobradas ou majoradas em desacordo com o preceito correspondente. Porém, se se tratar de preços onde não há intervenção nem fixação estatal como, por exemplo, aqueles decorrentes de relacionamento contratual livre, aí a ação civil pública se entremostrará totalmente incabível, embora a demanda individual plúrima possa ter adequação, pois é indiscutível a impossibilidade de ser excluída de apreciação pelo Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Os direitos individuais homogêneos indisponíveis, embora não previstos no texto originário da Lei 7347/85, mas apenas nele

incluído pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, também podem ser, portanto, protegidos pela ação civil pública, tal como desenhada no art. 129, III, da Constituição Federal.

2 COMPETÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 2º da Lei 7347, de 24 de julho de 1985, assim estatui: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Extrai-se, da norma acima transcrita, sem qualquer sombra de dúvida, que a competência para a ação civil pública é absoluta. Dessa forma, a lei qualifica a competência do foro do local do dano como funcional, exatamente para que não reste incerteza sobre a natureza de ordem pública de tal regra. Em suma é de competência territorial absoluta o de que trata o art. 2º da Lei 7347/85.

A discussão doutrinária que se travava acerca do assunto era no sentido de se saber se a regra expressa no art. 2º em comento era daquelas que delegam à Justiça Estadual competência da Justiça Federal, na forma do art. 109, § 3º da CF/88. Faz algum tempo, a resposta era positiva, tendo sido, inclusive, objeto de enunciado da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça. A Súmula de nº 183 foi aprovada em 12.03.1997, através da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: “Compete ao Juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.

Averigua-se, desse modo, que a Seção adotou o entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública, ao destacar a competência absoluta do foro o local do dano, delegava competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual, na forma já preconizada pelo art. 109, § 3º da Constituição Federal de 1988 (causas previdenciárias), entendimento já consagrado pela maioria dos doutrinadores pátrios.

Tal entendimento, entretanto, não mais prevalece, haja vista decisão do Supremo Tribunal Federal, através do PLENÁRIO, em

face do julgamento do Recurso Extraordinário 228.955-9. Em razão desse julgamento, a Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos declaratórios interpostos no CC 27.676-BA, tendo como relator o Ministro José Delgado, cancelou a Súmula de nº 183, cuja publicação se deu em 27.11.2000, página 195.

Transcrevemos, abaixo, a suma da decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 228.955-9-RS, relator Ministro Ilmar Galvão, publicado em 10.02.2000, que gerou o cancelamento da Súmula 183 do Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2000:

O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (rectius jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei 7347/85, a estabelecer que as ações nele previstas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que, no caso, não ocorreu.

3 EXTENSÃO DA JURISDIÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Problema mais delicado é o da extensão da jurisdição do magistrado na ação civil pública, em virtude da redação da lei, que pode parecer ambígua, ao deixar de compatibilizar expressamente os princípios da competência funcional e territorial e a extensão de jurisdição do magistrado na ação civil pública, ensejando interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência.

O art. 16 da Lei 7347/85, em sua forma original era assim redigida:

Art. 16 A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Posteriormente, o art. 2º da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997, deu nova redação ao art. 16 da Lei 7347/85, restringindo os efeitos da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Eis a nova redação do art. 16 da Lei 7347/95, trazida pelo art. 2º da Lei 9494/97, *verbis*:

Art. 16 A sentença civil fará coisa julgada “*erga omnes*” nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A nosso sentir, a alteração ao texto original vem esclarecer, de modo mais convincente, o que já dizia a redação anterior, sem alteração mais aprofundada, na medida em que, pelo princípio federativo, não faz sentido a decisão do Poder Judiciário de um Estado ter efeitos gerais também em outro, haja vista a autonomia de cada estado-membro da federação.

Entretanto, assim não pensam alguns doutrinadores pátrios, entre eles esposamos opiniões destacadas de alguns. MISAEL MONTENEGRO FILHO (2005) assim se expressou:

O artigo reformado demonstra que a abrangência e a extensão dos efeitos da sentença em favor de terceiros que não tenham participado da relação processual não é indefinido, restringindo-se aos limites territoriais de atuação do magistrado que prolatou a decisão. Num outro dizer, se a decisão foi proferida por magistrado com competência

territorial limitada ao Estado de São Paulo, por exemplo, não pode surtir efeito para beneficiar terceiros domiciliados em qualquer outro Estado da federação. Essa limitação vem recebendo repúdio da doutrina nacional, sob a alegação de que teria sido edificada na contramão do movimento legal de anos, que se guia no espírito de que seja alargada a abrangência territorial da coisa julgada.

Anota FREDIE DIDIER JR. (2005) que os dispositivos normativos invocados, seja, o art. 2º da Lei 9494/97 que modificou o art. 16 da Lei 7347/85, são inconstitucionais e inúteis, porquanto ferem o princípio da razoabilidade constitucional, haja vista imporem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas.

Sobre a inconstitucionalidade das normas retro referidas por malferimento ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, assim se pronunciou NELSON NERY JR. E ROSA NERY (2001):

A norma, na redação dada pela Lei 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir princípios do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF, art. 62, caput.

Sobre o assunto, assim se posicionou JOÃO BAISTA DE ALMEIDA (2001), *verbis*:

Objetivou-se, desse modo, fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças de abrangência regional e,

principalmente, nacional. Ou, por outra, o governo usou o seu poder de império para alterar a legislação da maneira que lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva, a coisa julgada, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos, etc.

Assim, segundo pensam os dignitários doutrinadores retro referidos, o que se procurou alcançar, com esse dispositivo, e o seu antecessor, foi a fragmentação das decisões coletivas, desnaturando todo o sistema de extensão subjetiva dos efeitos das decisões coletivas.

A par das ilustradas posições dos doutos autores que ora acabamos de expor, vejamos o outro lado, mormente como está assentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A extensão da jurisdição do magistrado na ação civil pública tem causado grande celeuma no seio dos juristas pátrios, mormente em virtude da redação da lei, que pode parecer ambígua, ao deixar de compatibilizar, expressamente, os princípios da competência funcional e territorial e a extensão de jurisdição do magistrado, ensejando interpretações diversas na doutrina e na jurisprudência.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 93 estatui:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I- no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II- no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A norma supramencionada é aplicada, em tese, a todos os casos de ação civil pública, em virtude do disposto no art. 117 do Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, ocorre o seguinte: se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido

o dano, ou da Capital do Estado; mas, se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de escolha de foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos. Exemplificando: se diversos atos idênticos ou análogos são praticados em vários Estados ou Municípios e ensejam danos, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua circunscrição judiciária, não se admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que sua sentença proferida *erga omnes* possa alcançar os réus em todo o território nacional.

Existe, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que não há conexão entre as ações civis públicas intentadas para fins análogos, nas várias regiões, cuja ementa é a seguinte:

INEXISTE CONFLITO DE COMPETÊNCIA QUANDO JUÍZES FEDERAIS, AINDA QUE VINCULADOS A TRIBUNAIS REGIONAIS DIVERSOS, APRECIAM CAUSAS CONEXAS EM MATÉRIA DE INTERESSES DIFUSOS. POSSIBILIDADE DE REPERCUSSÕES DIFERENTES NOS VÁRIOS ESTADOS.

Sobre o assunto, posicionou-se o Ministro CARLOS VELLOSO, reconhecendo implicitamente que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não tinham ampliado a jurisdição do juiz, ao afirmar que:

O que deve ser dito é que temos, no momento, decisões divergentes proferidas por juízes competentes. Essas decisões divergentes, entretanto, haverão de existir, dada a regionalização da Justiça Federal. Oportunamente, esses entendimentos serão uniformizados por este STJ, quando a matéria aqui chegar através dos recursos apropriados. Enquanto isso não ocorre, repito, é legítima a divergência, convindo acentuar que foi o Constituinte que o desejou, ao regionalizar a Justiça Federal. Lembremo-nos de que, nos trabalhos que antecederam à reforma judiciária, eu mesmo tive a oportunidade de participar de alguns deles, inclusive no âmbito do TFR (Tribunal Federal de Recursos), essa questão

veio à baila, e se dizia que essa questão pesava contra a regionalização: poderiam os Tribunais Regionais divergir entre eles, e enquanto o STJ não fosse chamado a se pronunciar, através dos recursos próprios, a divergência poderia causar problemas. Não obstante, o Constituinte quis a regionalização, e agiu bem, pois as vantagens são muito maiores.

Demodo que, Sr. Presidente, é possível entendimentos divergentes nas diversas regiões da Justiça Federal. Aliás, não é apenas na Justiça Federal. Também na Justiça Comum estadual isto poderá ocorrer, por isso que cada Estado tem o seu Tribunal de Justiça. E pode acontecer, também, na Justiça do Trabalho, porque também ela está regionalizada.

No mesmo sentido, o Presidente do TRF da 3ª Região, Juiz Homar Cais, em despacho de 28.05.92, no processo nº 92.03.35198-7, salientou que não havia a possibilidade de a decisão, proferida em ação civil pública, abranger os interessados em todo o território nacional, pois "há que se ter presente que jurisdição nacional têm apenas o STF e o STJ. A jurisdição dos juízes federais circunscreve-se ao âmbito do respectivo Estado e a dos TRFs espraia-se pela correspondente Região, como decorre da Constituição Federal".

A propósito, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em 16.04.97, rejeitou o pedido de liminar feito na ADIn nº 1.576, que pedia a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9494/97, que já constava da Medida Provisória 1570/97 e que modificou o art. 16 da Lei 7347/85, sem que, até hoje, tenha sido julgado seu mérito.

Por fim, e para concluir, podemos afirmar, sem medo de errar, que nem a Ação Civil Pública nem o Código de Defesa do Consumidor afastam os princípios norteadores que dizem respeito à competência e jurisdição e às normas de organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais para proteção dos economicamente mais fracos, não tendo criado uma competência nacional do juiz de primeira instância, quer pertença aos quadros da Justiça Federal ou Estadual, quando julga as ações civis públicas.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos sobre a ação civil pública**. São Paulo: RT, 2001.

ANDRADE, Luiz Antônio de. **Revista dos Tribunais**, nº 648, outubro 1995.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma tutela jurisdicional dos interesses de Coimbra. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, 1984.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. Edição histórica. Editora Rio, 1940.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional individual e coletiva**. Salvador: Podium, 2005.

FRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo Civil Contemporâneo**. Obra coletiva. Curitiba: Juruá, 1994.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa. **Código de processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria e outro. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

**A EFICÁCIA DA PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL N.º 438/2001 NA
ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO**

**CONSTITUTIONAL AMENDMENT n. 438/2001
PROPOSAL EFFECTIVENESS IN SLAVE LABOR
ERADICATION**

Jamille Andrade Xavier

Advogada

E-mail: jamille0604@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; 2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 3 ANÁLISE DA EFICÁCIA DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 438/2001; 4 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 PRELIMINARY CONSIDERATIONS; 2 THE PROPERTY RIGHT IN THE FEDERAL CONSTITUTION FROM 1988; 3 ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 438/2001 PROPOSAL EFFECTIVENESS; 4 REFERENCES.

Resumo: A importância do assunto deste Artigo está no desejo de verificar a eficácia do melhor instrumento jurídico a ser usado na erradicação do trabalho escravo: a desapropriação da propriedade onde o trabalho escravo está sendo utilizado a ser implementado pela aprovação da emenda constitucional n.º 438/2001 proposta.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo. Expropriação. Propriedade. Dignidade da Pessoa Humana. PEC n.º 438/2001.

Abstract: The importance of the subject of this Article is the desire to verify the effectiveness of the better legal instrument to be used in the eradication of slave labour: the expropriation of the property where slave labour is used to be implemented with the approval of the proposed Constitutional emendation n.º 438/2001.

Keywords: Contemporary slave labor. Expropriation. Property. Individual Dignity. PEC # 438/2001.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Para entendermos o alcance da expressão Trabalho Escravo é preciso distinguir a que momento nos referimos. Nos dias atuais, em que se cobra cada vez mais respeito aos direitos humanos – e o Brasil exibe sua Constituição Cidadã, considerada uma das Cartas mais democráticas e protecionistas dos direitos fundamentais do homem – é lamentável que a sociedade brasileira ainda se depare com a utilização de mão-de-obra escrava, que se mostra, resguardadas suas diferenças com aquela conhecida na época do Brasil colônia e imperial, abolida em 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, mais brutal pela violência física e moral, pelo cerceamento da liberdade de ir e vir a que são submetidos seus trabalhadores.

Convém observar que a mão-de-obra escrava contemporânea se revela mais vantajosa economicamente que a de épocas anteriores, nas quais os negros eram submetidos a uma servidão legal e vistos como propriedade e, desta forma, como tal deveriam ser mantidos. Hoje, praticamente, se compram escravos, posto que a técnica consiste em aliciá-los com falsas promessas de bons salários, de condições dignas de trabalho e moradia, para, posteriormente, “enredá-los” numa rede de dívidas; caso o trabalhador, independentemente do motivo, não corresponda às expectativas de seu aliciador ou do proprietário do latifúndio, basta abandoná-lo, ou até mesmo matá-lo, se assim for conveniente aos interesses de quem os mantém, uma vez que este trabalhador “ineficiente” não faz parte de uma mão-de-obra escassa.

É sabido que o perfil de quem escraviza, majoritariamente, é o de um grande proprietário, dono de latifúndio, com acesso a modernos e avançados recursos de produção, detentor de condições econômicas e, em muitos casos, também de influência política, podendo ser, até mesmo, um político, apto a engendrar e facilitar o esquema de aliciamento.

Já aqueles que são escravizados apresentam um nível educacional relativamente baixo. Via de regra, são trabalhadores que migram de áreas rurais, carentes de informação, incapazes, a princípio, de serem inseridos no mercado de trabalho.

Ressalte-se que a situação fática de reduzir alguém à condição análoga à de escravo que a lei erigiu como suporte da responsabilidade penal não impede que possa ensejar outros tipos de responsabilidade, como a civil, com sanções até mesmo mais eficazes que aquela.

Ao analisarmos a eficácia das penalidades penais, chegamos à conclusão de que elas são ineficientes, tendo em vista a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, o que é inapropriado para a situação em tela, como também, em muitos casos, o apenado pela prática do crime ser somente o intermediário da relação laboral ilícita. Por sua vez, as penas administrativas, especificamente, as multas, não representam uma sanção econômica capaz de inibir a prática do delito, já que aquele que escraviza, majoritariamente, trata-se de uma pessoa detentora de poder econômico capaz de arcar com os valores em pecúnia arbitrados nas multas.

Ora, diante de tais circunstâncias, para que a erradicação do trabalho escravo se efetive, é necessária a adoção de medidas eficazes capazes de coibir essa servidão legal. Nessa perspectiva, busca-se no âmbito legislativo a aprovação de uma medida capaz de atingir o bem maior do escravocrata contemporâneo: a propriedade.

Referimo-nos à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 438/2001 que visa à alteração do art. 243 da Constituição Federal, apresentada pelo Senador Ademir Andrade, sujeitando à expropriação as terras onde for localizado trabalho escravo, destinando-as à reforma agrária, entre outras providências:

Art. 1º O artigo 243 da Constituição Federal passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas à reforma agrária, com o assentamento prioritário aos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e se reverterá, conforme o caso, em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados, no assentamento dos colonos que foram escravizados, no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle e prevenção e repressão ao crime de tráfico ou do trabalho escravo. (NR)

A proposta de emenda à Constituição n.º 438/2001 contém em seu anexo mais duas propostas na mesma esteira de objetivo, isto é, o de acrescentar mais uma hipótese de incidência ao artigo 243, qual seja, a propriedade em que fora localizada mão-de-obra escrava também se sujeite à expropriação. Trata-se da PEC n.º 232/1995, de autoria do Deputado Paulo Rocha e da PEC n.º 21/95 do Deputado Marçal Filho.

Em 11 de fevereiro de 2004, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou por unanimidade o parecer do Relator Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh que votou pela admissibilidade da PEC 438/2001, como também das demais propostas apensadas 232/1995; 159/1999; 21/1999; 189/1999 e 300/2000, em que aferiu no seu parecer a constitucionalidade formal e material das referidas propostas de emenda à Constituição, manifestando-se da seguinte forma:

No que tange à constitucionalidade formal, nada há a obstar ao prosseguimento das propostas. Eis que todos os pressupostos de admissibilidade encontram-se cabalmente atendidos, quais sejam, não há situação de excepcionalidade democrática; o número de assinaturas de cada proposição é suficiente; em nenhuma delas se verifica tendência a abolir a forma federativa do Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; tampouco atingem direitos e garantias individuais.

Quanto à constitucionalidade material, também, não vislumbro qualquer impedimento, de vez que são louváveis os objetivos e encontram plena acolhida em nosso ordenamento magno.

Há muito se vem lutando para que seja aprovada, já que existe uma forte pressão contra a aprovação desta proposta por parte dos deputados da denominada "banca ruralista", formada por representantes de empresários da agricultura e da pecuária.

A expropriação consiste em um forte instrumento na combate a essa servidão ilegal, também prevista entre as metas do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito de propriedade é erigido pela Constituição Federal (CF) como direito fundamental, porém não se apresenta como direito absoluto, e sim de forma relativa e condicionada, tendo em vista que seu conteúdo encontra limitações, tais como o cumprimento da função social da propriedade, também de previsão constitucional. Nessa perspectiva, a Carta Magna garante o direito de propriedade, desde que esta cumpra com sua função social, conforme dicção dos incisos XXII e XXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.228, aduz que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la caso esteja em poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Em consonância com o estabelecido na Constituição Federal, o § 1º do supracitado artigo reforça a conotação social da propriedade, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Em boa hora, as palavras de Eros Roberto Grau (apud SENTO-SÉ, 2000, p. 101) ao enfatizar que:

[...] o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

Ressalte-se, porém, que a Constituição Federal ao preceituar a função social da propriedade não nega o direito de propriedade, apenas almeja seu uso racional, isto é, busca atender ao interesse coletivo, condicionando seu objeto ao bem-estar geral. Nesse sentido, Helly Lopes Meirelles (apud SENTO-SÉ, 2000, p. 102) afirma que o direito de propriedade é um direito individual, entretanto limitado:

[...] é um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade.

Apesar de o direito de propriedade ser uma garantia resguardada constitucionalmente, deve o seu objeto, ou seja, a propriedade, atender ao fim colimado a que está condicionada, a função social da propriedade, exercida através do grau de produtividade, do respeito às leis trabalhistas, entre outras. Caso não obedeça a esses preceitos, deverá ceder em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ratifica-se o que diz José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 667):

O direito de propriedade tem garantia constitucional (art. 5º, XII, CF), mas a Constituição, como que em contraponto com a garantia desse direito exige que a propriedade assuma a sua condição de atender à função social (art. 5º, XXIII). Sendo assim, ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social, e

isso porque, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos do interesse público.

Dessa forma, o Estado deverá intervir para que a propriedade se amolde a sua destinação, impondo obrigações de fazer, como deixar de fazer, com o fim de impedir o predomínio de um uso egoístico e anti-social nela. A Lei Maior prevê autorização para que esta propriedade se sujeite à desapropriação, conforme dicção do seu inciso XXIV, que consigna que a “lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” – trata esse dispositivo constitucional de regra fundamental para as desapropriações em geral, também chamada de desapropriação ordinária ou comum.

Conforme balizada doutrina, há duas espécies de desapropriação: a ordinária, prevista no mencionado inciso XXIV da Constituição Federal, e a extraordinária, com base nos artigos 182, § 4º, III, e 184 e parágrafos da Carta Magna.

A desapropriação ordinária é regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública, e pela Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, que especifica os casos de desapropriação por interesse social.

Os requisitos para a desapropriação ordinária são: necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

Na desapropriação por necessidade pública, é preciso que a necessidade do Estado em desapropriar o bem almejado decorra de situações emergenciais, em que para a resolução dessa situação anormal esse meio seja imprescindível para a solução do caso. Ressalte-se que, conforme leciona Diógenes Gasparine (2005), a legislação infraconstitucional só normatizou os quesitos utilidade pública e interesse social, pois considera como de utilidade pública os casos advindos de necessidade pública.

No que concerne à desapropriação mediante utilidade pública, esta consiste no interesse do Estado em atender às situações

normais, mas que estão condicionadas ao ato de adquirir o domínio e o uso de bens de outrem, isto é, quando há conveniência na transferência do bem para a Administração. Exemplos desse tipo de desapropriação estão no rol taxativo do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, tais como nos casos que envolvam a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração ou a conservação dos serviços públicos, entre outros.

Quanto à desapropriação por interesse social, é aquela a que o Estado busca impor um melhor aproveitamento da propriedade rural. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 681): “O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas”.

Conforme a Lei n.º 4.132, de 10/09/1962, estão entre as hipóteses taxativas consideradas pela lei como de interesse social: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; a construção de casas populares; as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais e a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Convém registrarmos agora considerações a respeito da desapropriação extraordinária, esta que conforme José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 682) se subdivide em três tipos: desapropriação urbanística sancionatória, desapropriação rural e desapropriação confiscatória.

A desapropriação urbanística sancionatória é a que está fundamentada no artigo 182, § 4º, III da Constituição Federal. Essa forma de desapropriação possui em seu bojo o fim de penalizar o proprietário do solo urbano que não atende a exigência de promover o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, de acordo com o plano diretor traçado pelo Município em que se localiza a propriedade. Não atende a sua função social a propriedade urbana que não cumpre as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. A lei federal 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana.

Já a desapropriação prevista no artigo 184 da Constituição Federal incide em imóveis rurais que não atendam à sua função social, destinando-os à reforma agrária. Trata-se de modalidade específica de desapropriação por interesse social. Observe-se que somente cabe à União desapropriar visando à reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, o que se conclui que não é permitido aos Estados, Municípios ou Distrito Federal expropriar com esse objetivo.

O *caput* e incisos do artigo 186 da Carta Política preceituam que a função social da propriedade é cumprida quando esta atende, simultaneamente, às seguintes condições: aproveitamento racional e adequado da gleba; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Saliente-se que os demais entes federativos, caso haja o descumprimento dessa função, também poderão promover a desapropriação do imóvel, com base no interesse social, porém como afirmado, anteriormente, não pode destiná-lo à reforma agrária, e a indenização será prévia e justa e em dinheiro.

Não obstante, o artigo 185 da Constituição Federal, em seus incisos I e II, estabelece que são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva. Entretanto, em seu parágrafo único atribuiu à lei ordinária a função de garantir tratamento especial à propriedade produtiva e fixar normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Convém ressaltarmos que coube à lei ordinária n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, regulamentar esses dispositivos constitucionais à reforma agrária, definindo o que vem a ser propriedade produtiva e reproduzindo os mesmos dispositivos traçados na CF para o cumprimento da função social.

Outro ponto a destacar é que o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964) possui dispositivo legal também referente à função social da propriedade no § 1º do artigo 2º, ao afirmar que a propriedade desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; mantém níveis satisfatórios de produtividade; assegura a conservação dos recursos naturais e observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Por último, a desapropriação confiscatória, também denominada de expropriação, prevista no artigo 243 da Carta Magna, em que não se confere ao proprietário direito à indenização, como ocorre nos demais tipos de desapropriações. Conforme dispõe esse artigo, as glebas em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, destinando essa região ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

O confisco representa uma das medidas mais extremas no que concerne às limitações do direito de propriedade, pois as demais formas de desapropriação ao menos conferem a prerrogativa de indenização, seja mediante dinheiro ou títulos da dívida agrária, o que não ocorre na expropriação. Trata-se de um ato que exprime um caráter punitivo e que está intrinsecamente ligada à prática

de um crime, qual seja, a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, consistindo, atualmente, na única hipótese de expropriação introduzida pela Constituição Federal.

Tendo em vista a impossibilidade de se aplicar a pena de perdimento do bem imóvel ao proprietário que sujeita trabalhadores às condições análogas à de escravo, pois a sanção somente poderá incidir sobre os instrumentos e produtos do crime, em que a propriedade fica ilesea à incidência dessa sanção, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n.º 438/2001 que visa incluir mais uma hipótese de incidência ao artigo 243 da Constituição Federal, qual seja, sujeitar à expropriação as terras onde fora localizado trabalho escravo, somada àquela que prevê o confisco da propriedade em que se encontra cultura ilegal de plantas psicotrópicas.

3 ANÁLISE DA EFICÁCIA DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 438/2001

A sanção imposta pela Proposta de Emenda Constitucional n.º 438/2001, a expropriação da propriedade em que fora localizado mão-de-obra escrava, a exemplo do que ocorre nas fazendas em que são encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, mostrar-se-ia mais apropriada para sancionar a conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo.

Eis o pronunciamento de Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, no Fórum Social Mundial 2003 (2003, p. 18):

Hora se há a possibilidade do confisco da terra, quando se detecta a plantação de maconha e, portanto, quando há produção de drogas, sobre a produção dessa que talvez seja uma das maiores drogas que a sociedade conseguiu produzir, que é a escravatura, por que não falarmos adequadamente da expropriação dessas terras?

Nessa perspectiva, Jairo Lins Albuquerque Sento-Sé (2000, p. 99) assevera que:

[...] impor ao dono da terra uma sanção de repercussão tamanha que afete sensivelmente os

seus interesses financeiros. A nosso ver o maior objetivo do proprietário rural, ao se utilizar do trabalho escravo [...] é ampliar ainda mais os seus lucros. Assim sendo, se justifica a adoção de uma providência contra o dono da terra que seja capaz de gerar reflexos econômicos de tal porte que possam impedir ou, pelo menos, minimizar a sua prática.

Convém registrar que, por mais que o direito de propriedade possua o caráter de norma fundamental pela Constituição Federal (CF), pela sua inclusão no rol do artigo 5º, atualmente, ele também se encontra no rol dos princípios da ordem econômica, conforme dicção do artigo 170, incisos II e III da Lei Maior. Partindo desse pressuposto e do fato de que trabalho realizado sob condições análogas à de escravo, além de atentar contra a dignidade humana, representa também uma ofensa à ordem econômica, pois sua prática vai de encontro com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa apregoados pelo artigo, o que acaba por inibir seu fim de se assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, conclui-se que é razoável a punição do fazendeiro infrator com a expropriação de sua propriedade, em razão da utilização de mão-de-obra escrava nela.

A propósito da correspondência do direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais com os princípios que embasam a ordem econômica, José Afonso da Silva (2006, p. 270-271) aduz que:

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art.62). É verdade que o art. 70 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada,

que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada a consecução daquele princípio. É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu.

Com efeito, a desapropriação rural, mediante justa indenização, com apoio no artigo 184 da Carta Magna, utilizada atualmente como instituto a reprimir a prática do trabalho escravo, é ineficaz, uma vez que, na maioria dos casos, apresenta-se até mais lucrativa para o proprietário, o que leva a concluir que tal medida judicial não atende ao fim sancionatório e coibitivo que a situação fática exige. Não faz sentido, pois, que o proprietário que se utiliza de mão-de-obra escrava em sua cadeia produtiva seja indenizado após a prática de um crime como esse.

A observação das disposições que regulam as relações de trabalho, contido no inciso III do artigo 186 da Constituição Federal, serve como principal dispositivo justificador do decreto desapropriatório. É correto, pois, o entendimento de que o trabalho escravo é uma situação fática que se enquadra perfeitamente no aludido inciso, configurando motivo suficiente, entre outros, para que se considere a propriedade como não cumpridora de sua função social, entretanto, a desapropriação rural prevista no caput do artigo 184 da CF não é proporcional ao grau de sanção que a prática desse delito merece.

A título de ilustração, citamos o exemplo de Luís Pires, fornecido pelo Jornal do Brasil, de 11 de outubro de 2000 (apud FIGUEIRA, 2004, p. 107), o qual nos informa que o fazendeiro mencionado possuiu sua fazenda Flor da Mata desapropriada em 1997, depois da libertação de 220 (duzentos e vinte) trabalhadores rurais submetidos a trabalho escravo. Entretanto, sua indenização consistiu no valor de R\$ 1,6 milhões à vista por benfeitorias, que, posteriormente, uma perícia judicial calculou em R\$ 400 mil, um valor que se presume ser bem superior ao da terra. Rezende Figueira (2004, p. 274) ainda se aprofunda nos detalhes:

Luís Pires, ameaçado de ter uma de suas fazendas desapropriadas por utilização de mão-de-obra

escrava, mobilizou parlamentares do Tocantins que o defenderam diante do governo e conseguiram que a punição se tornasse um prêmio. Recebeu pela desapropriação da fazenda um valor diversas vezes superior ao valor previsto pelo mercado. De fato, o poder e o status de um empresário rural, em muitos casos, as porteiras da fazenda, estendendo-se até Brasília e lhe proporcionam privilégios.

A desapropriação em muito difere da expropriação. Primeiramente, no concernente à indenização. Naquela, a Constituição resguarda o direito de justa indenização, seja mediante dinheiro ou títulos da dívida agrária; nesta, não se vislumbra a possibilidade de concedê-la, em virtude de seu caráter punitivo.

Outro exemplo dessa diferença é o fim a que se destinam as desapropriações previstas na Constituição Federal. Nestas, centram-se os seus fins em atender ao interesse social, à necessidade pública ou à utilidade pública declarada pelo ente público expropriante, excetuando-se o caso do artigo 184 da Constituição, de competência exclusiva da União, que reverte o bem expropriado para o fim de reforma agrária. Na expropriação prevista no artigo 243 da CF, somente há um fim exclusivo que é o da reforma agrária.

Ademais, a reforma do artigo 243 da CF não somente visa à punição do proprietário infrator, mas também busca reparar o problema na esfera individual do trabalhador escravizado, pois a área reservada à reforma agrária terá como assentamento prioritário os colonos que já trabalhavam na respectiva gleba. Além disso, todo e qualquer bem de valor econômico apreendido, em decorrência de exploração de mão-de-obra escrava, será confiscado e se reverterá em benefício para o assentamento desses colonos, bem como para o aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização e para o controle de prevenção e de repressão do trabalho escravo.

Dessa forma, com a adoção dessa medida, insere-se socialmente o trabalhador libertado, dando-lhe a oportunidade de prover sua própria subsistência e, por conseguinte, impedindo, por via oblíqua, que este volte à servidão ilegal caso depare novamente com a mesma situação de miserabilidade em que se encontrava antes de ser escravizado.

Não obstante é preciso ressaltar que a violação única e exclusiva da legislação trabalhista não se configura trabalho sujeito a

condições análogas a de escravo; é necessário que seus pressupostos estejam configurados, isto é, o trabalhador esteja sujeito a condições previstas no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, aliados ao fato de sua liberdade estar cerceada, sob pena de tornar arbitrária essa medida de combate ao trabalho escravo.

Enfim, a possibilidade de o escravocrata contemporâneo responder em todas as esferas do ordenamento jurídico representa um avanço para a erradicação do trabalho escravo no país, já que, com a aprovação da PEC 438/2001, estar-se-á preenchendo uma lacuna consistente no fato da impossibilidade de realmente se sancionar o escravocrata contemporâneo com a pena de confisco da propriedade. Efetiva-se a justiça para o trabalhador que foi sujeitado ao laboro em condições análogas a de escravo, respondendo o infrator por sua violação de conduta em todas as esferas competentes.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 438,** de 2001. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando fora da própria sombra:** a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2003, Porto Alegre. **Anais da oficina trabalho escravo:** uma chaga aberta. Brasília: OIT, 2003.

GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade.** São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

**TAINTED EVIDENCES ADMISSIBILITY IN CRIMINAL
PROCEEDINGS IN VIEW OF THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY**

Patrícia Gomes de Oliveira Rodrigues

Especialista em Direito Processual Penal pela
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC
Advogada

E-mail: patricia.gor@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA PROVA; 2.1 ASPECTOS GERAIS; 2.2 A PROVA NO PROCESSO PENAL; 2.3 O SISTEMA DA LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS; 3 DAS PROVAS INADMISSÍVEIS; 3.1 O ALCANCE DAS PROVAS INADMISSÍVEIS; 3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS; 3.2.1 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS; 3.3 DAS PROVAS ILÍCITAS; 3.3.1 SISTEMA CONSTITUCIONALISTA VERSUS SISTEMA LEGALISTA; 3.3.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA; 4 A PROVA ILÍCITA E SUA POSSÍVEL ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL. 4.1 APLICABILIDADE DAS REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 EVIDENCE; 2.1 GENERAL ASPECTS; 2.2 THE EVIDENCE IN CRIMINAL PROCESS; 2.3 EVIDENCES FREE APPRECIATION SYSTEM; 3 INADMISSIBLE EVIDENCES; 3.1 THE RANGE OF INADMISSIBLE EVIDENCES; 3.2 CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

OF VETO OF EVIDENCE ATTAINED THROUGH ILLEGAL WAYS; 3.2.1 TAINTED EVIDENCES AND ILLEGAL EVIDENCES; 3.3 TAINTED EVIDENCES; 3.3.1 CONSTITUTIONALIST SYSTEM VERSUS LEGALIST SYSTEM; 3.3.2 TAINTED EVIDENCES THROUGH DERIVATION - THEORY OF THE POISONED TREE FRUITS; 4 TAINTED EVIDENCE AND ITS POSSIBLE ADMISSIBLENESS IN CRIMINAL PROCESS; 4.1 RULES APPLICABILITY AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; 4.2 PROPORTIONALITY PRINCIPLE; 5 FINAL CONSIDERATIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: O presente estudo examina o instituto da prova ilícita, iniciando-se pelo sistema de avaliação do livre convencimento motivado. No que concerne ao assunto propriamente dito, a Lei Fundamental preconiza a vedação dos meios de prova obtidos ilicitamente, tendo a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, adotado o entendimento da relativização do texto constitucional, baseados no princípio da proporcionalidade, que deve ser o norteador das soluções das demandas apresentadas no meio jurídico, assim como, para os casos de prova ilícita por derivação.

Palavras-chave: Provas Ilícitas. Provas Ilícitas por Derivação. Princípio da Proporcionalidade. Processo Penal. Provas.

Abstract: The present review, assays the illicit proof institute, introducing by the free motivated conviction evaluation system. In what concerns about the issue itself, the Fundamental Law, professes the prohibition of the evidence expedients obtained in a illicit way, having the doctrine and the jurisprudence, in it's majority, adopted the constitutional text relativization understanding, based on the proportionality principle, wich has to be the header of the demands presented in the juristic expedient, good also to the cases of illicit proof by derivation.

Keywords: Ilicit Proofs. Ilicit Proofs by Derivation. Proportionality Principle. Penal Process. Proofs.

1 INTRODUÇÃO

A questão das provas ilícitas tem suscitado estudos de muitos processualistas e abrange uma problemática que diz respeito tanto ao processo penal quanto ao processo civil. Na verdade, o direito tem uma concepção unitária e sua divisão em ramos possui o intuito somente de facilitar o seu estudo, em virtude das especificações que cada ramo oferece. Portanto, o tema das provas ilícitas é o "calcanhar de Aquiles" do processo, abrangendo todas as suas

ramificações, todas as suas especialidades, seja ela penal, civil, administrativa, etc.

A Constituição Federal de 1988 ao estatuir, no inciso LVI, do art. 5º, que: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", permite concluir que a regra geral que vigora para o processo moderno é a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Assim, um julgamento baseado em provas ilícitas não se encontra em consonância com princípios como o do devido processo legal, o do contraditório, e o da ampla defesa que devem reger um processo.

O direito à produção de provas no processo, em particular no processo penal, deve sempre observar o direito ao contraditório e à ampla defesa, ambos corolários do princípio do devido processo legal. Com respeito ao primeiro, as provas deverão ser requeridas pelas partes, e se deferidas pelo Juiz, serão produzidas sob a fiscalização da parte contrária – com exceção daquelas requeridas antecipadamente por medida cautelar. Quanto à ampla defesa, as partes são livres para realizarem provas. Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa se complementam, formando um binômio de integração, pois se a parte participar de todas as fases do procedimento probatório, inevitavelmente sua defesa será mais eficaz.

Haverá situações em que o contraditório e a ampla defesa não terão uma convivência tão harmônica dentro do processo, pois um terá que prevalecer em certo momento enquanto o outro será postergado para uma ocasião posterior. Esse fenômeno processual ocorrerá quando o Juiz se deparar com a necessidade de se posicionar diante de uma prova obtida ilicitamente.

Nesse contexto, pode-se questionar o seguinte: o Juiz poderá indeferir de ofício, o requerimento de uma prova a princípio ilícita, interpretando literalmente o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna? Ou ainda, poderá optar pelo privilégio da ampla defesa em detrimento do contraditório ao deferir a prova ilícita?

Este artigo, na verdade, que se restringirá à seara processual penal, não tentará reafirmar a inadmissibilidade das provas ilícitas,

pois vã seria tal discussão sobre o tema, já que a Constituição Federal explicitamente preceitua essa negativa.

O objetivo, portanto, é esclarecer quando e de que modo a prova ilícita pode e deve ser admitida no processo penal, tendo como força de propulsão as seguintes questões: o Juiz pode admitir num processo penal uma prova ilícita, apesar do que prescreve a norma constitucional? Se houver uma conclusão de forma afirmativa, passa-se para a pergunta seguinte: em que casos a doutrina e a jurisprudência entendem que a admissibilidade dessa prova é cabível?

Esses questionamentos serão desenvolvidos utilizando o princípio da proporcionalidade como parâmetro, a fim de se esclarecer em quais circunstâncias a prova ilícita, bem como a prova ilícita por derivação são aceitas ou repudiadas quando produzidas no processo penal.

2 DA PROVA

2.1 Aspectos gerais

Provar vem do latim *probare* que significa ordinariamente demonstrar, tornar evidente, a verdade, a realidade, a autenticidade, etc.

Segundo Tourinho Filho (2003, v.3, p. 215):

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos introduzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Portanto, provar, juridicamente, e sob a ótica processual, é conseguir estabelecer na mente do Juiz um estado de certeza sobre

a existência ou inexistência, a veracidade ou falsidade de um fato, tornando evidente o que ocorreu na realidade.

O momento oportuno no processo para esse intento é durante a instrução, que nada mais é do que a fase processual em que as partes procuram demonstrar a veracidade de suas alegações. Essa fase constitui-se em quatro etapas: proposição ou indicação, admissão, produção e valoração.

2.2 A prova no processo penal

No processo penal, a instrução criminal se inicia com o interrogatório, após este, passa-se para a fase da defesa prévia, seguida pelos depoimentos das testemunhas de acusação e posteriormente as de defesa, conforme preceitua o art. 396 do CPP.

Como a finalidade do processo penal é reproduzir uma verdade jurídica a mais fiel possível da verdade fática, o objetivo das provas não seria outro, senão averiguar a verdade e formar a convicção do Juiz acerca dos elementos essenciais para o julgamento do litígio. Logo, é mister que antes ele tenha ciência e convença-se da existência ou não do fato – um acontecimento do mundo exterior – sobre o qual verse a lide.

Exemplificando, antes de julgar o ilícito penal proferindo uma sentença de mérito condenatória, o Juiz declara a existência da responsabilidade criminal e impõe uma sanção penal a determinada pessoa, após restar convencido de que os fatos apurados, durante a instrução, são verdadeiros, isto é, que realmente cometeu-se um ilícito penal e que o réu é seu autor.

O papel das partes e até de terceiros, como testemunhas, peritos, e excepcionalmente do Juiz, etc., é produzir as provas, isto é, reproduzir os fatos na instrução, objetivando demonstrar a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu.

2.3 O sistema da livre apreciação das provas

O Código de Processo Penal Brasileiro disciplina os meios de prova, com previsão desde o art. 158 até o art. 250. Tais dispositivos

evidenciam a adoção do sistema de livre apreciação das provas, também conhecido como sistema do livre conhecimento, da persuasão racional ou simplesmente princípio da verdade real. Tal princípio teve suas raízes na França do século XIX.

Segundo esse sistema, ao Juiz é permitido formar sua convicção pela livre apreciação das provas de acordo com a sua consciência e ciência. São admitidos, de modo geral, todos os meios de provas produzidos no processo, para serem examinados e apreciados pelo julgador na busca da verdade real.

Nessa apuração, todas as provas são relativas, isto é, nenhuma delas tem valor decisivo ou um valor superior às demais, ao contrário do sistema adotado pela legislação processual anterior ao Decreto-lei n.º 3.689, de 03/10/41 – atual Código de Processo Penal – que traduzia o sistema da verdade formal ou legal, no qual, a lei determinava o valor de cada prova disposta numa hierarquia axiológica que não permitia ao Juiz liberdade para apreciá-la conforme sua convicção.

Já no sistema da livre persecução racional, a produção das provas pelas partes, assim como a conseqüente escolha, aceitação e valoração pelo Juiz, tende a ser a mais ampla possível.

Verifica-se como corolário lógico desse princípio, a necessidade de fundamentação da decisão, com a indicação da prova que serviu de base à *decisum*, por isso fala-se no princípio do livre convencimento motivado. Portanto, embora o Estado-Juiz esteja livre para apreciar as provas, sua convicção deve ficar adstrita às constantes nos autos, isto é, ele não pode fundamentar sua decisão em elementos estranhos aos autos, de acordo com o brocardo *quod non est in actis non est in mundo* – o que não está nos autos não está no mundo.

Como o CPP não traz restrições ao princípio da liberdade das provas, ao contrário do que dispõem outros diplomas processuais estrangeiros, é majoritário na doutrina o entendimento de que os meios de provas permitidos na legislação brasileira não se restringem aos contidos nos artigos do CPP, pois apesar da

enumeração extensiva, não há uma taxatividade dos meios de provas.

Além destes, admitem-se aqueles não expressamente previstos, as chamadas provas inominadas. As partes teriam ampla liberdade para utilizá-las. Assim, tanto na investigação criminal, quanto na fase instrutória do processo admitem-se todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias.

Na verdade, seria ilógico estabelecer qualquer limitação à prova enquanto vigora na persecução criminal o princípio da verdade real. O Juiz, na seara penal, para exercer a devida prestação jurisdicional, deve primeiramente estar convicto da veracidade ou não dos acontecimentos no processo criminal, pois este objetiva a verdade dos fatos, como eles aconteceram na realidade. O acontecimento real deve ser reconstituído no processo, de forma que o juízo, ao menos, para a condenação será sempre de certeza, jamais de dúvida.

3 DAS PROVAS INADMISSÍVEIS

3.1 O alcance das provas inadmissíveis

Percebe-se que a liberdade das provas no processo penal não vigora de forma absoluta, de molde a permitir todas e quaisquer espécies de meios probatórios, haja vista que há exceções que devem ser razoavelmente justificadas, como o que dispõe o art. 155 do CPP, *in verbis*: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.

Deste modo, exige-se a certidão de nascimento como prova de que o acusado era menor ao tempo do crime, para fins de aplicação da circunstância atenuante do art. 65, I do CP ou para a redução do prazo de prescrição prevista no art. 115 do CP.

Vem a corroborar com essa idéia o verbete n.º 74 da Súmula do STJ: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Há diversos outros limites dispostos na lei processual, a doutrina os elege com proficiência (TOURINHO FILHO, 2003, v.3, p. 224):

[...] o Juiz penal não pode determinar a realização de provas a respeito de questões prejudiciais heterogêneas (CPP, arts. 92 e 93); o Juiz penal não pode fazer pesquisa sobre a validade ou invalidade da sentença declaratória da falência (cf. CPP, art. 511). A reincidência só se prova mediante certidão da sentença condenatória com a nota explicativa de haver transitado em julgado. O Juiz penal não pode decretar extinta a punibilidade pela morte do agente, se não for juntada aos autos a respectiva certidão de óbito, nos termos do art. 62 do CPP. Outras restrições existem, haja vista as normas que se contêm nos arts. 207, 233, 243, §2º, e 158 do CPP. Acrescente-se, ainda, a exigência da cópia do decreto para o reconhecimento da graça ou indulto (art. 192 da LEP), das certidões e atestados referidos nos incs. I, II e III do art. 744 do mesmo estatuto, da autenticação e legalização da sentença estrangeira para ser homologada (CPP, art. 788).

Às vezes é o tempo que exerce influência na liberdade da prova. Assim, se o órgão da acusação ou o querelante não arrolar testemunhas quando da oferta da denúncia ou queixa, nos termos do art. 41 do CPP, não mais poderá fazê-lo. Diga-se o mesmo a respeito da Defesa, se deixar de aproveitar a oportunidade de que trata o art. 395 do CPP. É bem verdade que, nesses casos, bem pode o Juiz fazer suas testemunhas arroladas serodidamente... [...] Outras vezes a lei impede que se produza determinada prova em certa fase procedimental; é o que ocorre nos processos de crimes da competência do júri: na fase das alegações nenhum documento será juntado aos autos (CPP, art. 406, §2º). O art. 475 do mesmo estatuto proíbe a leitura em plenário de documento cujo conteúdo não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência mínima de 3 dias, se relacionado com o fato objeto do processo.

Segundo os juristas, além das diversas normas que integram o CPP, há princípios constitucionais dispostos ao longo do art. 5º da Carta Magna que protegem a moralidade e a dignidade humana e funcionam como limitadores do princípio da liberdade probatória.

A doutrina também não considera admissível a prova que afrontar o direito de defesa.

3.2 Princípio constitucional da vedação da prova obtida por meios ilícitos

3.2.1 Provas ilícitas e provas ilegítimas

O princípio da liberdade probatória, por não ser irrestrito, faz surgir, inevitavelmente, na abordagem sobre o tema, referência a expressões como: provas ilícitas, provas ilegítimas, provas obtidas ilícitamente ou ilegalmente, etc. A doutrina, por vezes, estabelece uma distinção entre ilicitude e ilegitimidade das provas.

É consenso entre os estudiosos da ciência jurídica que as provas ilícitas são aquelas produzidas no processo com infringência às normas de direito material – em transgressão às normas de Direito Civil, Administrativo, etc.–, como a prova obtida em desobediência ao art. 146 do Código Penal, que assim determina:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Ressalta-se a lição de Capez, (2003, p. 254) a respeito da prova ilícita:

Prova ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Deste modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida mediante a prática de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do

crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante. Outrossim, pode ocorrer de a prova não ser obtida por realização de infração penal, mas considerada ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso de uma gravação de conversa telefônica que exponha o outro interlocutor a um vexame insuportável, colidindo como o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X). Pode também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É o caso da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros.

Elas não se confundem com as provas ilegítimas e nem com as ilegais. As provas ilegítimas são aquelas obtidas com desrespeito às normas de direito processual, são produzidas no processo com violação a artigos, como o art. 233, 406, § 2º, 207, 155, 158, 564, III, b, todos do CPP:

Art. 233: As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Art. 406 do CPP: Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público pelo prazo de 5 (cinco) dias, e , em seguida por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu. Parágrafo 2º: Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.

Art. 207 do CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 155 do CPP: No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil.

Art. 158 do CPP: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 564 do CPP: A nulidade ocorrerá nos seguintes

casos: inciso III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167.

Nesse diapasão, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies seriam as ilegítimas e as ilícitas. Portanto, as provas ilegais são aquelas obtidas com desrespeito às normas de direito material ou de direito processual, isto é, com violação ao ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 estatui no inciso LVI, do art. 5º, que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Esse preceito veda qualquer prova obtida com violação às normas de direito material e constitucional. Deste modo, a discussão doutrinária sobre a natureza da prova ilícita e da ilegítima torna-se estéril, pois, embora a prova seja ilegítima, se ela tiver sido obtida ilicitamente, ou seja, através de meios criminosos, incluir-se-á no rol de provas ilícitas.

Sobre o assunto, Paulo Rangel (2004, p. 352) bem esclarece que:

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade real – porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A prova é um direito subjetivo constitucional assegurado através do princípio do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade real e do contraditório, pois contradizer é dizer e provar o contrário.

Assim, a liberdade da prova encontra limites, restrições e vedações pelo próprio legislador, e, uma delas, além das que vimos acima, tem assento constitucional: inciso LVI do art. 5º.

3.3 Das provas ilícitas

A problemática do uso das provas obtidas ilicitamente no processo não se encontra tão pacífica na doutrina, justamente porque a partir do advento da atual Constituição, o nosso ordenamento jurídico processual penal adotou o sistema constitucionalista e as teses anteriormente aceitas tiveram que ser reformuladas.

A prova ilícita passou a ser considerada prova inidônea, imprestável, sem eficácia jurídica. É uma prova que não pode ser utilizada, em regra, no processo para qual foi produzida, pois sua ilicitude afrontou a norma constitucional da inadmissibilidade.

Como bem ensina o eminente Luiz Flávio Gomes (2003, p. 480):

[...] a prova ilícita, entre nós não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, [...].

3.3.1 Sistema constitucionalista versus sistema legalista

A prova ilícita como sendo a que viola regra de direito material pode ser analisada sob a ótica de dois sistemas: o legalista e o constitucionalista.

No sistema jurídico brasileiro, em relação às provas ilícitas preponderou desde a vigência do Código de Processo Penal de 1941 até o final da década de setenta o sistema legalista, também conhecido como sistema do *male captum, bene retentum*, primazia do interesse da sociedade sobre o do indivíduo.

De acordo com esse sistema, a prova ilícita era admitida no processo penal, pois sendo considerada válida, não era desentranhada do processo, mas em contraposição, o responsável pela ilicitude da prova deveria ser devidamente sancionado, através

de um processo penal ou administrativo em que se apuraria a ilicitude da prova e a responsabilidade do agente. Malgrado, esse procedimento específico em nada prejudicaria na admissibilidade e validade da prova no processo.

No sistema legalista vigoravam três princípios: o do **livre convencimento**, o Juiz podia apreciar livremente as provas; o da **fé pública**, eram presumidas verdadeiras todas as provas produzidas pelas autoridades públicas, cabendo ao interessado a prova de sua invalidade e o da **veracidade da prova**, no qual a prova era analisada pela força de convencimento que tinha, sem ser levada em consideração sua obtenção.

A passagem do sistema legalista (da admissibilidade) para o constitucionalista (da inadmissibilidade) ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal determinou, pela primeira vez em 1977, o desentranhamento do processo de fitas gravadas clandestinamente (RTJ 84/609).

O legislador constituinte de 1988 adotou o sistema constitucionalista para o sistema jurídico brasileiro ao incluir na Suprema Carta a regra da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, de acordo com o art. 5º, inciso LVI.

Com o reconhecimento da ilicitude de uma prova é necessária sua imediata exclusão dos autos do processo, pois esse sistema compara a prova ilícita ao ato inexistente, não permitindo que permaneça no processo sob o risco de influenciar o convencimento do Juiz. Melhor seria que sequer fosse juntada, para não produzir qualquer influência, seja decisória, seja probatória. Caso seja juntada aos autos, a prova ilícita deve ser desentranhada por força da regra de exclusão – *exclusionary rule* – que resguarda o respeito aos direitos individuais constitucionalmente assegurados.

São exemplos de provas ilícitas: a audição de conversa privada por interferência mecânica de telefone; a utilização de micro gravadores dissimulados; a interceptação telefônica sem autorização judicial; a fotografia de pessoa em sua privacidade; a

confissão obtida por meios condenáveis como a tortura psíquica; a busca e apreensão sem fundamentação e ainda a inviolabilidade domiciliar durante o dia e sem autorização judicial.

Flávio Gomes (2003, p. 478) ensina com maestria que:

[...] Não há dúvida que ela pode influenciar o processo *decisional* (decisão íntima do juiz) e não figurar (uma linha sequer) no processo *justificativo*. O juiz pode se convencer da culpabilidade do imputado em razão das provas ilícitas, e não fazer nenhuma menção a elas depois no momento da *justificação*.

A decisão se torna *ex ante*; a justificação é um processo *ex post*. Como o juiz deve apresentar motivos razoáveis (que passarão pelo controle dos tribunais), parece certo que nunca fará qualquer referência a tais provas (viciadas), embora elas possam ter tido influência incontestável (insuperável) no processo mental decisório.

[...]

O Tribunal não reúne capacidade para fiscalizar que se passa no foro íntimo do juiz. Não existe possibilidade de controle da sua liberdade interior. O Tribunal só examina o que o juiz explicitou. Logo, convém que ele fique distanciado (física e materialmente) das provas ilícitas. Com ela não pode ter nenhum contato. Do contrário, há de contaminação assim como de uma segunda grave violação dos direitos fundamentais (cf. Luis Rodriguez Sol, *Registro domiciliário y prueba ilícita*, Granada, Comares, 1998, p. 306 *et seq.*).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sendo proferida nesse sentido e a exemplo:

105001264 – I. HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITAS – 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação à pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI); considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto

do processo (CF, art.5º LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. PR. Pen., art. 6º, V), se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição. Além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art.186 C. PR. Pen.– importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita

em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 00026).

3.3.2 Provas ilícitas por derivação – teoria dos frutos da árvore envenenada

Além da negativa por imperativo constitucional da admissão das provas obtidas ilicitamente, o STF ampliou essa proibição adotando a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

A Corte Suprema ao ser provocada a se posicionar sobre a prova ilícita entendeu que ela não tem o condão de gerar a nulidade de todo o processo em que está contida, pois não há previsão constitucional nesse sentido. Destarte, o Tribunal Constitucional delimitou a extensão da inadmissibilidade das provas ilícitas, decidindo que o efeito dessa inadmissibilidade contamina apenas as provas derivadas das provas ilícitas adotando a teoria supracitada.

Essa doutrina também conhecida como *fruits of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine* – teoria dos frutos da árvore envenenada – na verdade foi adotada originalmente pelos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, com a repercussão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920), quando a Corte norte-americana decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas que, embora lícitas, derivaram de uma prova obtida por meios ilícitos – ou seja, são aquelas que decorreram de uma prova colhida em desrespeito às normas de direito material – de forma que não

poderiam ser utilizadas no processo, pois foram contaminadas pelo vício da ilicitude. Esse vício atinge todas as provas subseqüentes, mesmo que lícitas, mas que provieram de uma ilícita; permanecendo válidas as demais provas que foram produzidas independentemente da prova considerada ilícita.

O Código de Processo Penal em consonância com essa teoria dispõe no § 1º, do art. 573, *in verbis*: “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”.

Em síntese – para a doutrina e a jurisprudência majoritárias – as provas ilícitas por derivação, assim como as ilegítimas e as diretamente ilícitas compreendem as provas que não são admitidas no processo, de acordo com o entendimento extraído do artigo 5º, inciso LVI da CF/88.

Com razão, de nada adiantaria vedações à admissibilidade de prova, se informações dela proveniente pudessem ser obtidas através de condutas infringentes ao ordenamento jurídico e utilizadas no convencimento do magistrado.

4 A PROVA ILÍCITA E SUA POSSÍVEL ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL

4.1 Aplicabilidade das regras e princípios constitucionais

O artigo 5º da Constituição Federal elenca uma série de direitos e garantias individuais fundamentais do homem que são alçados à categoria de princípios constitucionais. O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está inserido dentre esses direitos que resguardam os bens jurídicos fundamentais para a dignidade humana.

Esse princípio fundamenta-se no Estado Democrático de Direito que o protege juridicamente. Nessa visão, Paulo Rangel (2004, p 414) assegura que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que **não admite** a prova do

fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados). Os direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição possuem características próprias. São elas: *naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis e universais.*

Os princípios são espécies do gênero norma, em cujo conteúdo não há a descrição de situações jurídicas; não havendo, portanto, enunciação de fato, nem a aplicação de uma sanção, mas a prescrição de um valor a ser otimizado, como ocorre com as normas constitucionais de direitos fundamentais.

Já as outras espécies de normas, as regras, se reportam a um fato, ou seja, em seu conteúdo há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da conseqüência jurídica de sua ocorrência. A exemplo, tem-se as normas infraconstitucionais.

Os princípios envolvidos em determinado caso concreto devem ser temporizados, pois os valores neles contidos não são absolutos, e como fazem referência direta a valores, têm um grau bem mais alto de generalidade – abrange mais indivíduos – do que a mais geral das regras. A regra é aplicável ou não. Já o princípio, admite uma graduação em sua aplicabilidade. A este atribui-se um grau de abstração maior do que o da regra, podendo ser aquele aplicado não a uma, mas a várias situações fáticas.

O conflito entre regras resulta em uma antinomia jurídica, em um excesso normativo. Quando há duas ou mais regras dispostas sobre o mesmo fato, a solução está em se aplicar uma, excluindo as outras.

Em relação aos princípios, não se pode falar em antinomia, pois não há atrito. Para resolver um aparente conflito, faz-se um sopesamento, isto é, uma ponderação axiológica entre eles. Nesse

sentido, não se aplica uma lógica de exclusão, mas de dialética – síntese. Pois eles estão em constante estado de colisão uns com os outros. Tal situação diz respeito à característica própria dos mesmos, que é a relatividade. Assim, sabe-se que princípios não entram em choque diretamente, pois são compatibilizáveis entre si. A solução está em privilegiar um, sem que isso importe na exclusão dos demais, que terão sua efetividade para aquela determinada situação diminuída – e não anulada – a fim de que o princípio acolhido prepondere.

Destarte, a maioria dos doutrinadores constitucionalistas entende que a rigidez da inadmissibilidade das provas ilícitas, por ser um princípio constitucional, não pode ser aplicada de forma absoluta. A prova ilícita será admitida no processo de forma excepcional, quando o bem jurídico a ser protegido for mais importante do que o outro bem violado pela prova.

Por exemplo, quando há colisão entre dois valores: a inocência do réu – o bem protegido, no caso, é a liberdade – e o direito à intimidade, para que o primeiro seja comprovado o último terá que ser violado, pois a tutela do direito à liberdade do indivíduo é um valor mais importante para a sociedade do que a tutela do direito à privacidade.

Alexandre de Moraes (2004, p. 127) profere entendimento salientando:

[...] que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Insta ressaltar que, no processo penal, vigora o princípio da verdade real, a verdade que está no processo deve se aproximar

o máximo possível da fática. Pode ocorrer, no entanto, quando estritamente necessária para a defesa do réu, que essa aproximação só se consiga através da aceitação no processo de provas ilícitas.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2004, p. 422) assim assevera:

A regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção em os bens jurídicos que se contrastam.

A questão colocada acima recebe solução diferente na doutrina pátria, entendendo tratar-se de verdadeira causa de **exclusão da ilicitude** a conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade.

Assim, surge em doutrina a **teoria da exclusão da ilicitude**, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.

Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto.

Desta forma, é admissível a prova colhida (aparente) infringência às normas legais, deste que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode resultar na admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos no processo – a despeito do que estatui a Carta Magna – com a desconsideração da ilicitude da prova em prol do direito imprescindível de se provar a inocência do acusado.

4.2 Princípio da proporcionalidade

No século XX ocorreu a passagem do antigo para o novo Estado de Direito. O velho Estado de Direito ou Estado Legalista

era o Estado dos Códigos, entendia-se que a lei tinha presunção absoluta de constitucionalidade, tanto no aspecto formal quanto no material, a feitura das leis pelo legislador era inquestionável e não havia controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

A legalidade foi utilizada para respaldar a ditadura na América Latina, surgindo ditaduras militares – inclusive no Brasil – que se legitimaram por esse princípio, sendo uma ameaça aos direitos fundamentais. Assim, a liberdade era vista apenas sob o aspecto negativo, era liberdade somente fazer o que a lei não proibia.

O novo Estado de Direito, ou Estado Constitucionalista, também conhecido como Estado Democrático de Direito privilegia o culto à Constituição. Os princípios que consagravam os direitos fundamentais passaram a ser vistos como normas que devem ser aplicadas e interpretadas.

A interpretação dos princípios é mais complexa, porque estes contêm valores e não um caso fático, e a ciência própria para tal mister fica a cargo da nova hermenêutica, desta feita constitucional.

Sendo pressuposto desta nova hermenêutica, a diferença entre regras e princípios, pode-se ainda ratificar, de forma sucinta, as seguintes diferenciações, como exposto acima:

a) Quanto ao conteúdo de informação

A regra se reporta a um fato que prevê conseqüências que podem ser a conduta ou a sanção. O princípio já não traz a enunciação de um fato ou de uma conduta devida, muito menos da aplicação de uma sanção, mas a de um valor a ser otimizado (realização do valor em grau máximo dentro de certas condições jurídicas), por isso o princípio pode chegar ao seu grau máximo de abstração, não esquecendo que são também bem mais gerais do que as regras.

b) Quanto à técnica de aplicação

Para a solução de um caso concreto aplica-se uma só regra, há submissão do fato a uma disposição normativa, a subsunção

do fato à norma. Enquanto em relação aos princípios, faz-se uma ponderação axiológica.

A aplicação dos princípios se dá através da proporcionalidade, pois o conflito entre os mesmos é uma falsa antinomia, não há exclusão como ocorre na aplicação das regras, mas um sopesamento.

O princípio da proporcionalidade, do alemão *Verhältnismässigkeit*, também conhecido como vedação de excesso, obteve grande repercussão na jurisprudência germânica, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). E são os doutrinadores germânicos e suíços que mais contribuíram para a difusão e aplicação dessa teoria.

Esse princípio pertence aos princípios albergados pela Constituição, tem como função a proteção da liberdade dos direitos fundamentais, por isso está vinculado ao Direito Constitucional. É uma norma de sobredireito, pois é uma norma que incide sobre outras.

Paulo Bonavides (2003, p. 425) esclarece:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. [...] Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade para proteção do direito de defesa, ambos garantidos pela Constituição, na seara do processo penal, encontra guarida na jurisprudência e na doutrina, quando for necessário invocar o princípio do *favor rei* – em favor do réu:

[...] o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão recente, proferida em 16.09.1992, que versava

sobre processo criminal por lesões corporais graves, onde se admitiu uma fita contendo gravação de uma conversa telefônica ocorrida entre a ré e a vítima do processo, realizada pela própria acusada, entendeu que “o direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado ‘critério da proporcionalidade’ consagrado pelos tribunais alemães”. (AVOLIO, 2003, p. 68).

A jurisprudência do STF é uníssona no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve ser aceito para a admissibilidade das provas ilícitas somente *pro reo*. Já que o direito de provar a inocência se sobrepõe ao interesse estatal de punir condutas típicas.

Na compreensão de Magalhães Filho (2002, p. 230):

O princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, já que somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia. O princípio da proporcionalidade é aquele que constitui a unidade e a coerência da Constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto. O referido princípio, por ter uma natureza híbrida, reúne características de princípio e de regra. As características de princípio são o alto grau de generalidade e de abstratividade e a fundamentabilidade. [...].

[...].

O princípio da proporcionalidade tem posituação implícita na Constituição, pois é subprincípio do princípio do Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito é aquele no qual o ente estatal persegue seus fins, limitado não apenas pela lei (princípio do Estado de Direito), mas também pela dignidade de cada pessoa humana concreta (princípio democrático sobre a perspectiva substancial). Além disso, o princípio da proporcionalidade é uma exigência para a aplicação dos direitos fundamentais, e, assim, uma condição de normatividade dos preceitos que os definem.

[...].

O princípio da proporcionalidade surge como uma necessidade de viabilizar a aplicação em maior grau do princípio preferido e em menor grau dos princípios preteridos, evitando que a excessiva obediência ao primeiro acarrete na exclusão dos demais. É considerado por essa razão o princípio dos princípios, também denominado de mandamento da proibição de excesso, pois tem como função preservar os direitos fundamentais garantindo uma solução dialética entre os mesmos, no caso concreto. É o fundamento formal da unidade da Constituição, é o que procedimentaliza as normas constitucionais de direitos fundamentais – princípios –, pois todas têm como fonte ética a dignidade da pessoa humana – fundamento material da unidade da Constituição.

Sua hipótese de incidência é a colisão de valores. Contém uma bipolaridade de dois elementos: os meios – são os diversos modos de se ponderar os princípios – e os fins, que são as metas ou programas a serem realizados, os vetores últimos a serem concretizados de acordo com o que estatui o preâmbulo da Constituição. Pois, embora não esteja explícito na Carta Magna, ele é uma exigência da fórmula política – Estado Democrático de Direito – adotada pelo Constituinte de 1988.

No contexto da admissibilidade das provas ilícitas, esta deve ser resolvida em cada caso concreto – mesmo diante do que reza a Constituição – à luz do princípio da proporcionalidade, pelo qual deve o aplicador da lei, aqui como em tudo mais, deixar-se guiar.

Portanto, utilizar o princípio da proporcionalidade não significa aceitar todas as provas ilícitas, nem proibi-las pelo simples fato de serem ilícitas. Deve haver um sopesamento entre os bens jurídicos atingidos, pois, por diversas vezes, um direito ofendido pela prova ilícita tem diminuta importância em face de outro direito que essa mesma prova ilícita almeja resguardar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Soa o inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Até o advento da Carta Magna de 1988 não havia qualquer regra que impedisse a produção em juízo de prova obtida através de transgressões às normas de direito material. A partir de então, toda e qualquer prova colhida por meios ilícitos, não seria admitida em juízo, mesmo que essa inadmissibilidade causasse prejuízo para a apuração da verdade.

Pois, diante de um Estado Democrático de Direito, a busca da verdade material, durante a persecução penal, encontra limitações impostas pelo próprio sistema jurídico.

A persecução penal, dando ênfase principalmente ao processo (que é o instrumento de atuação da jurisdição), não pode se desenvolver infringindo direitos consagrados como valores fundamentais para a dignidade humana.

Portanto, o legislador constituinte brasileiro guiado por esse raciocínio, preteriu o interesse estatal quanto à repressão, em favor do respeito à dignidade humana, à tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como por exemplo, o direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio e de correspondência, etc.

A Constituição Federal de 1988 ao estatuir a inadmissibilidade de provas por meios ilícitos a coloca aparentemente como um tema irrefutável.

Entretanto, a falseada característica de absolutoriedade da norma desfaz-se diante da inegável natureza principiológica desse mandamento negativo, pois se trata de uma norma constitucional de direito fundamental.

Os princípios são normas jurídicas em cujo conteúdo não há descrição de situações fáticas, mas a prescrição de um valor. Por fazer uma referência direta a valores, eles têm um grau bem mais alto de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras.

Por isso, os princípios não entram em conflito, ensejando que o aplicador do Direito escolha um, excluindo os demais.

Pode-se afirmar que não é a regra proibitiva da admissibilidade das provas ilícitas que determina que as pessoas culpadas da prática de um delito fiquem impunes, mas as garantias que a própria Constituição resguarda; se, hipoteticamente, a sociedade abrisse mão de algumas dessas garantias que tutelam o direito do indivíduo, haveria menos garantias enunciadas na Constituição e mais criminosos estariam cumprindo sua pena.

Assim, caberá à doutrina e principalmente à jurisprudência se posicionar diante das inúmeras questões que surgirem quando o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal colidir com outros princípios que resguardam bens jurídicos não menos importantes como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a privacidade, a ampla defesa, etc., fazendo uso de uma ponderação axiológica viabilizada pela proporcionalidade que representa para o ordenamento jurídico o mesmo que a balança representa para o Direito.

6 REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

_____. **Código penal**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 80949**, da 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 17 fev. 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 92, n. 809, p. 471-484, mar. 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Unidade axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

_____. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.

DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA

DEMOCRACY, CULTURE AND POLITICAL BEHAVIOR: A BRAZILIAN STATUS ANALYSIS

Ana Paula Silva Santos

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Inspetora de Polícia Civil do Estado do Ceará

E-mail: anapaulinhass@bol.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO DE DEMOCRACIA E BREVE HISTÓRICO DO SEU ESTABELECIMENTO NO BRASIL; 3 DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA; 3.1 CULTURA POLÍTICA: CONCEITO, HISTÓRIA E VISÃO BRASILEIRA; 3.2 DESCRÉDITO NAS INSTITUIÇÕES; 3.3 TIPOLOGIA DO ELEITORADO BRASILEIRO; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 DEMOCRACY CONCEPT AND A BRIEF HISTORY OF ITS ESTABLISHMENT IN BRAZIL; 3 DEMOCRACY, CULTURE AND POLITICAL BEHAVIOR: A BRAZILIAN STATE ANALYSIS; 3.1 POLITICAL CULTURE: CONCEPT, HISTORY AND BRAZILIAN VIEW; 3.2 DISCREDIT IN INSTITUTIONS; 3.3 BRAZILIAN ELECTORATE TYPOLOGY; 4 CONCLUSIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: O estudo da política brasileira no âmbito da cultura e comportamento jurídico influenciados pelas desigualdades sociais e econômicas se mostra de suma importância vez que a democracia estabelecida no País se demonstra ainda instável, haja vista o crescente descontentamento do povo com a administração da máquina pública, os inúmeros casos de corrupção e os problemas sociais, denotando verdadeiro desinteresse popular na vida política e acarretando descrédito nas instituições governamentais.

Palavras-chave: Democracia. Política. Cultura. Brasil. Instituições governamentais

Abstract: The study of the Brazilian politics in the extent of the culture and juridical behavior influenced by the social and economical inequalities is shown

DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA

DEMOCRACY, CULTURE AND POLITICAL BEHAVIOR: A BRAZILIAN STATUS ANALYSIS

Ana Paula Silva Santos

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Inspetora de Polícia Civil do Estado do Ceará

E-mail: anapaulinhass@bol.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO DE DEMOCRACIA E BREVE HISTÓRICO DO SEU ESTABELECIMENTO NO BRASIL; 3 DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA; 3.1 CULTURA POLÍTICA: CONCEITO, HISTÓRIA E VISÃO BRASILEIRA; 3.2 DESCRÉDITO NAS INSTITUIÇÕES; 3.3 TIPOLOGIA DO ELEITORADO BRASILEIRO; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 DEMOCRACY CONCEPT AND A BRIEF HISTORY OF ITS ESTABLISHMENT IN BRAZIL; 3 DEMOCRACY, CULTURE AND POLITICAL BEHAVIOR: A BRAZILIAN STATE ANALYSIS; 3.1 POLITICAL CULTURE: CONCEPT, HISTORY AND BRAZILIAN VIEW; 3.2 DISCREDIT IN INSTITUTIONS; 3.3 BRAZILIAN ELECTORATE TYPOLOGY; 4 CONCLUSIONS; 5 REFERENCES.

Resumo: O estudo da política brasileira no âmbito da cultura e comportamento jurídico influenciados pelas desigualdades sociais e econômicas se mostra de suma importância vez que a democracia estabelecida no País se demonstra ainda instável, haja vista o crescente descontentamento do povo com a administração da máquina pública, os inúmeros casos de corrupção e os problemas sociais, denotando verdadeiro desinteresse popular na vida política e acarretando descrédito nas instituições governamentais.

Palavras-chave: Democracia. Política. Cultura. Brasil. Instituições governamentais

Abstract: The study of the Brazilian politics in the extent of the culture and juridical behavior influenced by the social and economical inequalities is shown

of addition importance time that the established democracy in the Country is still demonstrated unstable, have seen the crescent dissatisfaction of the people with the administration of the public machine, the countless cases of corruption and the social problems, denoting true popular indifference in the political life and carting discredit in the government institutions.

Keywords: Democracy. Political. Culture. Brazil. Government institutions.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo explicar e analisar a política brasileira no âmbito da cultura e comportamento jurídico influenciados pelas desigualdades sociais e econômicas, outrossim, aborda também conceitos de democracia e cultura política situando ambos os temas historicamente.

Em um primeiro momento, conceitua a democracia em todos os seus termos e explica o processo de redemocratização do Brasil após a ditadura militar.

Em um segundo instante, realizou-se uma análise da situação brasileira no que concerne à cultura política, a desconfiança dos eleitores nas instituições governamentais e o perfil do eleitor brasileiro, apontando os possíveis porquês de cada um deles.

2 CONCEITO DE DEMOCRACIA E BREVE HISTÓRICO DO SEU ESTABELECIMENTO NO BRASIL

Democracia, palavra que provém do grego *demokratia*, é a “forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo” (Dicionário Globo, 1989).

Exteriorizar um conceito mais amplo é uma tarefa um tanto difícil, uma vez que, em recente estudo levado a efeito pela UNESCO revelou-se a existência de, pelo menos, 250 definições.

O fato é que não haverá democracia onde não houver a participação permanente e consciente do governado, onde este exigirá do governante a melhor orientação e administração da máquina pública. Falar em democracia não significa mencionar o

governo do povo, mas o governo para o povo, como os romanos “tão bem sintetizaram com esta elegante expressão: *populari potentia*” (Acquaviva, 2000, p. 214).

A título de informação, mas sem adentrar no assunto por ser estranho ao presente estudo, apontam-se as espécies de democracia que são em três: a direta ou clássica, a representativa e a semidireta.

Em seu estudo sobre o assunto, Marcus Cláudio Acquaviva (2000, p. 214) conclui brilhantemente:

Num mundo em que as realidades palpáveis se fazem cada vez mais candentes, as abstrações do passado vão, paulatinamente, mas inexoravelmente, perdendo terreno. Belas ficções, transformadas em dogmas da política, começam a perder o encanto original. O súdito, o cidadão, o homem abstrato vão deixando o seu lugar para um ser totalmente novo, o homem situado, que Georges Burdeau, com muita graça, descreve em seu precioso opúsculo sobre a democracia. Então o que vem a ser democracia? Democracia é o processo político que autoriza a permanente participação, livre e consciente, direta ou indireta, da comunidade, nas deliberações dos governantes.

Atualmente no Brasil ela — a democracia — não se perfaz somente através dos governantes, mas muitas vezes pelos próprios governados.

Admite-se a utilização esporádica da intervenção direta dos administrados em determinadas deliberações governamentais que compreendem basicamente os seguintes institutos: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Some-se a isto o fato de haver eleições diretas para os cargos dos poderes Legislativo e Executivo e que os votos são computados de forma linear e com o mesmo valor, independentemente de qualquer fator, a saber: religião, riqueza, sexo, etc.

Ocorre que nem sempre foi assim. Foi o caso do episódio ocorrido em 1964 e que perdurou até o início da década de 80 em

que as Forças Armadas destituíram o Chefe do Poder Executivo e assumiram o governo do País sem a participação popular.

Meados da década de 80, período em que as Forças Armadas já não governava o País, foi instituída a Assembléia Nacional Constituinte.

Em 1988, encabeçada por Ulisses Guimarães, foi promulgada a Constituição Federal que restabelecia definitivamente a democracia no Brasil instituindo inclusive as cláusulas pétreas — normas que não podem ser modificadas através de emenda à Constituição.

De lá pra cá muitas modificações foram realizadas na Carta Magna. Há quem fale que hoje está vigendo uma Constituição diferente da promulgada em 1988.

O fato é que a democracia estabelecida no País ainda demonstra instabilidade, uma vez que o crescente descontentamento do povo com a administração da máquina pública, a incessante corrupção e os problemas sociais e econômicos perduram insistentemente.

3 DEMOCRACIA, CULTURA E COMPORTAMENTO POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA

Para muitos doutrinadores a idéia de democracia está consolidada nos países que a adotam. Naqueles que ainda não a experimentaram, afirmam estes estudiosos que é apenas uma questão de tempo para sua implantação, já que representa a forma ideal de governo.

Afirmam ainda que na América Latina e especialmente no Brasil o pensamento da política democrática é irreversível e “também se destaca como eixo permanente (re)construção”. (BAQUERO, 2001, p. 92).

Ocorre que estas afirmações não condizem com a realidade já que se experimentam dificuldades de resolução dos problemas sociais, econômicos e políticos, além da clara impotência para solucionar a corrupção.

A democracia não pode ser considerada inteiramente irreversível como dito acima, nem estável.

Decerto não há, pelo menos à primeira vista, nenhuma movimentação das Forças Armadas no sentido de restabelecer o poder autoritário, mas o quadro de reversibilidade da democracia é demonstrado na sua imensa fragilidade de resolução de problemas que lhe são apresentados.

Consoante Marcelo Baquero (2001), o conceito de democracia “se fundamenta na noção de representatividade, o seu fortalecimento depende da confiança depositada pelos cidadãos nos processos eleitorais e nos sistemas de construção partidária”.

Entretanto esta não é a realidade. O que ocorre é a extrema instabilidade gerada pelos elevados índices de insatisfação com os governantes.

Vários são os elementos desencadeadores do descontentamento dos governados, dentre eles Marcelo Baquero (2001, p. 93) aponta os seguintes:

- Uma crescente perda de rendas e reduções salariais;
- Uma crescente desigualdade de riqueza;
- Uma decadência da infra-estrutura política;
- Um aumento da criminalidade;
- Serviços materiais essenciais deficientes (saúde, transporte, educação e moradia)
- Redução dos investimentos na educação, privatização do ensino público;
- Quase aniquilamento da classe média;
- Crescente desemprego, o crescimento da economia informal e exclusão social, e por fim;
- A crescente desconfiança em relação à política e suas instituições.

Pelo exposto, insta mencionar o quadro político e social que a democracia se mostra no Brasil e imensa dificuldade do

seu fortalecimento diante da cultura e o pensamento político do brasileiro.

Marcelo Baquero (2001), no seu ensinamento sobre o tema, divide o assunto em três subitens os quais serão seguidos neste trabalho pelo fato de ser o seu texto objeto de estudo, são eles: Cultura política, desconfiança nas instituições e, por fim, a tipologia do eleitorado brasileiro.

3.1 Cultura política: conceito, história e visão brasileira

Conceitua-se cultura como sendo basicamente o “conjunto de conhecimentos” (Dicionário Globo, 1989). Pode-se extrair de tal afirmação que cultura política é o conjunto de conhecimentos, atitudes e opiniões dos governados em relação ao sistema político.

Mede-se pelo grau de participação e de fiscalização do cidadão aos atos perpetrados pelos governadores, na interpretação dos acontecimentos políticos e na consciência crítica dos fatos ocorridos.

Historicamente, a cultura política nem sempre foi pesquisada. Na transição dos regimes autoritários para os democráticos todos os esforços se concentraram “no sentido de implementar um marco institucional que proporcionasse as bases da construção democrática” (BAQUERO, 2001, p. 98).

Desta forma, os estudos sobre a cultura política não eram valorizados, uma vez que se imaginava ser possível prever os resultados políticos- culturais com a efetiva implantação do regime democrático, resultando apenas numa questão de tempo.

Empós o estabelecimento da moldura institucional, viu-se que a simples implantação da democracia não respondia com satisfação dos dilemas desta política. Diante das adversidades apresentadas no dia-a-dia a democracia necessitava ser reinventada e redefinida.

Com efeito, a preocupação com a cultura política do povo começou a vir à tona e estudos sobre ela efetivaram-se. Os dados

colhidos apontaram um quadro até então inesperado. De forma ampla, os cidadãos mostraram-se desinteressados com a política, desinformado sobre o seu papel no voto e sobre o funcionamento das instituições políticas, muitos deles sequer sabiam em quem tinham votado nas últimas eleições.

Visto esse quadro, os cientistas políticos concluíram que a “democracia poderia não funcionar se os cidadãos se mobilizassem ou participassem o tempo todo” (BAQUERO, 2001). A aversão das massas populares acerca dos assuntos políticos e a conseqüente falta de participação destes garantiram a estabilidade dos sistemas democráticos.

Este entendimento, que perdurou durante as décadas de 60 e 70, propiciou o surgimento da Teoria Elitista da Democracia que dizia que o povo deveria submeter-se aos mandamentos das elites e não questioná-las.

Relativamente à cultura política do brasileiro, observa-se que as camadas mais pobres não valorizam e nem acreditam nas instituições políticas. A elite sempre dominou este assunto.

No Brasil, a redemocratização aparece após longo período de ditadura militar em que não havia eleições diretas e nem liberdade de expressão. A fiscalização dos atos dos governantes era duramente repreendida.

Desta feita, a reconstrução democrática e o seu respectivo amadurecimento necessitou de prioridades como a realização de eleições periódicas, o respeito aos direitos básicos e a existência do pluripartidarismo.

Por outro lado, a democracia deparou-se com os problemas econômicos, sociais e políticos. Não obstante os visíveis avanços na tecnologia, a situação de deterioração econômica prevaleceu. Este fato aumentou a concentração de riqueza, quase aniquilou a classe média e agravou o número de pessoas que vivem em extrema pobreza.

Dados estes fatos, surge a grande indagação: como tornar as instituições políticas mais transparentes e possíveis de ser

fiscalizadas neste contexto de desigualdades econômicas e sociais? Pelo visto não há outra saída senão “passar por um amplo processo de mudanças que envolvam, ao mesmo tempo, diversas instituições políticas” (BAQUERO, 2001), inclusão social e econômica.

Estar-se-ia vinculando o fato de o brasileiro ter o nível de cultura política baixíssimo com a sua posição social? Sim, e quem responde com propriedade é o Professor Paulo Freire (BAQUERO, 2001):

Num país onde a maioria absoluta da população só vive para saber de onde vai tirar a alimentação de sua família no outro dia, as preocupações com a democracia são distantes, sem importância e quase inexistentes.

A desigualdade social passou a ser relevante na pesquisa do nível da cultura política da população.

A falta de respostas convincentes dos governantes às mazelas da sociedade e a carência de soluções para elas levam a desilusão com a política, desconfiança em relação às instituições democráticas e o voto é visto como o ponto onde se esgota a participação política.

Até mesmo os movimentos mais organizados da população mais carente têm grandes dificuldades de operar. É o caso do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) que muitas vezes usam a violência como meio de negociar seus objetivos.

Interessante observar ainda o grau de satisfação dos brasileiros com a democracia. Recentes pesquisas mostraram que “aproximadamente 79% (na média) dos entrevistados responderam que não estavam satisfeitos com a democracia” (BAQUERO, 2001). Por outro lado, há uma rejeição do autoritarismo como forma de governo.

3.2 Descrédito nas instituições

Recentes pesquisas têm demonstrado a extrema desconfiança do brasileiro quanto às instituições dos Poderes Estatais. Os partidos

políticos são os mais desacreditados chegando-se ao patamar de 88,3% de repulsa, entretanto os demais índices também são preocupantes na medida que o Poder Judiciário tem 65,1% e o Congresso 87,4% de reprovação.

Esta avaliação tem como ponto de partida a fraca atuação dos órgãos perante as adversidades lhes apresentadas. Em segundo lugar, a maior capacidade crítica dos governados também influenciou na pesquisa.

Vários fatores contribuem para a descrença, mas a grande maioria resulta dos atos perpetrados pelo próprio Estado. Há um sentimento de falta de governo e de poder na medida em que a impunidade, a injustiça e a prevalência de interesses particulares são fatos que se vê diariamente nos meios de comunicação.

Exemplo disto é a liberdade dos assassinos do índio Galdino. Crime praticado por adolescentes de classe média-alta e que não receberam a punição em conformidade com a Lei Penal. Destacam-se, no campo da política, os discursos coléricos dos candidatos que lançam, muitas vezes, mentiras para ‘roubar’ votos do adversário.

Destacam-se também os recentes escândalos com o pagamento de propina mensal — chamado de mensalão — aos deputados, o ‘valerioduto’, o escândalo das ambulâncias, etc.

A experiência dos brasileiros no que tange ao não cumprimento das promessas eleitorais tem proporcionado a constituição de uma desilusão. Agrava-se o quadro quando se têm aproximadamente 60% de notícias negativas em relação à política brasileira, levando o eleitor a tratar a política com desdém, sendo uma forma de perda de tempo e produto de ignorância.

Como se não bastasse, existe uma agravante. É exatamente a visão personalíssima em detrimento da coletiva. Este fato se torna claro ao saber que o eleitorado vota no candidato e não no partido. Leciona Marcello Baquero (2001):

A formação de opiniões se dá a partir de formas e temas específicos em vez de grandes projetos. A probidade e honestidade dos candidatos se sobrepõem à análise mais crítica de projetos, propostas e compromissos partidários. A opção pessoal substitui, assim, o partido como ponto de referência de identidades coletivas. A desvalorização das instituições políticas nesse contexto é inevitável.

Desta forma, estabelece-se a relação direta do eleitor com o candidato, o partido político fica em segundo plano. Este fato cria o cenário das repetidas reeleições dos governantes brasileiros.

3.3 Tipologia do eleitorado brasileiro

Pesquisas datadas do início da década de 80 apontavam que 37,1% dos eleitores brasileiros enquadravam-se na categoria dos sem conteúdo ideológico. A respeito das categorias do eleitorado, Converse (1964) divide-as em cinco, a saber: ideológicos, quase ideológicos, interesses de grupo, natureza dos tempos e sem conteúdo ideológico.

Nova entrevista foi realizada após duas décadas. O mais impressionante foi fato de ter ficado quase estagnada esta porcentagem.

Em 1999, 35% dos eleitores ainda se mostravam apolíticos, contrariando todas as expectativas, uma vez que se imaginava que a redução para quase zero desta porcentagem seria medida que se imporia, a um, pela maior consciência política dada pelo completo afastamento da censura imposta pela ditadura e, a dois, pelo avanço educação.

Estas pessoas "geralmente não demonstram predisposição para votar e não se posicionam politicamente" (BAQUERO, 2001). E continua o doutrinador "este estrato teria uma cultura política passiva, cética e conformista, agrado pelo fato de que os cidadãos são presentemente vistos como consumidores da política em vez de produtores da política".

Com efeito, o eleitor brasileiro não é levado a participar ativamente da política. Pelo contrário, os meios de comunicação se encarregam de posicioná-los passivamente.

Finalmente, menciona-se que todas as categorias restantes de eleitores também restaram estagnadas mesmo decorridas as duas décadas entre as pesquisas.

4 CONCLUSÃO

Vistos os conceitos e a evolução na história da democracia, da cultura e comportamento político, abordando os temas no âmbito da situação brasileira, conclui-se inegavelmente que as desigualdades sociais e econômicas, o descrédito nas instituições governamentais com destaque nos atos dos parlamentares que freqüentemente estão envolvidos em escândalos de corrupção, bem como a impunidade provocada por determinadas decisões judiciais, geram a falta de interesse e a alienação do eleitor nos assuntos políticos. Este passa a ver a política como assunto supérfluo, uma verdadeira perda de tempo e sua participação exaure-se no voto.

É de bom alvitre lembrar que a população em geral fomentou um descrédito ao Poder Judiciário com relação às condenações criminais em dissonância com a legislação penal, como o exemplo apontado do assassinato do índio Galdino, bem como com a demora na resposta judicial quanto à condenação dos crimes perpetrados por pessoas abastadas que se utilizam de infundáveis recursos objetivando a impunidade.

Ressalta-se ainda que o Ministério Público Federal e Estadual, instituição pertencente à Democracia brasileira, está em permanente luta para fortalecer as bases democráticas vergastando todo ato de corrupção e de impunidade. Como fiscal da Lei, combate todos estes acontecimentos com veemência e determinação.

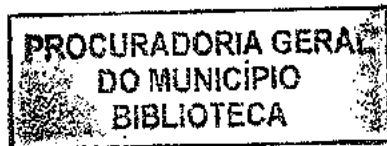
Por fim, os dilemas do Brasil de falta de cultura política e comportamento ativo na administração do País não pode ser vista apenas como um problema social, mas econômico e político. O fortalecimento das instituições, a transparência nos funcionamentos

delas, a diminuição nas disparidades econômica e social são medidas que se impõe para a implantação da verdadeira democracia política.

5 REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

BAQUERO, Marcello. **Democracia, cultura e comportamento jurídico**: uma análise da situação brasileira – Rio de Janeiro, 2001.



INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO MAGISTRADO E CULTURA DEMOCRÁTICA NO PODER JUDICIÁRIO

LEGAL INDEPENDENCE OF THE MAGISTRATE AND DEMOCRATIC CULTURE IN THE JUDICIARY POWER

Giorggia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes

Doutoranda em Direito pela *Universidad del Museo Social
Argentino* – Buenos Aires

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do
Ceará

Professora da Universidade Federal Campina Grande
Advogada

E-mail: gpetrucce@yahoo.com.br

Eduardo Pordeus Silva

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba

E-mail: eduardopordeus@gmail.com

Jailton Macena de Araújo

Graduado em Direito pela Universidade Federal Campina Grande
Aluno da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Advogado

E-mail: jailtonma@gmail.com

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DAS LIBERDADES E DIREITOS INDIVIDUAIS; 3. ATUAÇÃO IMPARCIAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA O FOMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E GARANTIA DE JUSTIÇA À SOCIEDADE; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5. REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION; 2. JUDICIARY AS GUARDIAN FREEDOMS AND INDIVIDUAL RIGHTS; 3. IMPARTIAL PERFORMANCE OF THE JUDICIARY FOR THE PROMOTION OF HUMAN DIGNITY AND WARRANTY OF JUSTICE SOCIETY; 4. CONCLUSIONS; 5. REFERENCES.

Resumo: Aborda a questão da independência jurídica dos magistrados, a partir da necessidade de um controle dos seus atos e políticas de promoção da carreira por todo cidadão e até por ele próprio, quando ao identificar que uma cultura democrática requer um comprometimento tido radical, em detrimento da política burocrática e viciada pela qual é presentemente vivenciada nessa seara da administração pública.

Palavras-chave: Magistrado. Independência Jurídica. Poder Judiciário.

Abstract: It addresses the issue of legal independence of judges from the need to control their actions and policies of promoting career throughout citizen and even by the Judiciary when it identifies that a democratic culture requires a radical commitment to the detriment of political and bureaucratic vitiated often experienced in this area of public administration.

Keywords: Magistrate. Legal independence. To be able Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

É flagrante a crise sem precedentes atravessada, principalmente, pelo Poder Judiciário. Com efeito, este estudo leva em consideração os amplos poderes e responsabilidades outorgados àqueles ditos aplicadores de justiça (bem como a toda sua estrutura hierárquica), haja vista o ideário de restabelecimento da ordem jurídica, de conformidade com os anseios sociais e os ideais do constitucionalismo.¹

Nesse diapasão se reclama a discussão mais ampla, mediante a qual se possa firmar os lineamentos da atual conjuntura funcional do Estado, investigando acerca da existência de cultura democrática (conceito adiante posto) no seio do Poder Judiciário, pela descoberta das mazelas sociais existentes. A pesquisa feita sobre esse órgão de proteção da Constituição Federal e garantidor de uma sociedade justa e democrática perpassa a atuação dos três poderes do Estado e, principalmente, o modo como cuidam da manutenção dos princípios resguardados e não apenas rotulados no texto constitucional.

Com efeito, diante do constitucionalismo pós-moderno, já centrado na construção do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional assume a figura de protagonista, tudo isso, como elucida

¹ Lenio Streck (1999, p. 85-86) entende que o constitucionalismo não morreu, lembrando inclusive do papel importante representado pelas constituições surgidas no segundo pós-guerra no continente europeu e a força interventiva das respectivas justças constitucionais.

José Luiz Bolzan de Moraes (2005, p. 14), para a consolidação dos acordos constitucionais expressos nas normas componentes da Carta Magna. Daí absorve-se a conduta de se aguardar do poder jurisdicional a posição diante de toda crise funcional do Estado, a fim de promover mudanças significativas na sua estrutura.

Entretantes, dissertando sobre as relações estabelecidas entre as funções clássicas do Estado, Bolzan de Moraes (2005, p. 11) remete à compreensão diversa no sentido de que:

à jurisdição se abre a possibilidade de promover atribuições de sentido aos textos constitucionais por intermédio de sua intervenção jurisprudencial, emergindo como atuação peculiar à consertação própria ao Estado Democrático de Direito, cujo caráter transformador incorpora um deslocamento no sentido de que a função jurisdicional do Estado como instância de realização do projeto de Estado presente no pacto constitucional.

Não se pode admitir que vigore o Estado Judicial, em prejuízo do Estado Democrático, gerando a incerteza jurídica nas relações sociais, em virtude da previsibilidade da decisão jurídica fica ao bel prazer do órgão jurisdicional, tido superior, já que a estrutura interna do órgão judicial, cercada da cultura tradicional e marcadamente burocrática (hierarquia da função do poder jurisdicional), volta-se, significativamente, ao comando da carreira e promoções dos juízes de primeiro grau (instância). Dessa maneira, a independência jurídica da magistratura, sob o prisma da organização interna do Poder Judiciário, é reconhecida garantia de imparcialidade do juiz relativamente às partes litigantes.

À saciedade, José de Albuquerque Rocha (1995, p. 120) foca a sua análise sobre o papel do juiz que deve atuar, ainda, como agente de transformação social, por meio da compreensão plural da realidade onde o direito de determinada sociedade se acha inserido.

2 PODER JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DAS LIBERDADES E DIREITOS INDIVIDUAIS

Para José de Albuquerque Rocha (1995, p. 112), a existência da Constituição Federal dotada de força normativa, bem como

informada de valores, confere aos magistrados, em sua totalidade, a sua observância. Segundo Canotilho (1993, p. 497), em se desprezando a posituação jurídico-constitucional, os direitos humanos constituem-se em “esperanças, aspirações, idéias, impulsos [...] mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas [...] de direito constitucional”.

Outrossim, cumpre revelar que no Brasil vige a convicção persistente (mormente na doutrina tradicional) de que o Poder Judiciário em geral não está em condições de atender a demanda da sociedade sedenta de Justiça.

Concorre para tanto, igualmente, à composição estrutural inadequada que redundava, muitas vezes, na morosidade da prestação jurisdicional. Daí é que o modelo tradicional do Poder Judiciário forja, pois, o afastamento do juiz do contato com o povo, já que tenta mantê-lo indiferente à responsabilidade pelos resultados sociais das decisões que prolata.

José de Albuquerque Rocha (1995, p. 60) assevera que:

Ao mesmo tempo em que se distancia do povo, a magistratura, principalmente dos tribunais, ‘aproxima-se’ cada vez mais do círculo do poder político e econômico o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua ‘dificuldade’ de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem os interesses dominantes.

Evidencia-se a revisitação a certos dogmas do Estado, até mesmo os cercados de garantias constitucionais, a exemplo das prerrogativas conferidas aos membros da magistratura² e,

2 Impende registrar que aos membros da magistratura (que exercem a atividade jurisdicional do Estado) importam algumas garantias inerentes às suas funções, quais sejam: a irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade, de conformidade com o disposto no artigo 95, I, II e III da Constituição Federal brasileira de 1988.

deveras, os requisitos da imparcialidade³, da independência⁴ e da neutralidade⁵.

Neste sentido, o princípio da independência jurídica da magistratura – como requisito para o livre convencimento do órgão jurisdicional e aplicador do justo e correto – tem sofrido significativo maltrato diante da peculiar forma de hierarquia (organização ou estrutura) do Poder Judiciário, que impõe, de certa forma, a vinculação às decisões e julgados decorrentes dos organismos judicantes superiores.

Saliente-se que a independência jurídica dos magistrados firma-se já como elemento essencial de resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana, inserindo-se, nessa medida, como importante fator de construção e efetivação dos sacrossantos direitos humanos. Ademais, em muitos tratados de direito internacional e nos próprios pactos de direitos humanos se revela a necessidade de observância da aludida independência do juiz, ao mesmo tempo em que se prevê a garantia de julgamento *independente* e imparcial como um dos direitos humanos fundamentais nos Estados Constitucionais.

Desta forma, é flagrante a consagração da independência do juiz em diversos dispositivos internacionais ligados aos Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, 1948: “Artigo 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte do tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

3 O requisito da imparcialidade é inseparável do órgão de jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. Igualmente, a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente; é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial (o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas). Vide CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p.53-54.

4 A ora estudada independência jurídica da magistratura, além de denotar negação de sujeição a qualquer poder, é considerada como a primeira “prerrogativa constitucional básica configuradora do estatuto da magistratura”, pois sendo considerada a “pedra angular do Estado de Direito” (vg. ROCHA, 1995, p. 28).

5 Segundo observa o professor Rocha (1995, p. 30-31), é cediço que a neutralidade significa o descompromisso em relação aos valores, sobretudo nos aspectos político-ideológicos; representa, pois, uma definição em face das lutas político-ideológicas que atravessam a sociedade e dela são inseparáveis.

Até este ponto é indiscutível o posicionamento do Poder Judiciário como guardião das liberdades e direitos individuais e, diante desta condição é que preciso independência, como reforço de sua imparcialidade. Para tanto, primordialmente, em face deste Poder do Estado, é que a Constituição elenca garantias no intuito de resguardar tais prerrogativas⁶.

3 ATUAÇÃO IMPARCIAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA O FOMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E GARANTIA DE JUSTIÇA À SOCIEDADE

Da necessidade de promover-se a réviravolta paradigmática na magistratura, no sentido de se elaborar e adotar mecanismos tendentes a fortalecer as indispensáveis prerrogativas do ofício judicante, exurgirá tempestiva mudança na condução da política burocrática dos membros do Poder Judiciário, a partir da reforma de mentalidade voltada à adoção de cultura democrática.

Todavia, prescindindo, em primeiro momento, da noção e acatamento da cultura democrática⁷ no seio da magistratura brasileira, visualiza-se, muitas vezes, que a preocupação do juiz monocrático (isto é, os de primeira instância) tende a se vincular às elucubrações e ao entendimento do seu órgão imediatamente superior, tudo em nome da virtual promoção na carreira jurídica.

Diante dessa atitude, deveras questionável, é que a aludida independência (constitucional) resulta comprometida e, conseqüentemente, as decisões judiciais restam, prejudiciais a quem pugna por um provimento isento de intromissões de qualquer natureza (política, ideológica entre outras).

⁶ Preocupa-se a lei em assegurar, no plano jurídico, a independência funcional do juiz, como também a sua independência diante das influências estranhas; e justamente para assegurar essa independência de fato, o sistema legal confere-lhe o dever de abster-se de julgar quando existam determinadas circunstâncias, taxativamente previstas, sob pena de, não o fazendo, poder ser recusado por qualquer das partes: é o caso de impedimento e de suspeição previstos na legislação processual.

⁷ “[...] cultura democrática [...] entendida como a prática reiterada de posturas, por parte do Poder Judiciário, que combinam a prescrição normativa objetiva determinada pela Constituição Federal de 1988 – considerada em sua condição de carta política para um Estado Democrático de Direito – com a compreensão que o Poder Judiciário tem de si próprio, na qualidade de ator político imprescindível à realização constitucional do Estado Democrático de Direito constitucional” (LIMA, 2005, p. 253).

É cediço, ademais, que o juiz monocrático tem maiores ou melhores condições na cognição da realidade que cerca a partes, que José de Albuquerque Rocha (1995, p.48) aduz que, dada a forma perniciosa pela qual se estabelece a hierarquia no Poder Judiciário e o controle das decisões e julgados da primeira instância, afasta-se a oportunidade de o magistrado proferir julgamentos alternativos ao sistema sócio-econômico então vigente.

O mencionado professor ressalta que o argumento sustentador da apoliticidade do magistrado e de seu trabalho impede a penetração, no seio da magistratura, da política alternativa àquela do sistema dominante, ou, ainda, simplesmente capaz de conferir efetividade social à atuação do juiz como órgão indispensável à promoção da cidadania e proteção dos direitos humanos (ROCHA, 1995, p. 77).

A interpretação jurídica tradicional é, por sua vez, visualizada, também segundo Barroso (2006, p. 329), sob duplo aspecto: a) o **papel da norma**: oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; b) **papel do juiz**: identificar a norma aplicável ao problema que lhe cabe resolver, revelando a solução nela contida; sua função é a função de conhecimento técnico, de formulação de juízos de fato” (grifos do autor). Tal modo de interpretar o direito, muitas vezes, é insuficiente para solucionar questões que surgem na sociedade, notadamente as que se referem à aplicação e interpretação dos princípios constitucionais.

Destarte, ocorreu já a mudança de paradigma no que se refere à interpretação constitucional, onde o papel da norma jurídica já firma que a solução dos problemas jurídicos nem sempre pode ser encontrada pela abstração dela própria. Ainda, conforme Barroso (2006, p. 329-330) o papel do juiz não se restringe ao conhecimento técnico, voltado à revelação do sentido contido na norma, posto que imprimindo valores pessoais, o magistrado torna-se co-participante na criação do direito, caminhando *pari-passu* com o legislador.

Para Rocha (1995, 115-116):

[...] a interpretação da lei de acordo com a Constituição implica o submetimento

do juiz ao sistema de valores e princípios estabelecidos na Constituição. Isso significa um maior dinamismo do direito em geral, que, por sua vez, promove as transformações sociais em decorrência da aplicação dos valores e princípios constitucionais.

Por outro lado, é devido o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição e sua pontualidade em face de determinado provimento equívocado postos em decisões judiciais tidas como viciadas.

No entanto, o que não se mostra razoável é a política (de sapiência, de hierarquia, de superioridade) impressa nos acórdãos e conteúdos ideológicos ou políticos dos desembargadores que, além de revisores da matéria decisória impugnada mediante recurso, são agentes determinantes da promoção dos juizes para cargos/funções mais promissoras.

Em face disso, o juiz inferior não poder vacilar em certas matérias processuais e decisórias, pois o Tribunal – que lhe é superior pode não lhe fornecer os meios de elevar-se, conforme dita o “carreirismo na profissão”.

Não é que se acata, *a priori*, o modelo de uso alternativo do Direito no âmbito do Poder Judiciário, tido em muitos aspectos como verdadeira reforma, quiçá agressiva ao princípio da legalidade – valor inafastável do Estado Democrático de Direito.

A proposta é que, respeitando a forma de democracia particularmente aplicável na esfera do Poder Judiciário, mantenham-se intocáveis as prerrogativas do juiz de direito previstas no pálio constitucional (independência e imparcialidade).

Diferentemente, vê-se que a aparente e potencial carreira promissora para o juiz de entrância/instância inferior, na ótica da jurisdição, soa como a hipnose que petrifica a decisão judicial potencialmente atrelada às expectativas dos pleiteantes.

Assim, a função jurisdicional eficiente se abre à possibilidade de promover as atribuições previstas em texto constitucional, por

intermédio da intervenção jurisprudencial que faz emergir “à consertação própria do Estado democrático de direito, cujo caráter transformador incorpora um deslocamento no sentido da função jurisdicional do Estado como instância de realização do projeto de Estado presente no pacto constitucional” (MORAIS, 2006, p. 246):

é a função jurisdicional que, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter seu espectro de atuação reforçado, assumindo-se como espaço político para consolidação do projeto constitucional, no que fica reconhecido como ‘judicialização’ da política e politização do jurídico ou, de outro ângulo, porém correlato, jurisprudencialização da Constituição. (MORAIS, 2006, p. 256)

Pontual se mostra, pois, a preocupação acerca da democratização do Poder Judiciário, uma das principais instituições a sofrer negativas críticas de todos os segmentos da sociedade, tudo em face de sua atuação, muitas vezes, deficiente ou insuficiente.

À conta do fortalecimento da democracia na sociedade brasileira, que mostra traços inequívocos de maturidade democrática, urge que o Poder Judiciário se efetive como instrumento de transparência, diverso de “um estamento autônomo do Estado em si”, como observado por Martônio Mont’Alverne (2005, p. 250).

De tudo isso resulta que o estabelecimento da cultura democrática no âmbito da magistratura pode gerar satisfatória repercussão na alteração da estrutura desse poder no atual Estado brasileiro.

Destarte, mais uma vez é Martônio Mont’Alverne Lima (2005, p. 250) que observa que quanto ao modo de comportar dos juizes das diversas instâncias inferiores, desde sempre, era quase a repetição linear daquilo que se constatava na tessitura macro-política das instituições brasileiras e, por isso, inevitavelmente relacionado aos interesses do poder dominante.

Acresce, mencionado autor, ainda, que perante o quadro viciado advindo da política marcadamente autocrática do passado é que se visualiza que “restava ao magistrado, possibilidade

de superveniência ao grau superior de jurisdição, o lhe que representaria a ascensão profissional, ou a resistência, com os percalços inerentes”.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (2005, p. 252) disserta, igualmente, a respeito do comportamento dos juizes no que se refere à implantação de transformações em favor da democracia:

O comportamento da ação dos representantes da magistratura nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte comprova que tal mentalidade foi dominante. Talvez isso explique o fato de que, salvo alguns instantes localizados, a estrutura do Poder Judiciário, na Constituição de 1988, tenha permanecido quase idêntica à que se tinha em 1946 e em 1967/69, o que sugere, desde já, a facilidade com que o Poder Judiciário convive, tanto com a democracia, como com autoritarismo.

Outrossim, Lima (2005, p. 255) revela seu posicionamento, firmando a partir da observação da história da ditadura militar no Brasil:

Pelo menos na memória histórica brasileira, nunca se soube de enfrentamento, por parte do Poder Judiciário, com movimentos autoritários que, sem maiores dificuldades, riscaram a validade das constituições das quais o poder judiciário funcionava como guardião, como é o caso da Constituição de 10 de novembro de 1937, ou mesmo do golpe militar de 31 de março de 1964. Há que se lembrar que juizes não impedem – tampouco realizam – revoluções ou movimentos autoritários. Por outro lado, a resistência ainda que meramente discursiva, colocaria os juizes num patamar de apreço democrático por parte da sociedade; apreço referencial que eles, historicamente, não dispõem até os dias de hoje.

Nunca é demais salientar que, cumprindo os princípios essenciais da Administração Pública e objetivando o bem comum, a realização da democracia (BOBBIO, 2000, p. 30) e o atendimento às necessidades da coletividade, o Estado se organiza e institui

mecanismos democratizantes, tudo isso com vistas a respeitar os direitos do cidadão como um todo.

Entrementes, a ausência da cultura democrática compromete a visão de que o Poder Judiciário possa ser visto como o depositário das expectativas de realização constitucional (BOBBIO, 2000, p. 297). Na democracia, portanto, a sociedade civil tem seus direitos e prerrogativas republicanas asseguradas e respeitadas de forma sagrada (PEREIRA, 1997, p. 292).

Nesse particular, o acesso aos tribunais é dado de forma avessa à transparência da gestão responsável administrativamente⁸. Assim, aos membros integrantes do segundo grau de jurisdição (federal ou estadual) falta essa cultura de atuação transparente quanto ao processo de nomeação.

Dessa forma, é imprescindível o efetivo respeito e acatamento ao princípio constitucional da publicidade, que toca igualmente ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que a proibidade da administração pública é ocorrente, uma vez que o Poder Judiciário não se perfaz em sítio estanque e isolado do cidadão.

A garantia constitucional da independência jurídica dos membros da magistratura – os ditos aplicadores de justiça – é prevista, pois, no sentido de resguardar a possível razoabilidade dos provimentos e atos daqueles que exercem a função jurisdicional.

Aperversão posta em face do princípio da independência jurídica do juiz de direito (e note que se trata da norma legal - constitucional) mostra que os que exercentes da política e administrativa os quadrantes da jurisdição imediatamente “superior” alegam exercer legitimamente suas funções e, muitas vezes, aludem respeitar os direitos da classe sem, no entanto, publicizar⁹ tais atos administrativos referentes a promoção de juizes “inferiores” à instância tida por “superior”, como se exige num ambiente notadamente democrático.

8 O princípio constitucional da publicidade estabelece que todos os atos públicos, bem como as contas públicas devem ter divulgação oficial e ficar disponíveis aos cidadãos (salvo as exceções previstas em lei), como requisito para melhor eficiência, transparência e lisura da Administração Pública - e respeito à democracia. O Poder Judiciário, portanto, não pode ferir ou sacrificar tal princípio sob qualquer pretexto.

9 Atente-se novamente ao princípio da publicidade no direito administrativo constitucional, entre todos os essenciais princípios da Administração Pública.

Comumente (e isso é de forma prejudicial aos valores intransigentes da democracia¹⁰), os “membros aceitam a clandestinidade do processo de sua nomeação e retribuem na forma de fidelidade aos interesses das forças responsáveis por essa nomeação” (LIMA, 2005, p. 258).

A despeito de todo o exposto, constata-se assim a sua relativa supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes, fundamentada no papel que exerce, de intérprete da Lei Maior do Estado Democrático de Direito.

Com fulcro em tal premissa é coerente afirmar que, no Brasil, o texto constitucional é o documento político interpretado, aplicado e efetivado pelo Poder Judiciário, guardião da ordem constitucional, como positivado pelo Poder Constituinte.

Deste prisma, é que o princípio democrático há, necessariamente, de ser observado por todos os Poderes e deveras aplaudido, a fim de que torne efetivo os direitos conquistados tão duramente na recente história dos povos ocidentais.

Todavia, urge revisitar, na Academia e na práxis forense, a idéia de Estado Democrático de Direito, trazendo à tona respostas, bem como sugestões e políticas razoáveis, para o enfrentamento das falhas estruturais de todos os poderes do Estado.

Assim é que efetivamente se colabora para a consolidação do cânone constitucional do acesso de todos à jurisdição e também para a promoção da dignidade da pessoa humana, que é o fim maior do Estado. Isso mostra reforçada a tese de que a Constituição representa inovação na maneira de conceber o Estado e o direito positivo.

Menciona, ainda, Moraes (2002, p. 15) que:

a tentativa de abrir possibilidades e dar condições a todos que nos preocupamos com o presente/futuro

¹⁰ Sabe-se que o Estado democrático de direito assegura, como fundamento basilar do próprio sistema republicano o respeito e o compromisso de defesa à res pública. Tal direito, exclusivo, intransferível e irrenunciável de cada cidadão, estabelece que, em qualquer hipótese, o patrimônio e o bem público (coisa pública) deve ser preservada em favor do interesse geral - não se permitindo, portanto, que eles sejam capturados, detidos ou monopolizados por interesses particulares ou por grupos, possibilitando que se escape ao controle e à ação do Estado e do cidadão.

dos direitos humanos, privilegiadamente com direitos fundamentais, para que no nosso cotidiano de vida, tenhamos, no mínimo, uma inserção comprometida com sua efetividade e estejamos razoavelmente aptos a dar respostas suficientes e eficientes aos anseios da cidadania em seus viéses atuais, para a qual prestamos a nossa função de dar vida ao direitos, independentemente da posição ocupada neste processo, partindo da premissa de que **fazer (bem) Direito** implica um compromisso ético-jurídico com a eficácia e a efetividade dos direitos humanos e fundamentais. (grifos do autor)

O Poder Judiciário não pode fazer-se isento ou acima de qualquer outra função do poder estatal, sob o aspecto de distribuição e garantia da jurisdição à sociedade, salvo se garante o controle dos seus atos e políticas de promoção de carreira por todo cidadão e até por ele próprio, mostrando que a democracia requer o comprometimento radical, em detrimento da política burocrática e viciada presentemente sentida nessa seara da administração pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo tradicionalmente vigente de Poder Judiciário forja o afastamento do juiz do povo, já que tenta mantê-lo indiferente às responsabilidades pelos resultados sociais das decisões judiciais. Arrimados nesse espírito vinculado e temeroso, é mais “oportuno” copiar (seguir) a compreensão pré-estabelecida pelo órgão que lhe é superior política e administrativamente.

Constata-se, ainda, que toda essa problemática também está voltada às questões culturais inerentes ao Poder Judiciário na sua afirmação histórica de órgão aplicador e intérprete da Constituição e das leis.

Não se vê a adoção de políticas democráticas na escolha dos membros integrantes dos quadros superiores da jurisdição. Isso já foi denunciado por José de Albuquerque Rocha (1995), ao destacar que o princípio maior da democracia é igualmente pertinente aos que exercem a função judiciária.

Assim, a Constituição Federal brasileira precisa - consoante o entendimento do mencionado professor cearense, ser emendada, a fim de que se criem mecanismos de controle da política de escolha dos dirigentes de tribunais revisores, bem como para o processo de escolha mais democrática dos demais integrantes dos quadros da magistratura nacional.

A investida empreendida com vistas à efetivação das políticas democratizantes no Poder Público brasileiro é flagrantemente carente, haja vista que a tradição burocrática verificada atualmente resulta favorável ao cenário de tradicionalismo, enquanto forma de conceber a magistratura como ofício intocável.

Compreendido o estereótipo particular do âmbito do Poder Judiciário, é responsável se asseverar que, à vista da análise crítica da forma como o Estado brasileiro se desenvolveu na administração pública e da Justiça, nem todas as funções do Estado devotam especial preocupação pelos procedimentos tendentes a democratizar suas atuações. Por isso, quando se fala em Poder Legislativo, ainda se reconhece que se configura a mais democrática das funções típicas do Estado.

No tocante ao Poder Executivo, a despeito de que a sua trajetória histórica mostre preponderância de autoritarismo e outras formas características do Estado burocrático e conservador do *status quo*, é este afeito, hoje, à cultura de submissão a vontade popular mediante eleições periódicas - com regularidade e estabilidade, e isso é mais forte quando se contrapõe ao modo de composição escolhido para os graus superiores de jurisdição.

À conta da juridicização da política e de conformidade com os princípios e objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, a efetivação dos valores substanciais não podem ser afastados dos cidadãos brasileiros, haja vista que a ausência de cultura democrática nas instituições sociais podem acarretar danos ao desenvolvimento da sociedade como um todo e insegurança jurídica.

O perfil a ser conferido à estrutura orgânica do Poder Judiciário, em particular, promove a mudança paradigmática nos moldes

do direito essencialmente democrático. Isto posto, é resultante o resguardo permanente dos direitos dos cidadãos, bem como das prerrogativas republicanas no Estado brasileiro.

Em outras palavras, os misteres do Poder Judiciário não devem estar atrelados, pois, à compreensão formal da Constituição (muito mais que um texto); diferentemente, o magistrado, em especial, deve buscar o ponto de equilíbrio entre o formal e o material no caso concreto e proferir decisão coerente com os anseios da sociedade e adotando a postura alternativa ao sistema atual.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Marcos Faro de Castro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acesso em 31 jun. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Democracia no poder judiciário. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005.

MORAIS, José Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos** (Estado e Constituição I). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

In: Prefácio. SANTORO, Emílio. **Estado de direito**

e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito. Trad. Maria Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 136, p. 289-312, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

APATRÍDIA: CASO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE

STATELESSNESS: CASE OF TRANSGRESSION OF THE NATIONALITY FUNDAMENTAL RIGHT

Lara Lobo Monteiro

Aluna do curso de Direito da Unifor
Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa do CCJ/UNIFOR
Monitora das Disciplinas Sociologia Geral e do Direito e Direito
Internacional
E-mail: laralobom@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A NACIONALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 3 DOS CRITÉRIOS PARA ATRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE; 4 PERDA E REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE; 5 A APATRÍDIA; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 NATIONALITY AS FUNDAMENTAL LAW; 3 CRITERIA FOR NATIONALITY ATTRIBUTION; 4 NATIONALITY LOSS AND REACQUISITION; 5 STATELESSNESS; 6 FINAL CONSIDERATIONS; 7 REFERENCES.

Resumo: Este trabalho busca esclarecer a noção de direito fundamental de nacionalidade. Este direito é amplamente conhecido e legalmente codificado por convenções internacionais e sistemas jurídicos nacionais. Sua eficácia é, no entanto, questionada nos dias de hoje, devido ao grande número de pessoas sem nacionalidade ao redor do mundo. Este fato se dá devido a inúmeras razões, mas principalmente devido à legislação contraditória, que gera uma interpretação ambígua da mesma, levando ao caso de apatridia; e também porque poderes estaduais discricionários podem recusar este direito fundamental com base em razões políticas, étnicas ou religiosas.

Palavras-chave: Apatridia. Direito Fundamental. Nacionalidade.

Abstract: This work aims to clarify the notion of the fundamental right to nationality. This right is widely known and legally codified by international conventions and national legal systems. Its efficiency is, though, questioned on the present days, because of the large number of stateless people around the world. This fact is due to numerous reasons, but mainly because of contradictory legislation, which cause an ambiguous interpretation of it, leading to stateless cases; and also because discretionary State powers may take away this fundamental right based on political, ethnical or religious reasons.

Keywords: Statelessness. Fundamental Right. Nationality.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo traçar, em breves linhas, a noção do direito à nacionalidade como direito fundamental. Apresenta-se, assim, o fundamento dessa garantia nos direitos de liberdade e dignidade humanas. Como corolário do direito fundamental à nacionalidade, diversas são as convenções internacionais que tratam do assunto, sendo, portanto o tema de interesse tanto de direito interno quanto de direito público internacional. Ao final, abordar-se-á o tema da apatridia, caso em que, seja por uma lacuna legal, seja por motivos políticos que orientam os Estados nacionais, uma pessoa não possui qualquer nacionalidade e se vê privada do exercício de um direito fundamental já amplamente consagrado pelos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

2 A NACIONALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O termo nação, na acepção utilizada hodiernamente, tem seu aparecimento nos tempos da Revolução Francesa, no continente europeu. Àquela época, porém, não havia ainda uma compreensão uníssona do termo, o que só veio a ocorrer com a publicação das obras de Giuseppe Mazzini, quando se passou ao entendimento que hoje prepondera, qual seja, o de nação como fundamento do poder político, isto é, de uma necessária correlação entre nação e Estado (BOBBIO; NICOLA; GIANFRANCO, 2004, p. 795).

Necessário se faz, porém, antes de se proceder à análise desse direito fundamental sob o alicerce jurídico, notar o aspecto sociológico que o reveste. Conforme lição de José Afonso da Silva (2003, p. 317):

Poder-se-ia dizer que os nascidos no território provêm da mesma origem, têm a mesma língua, os mesmos costumes e tradições de seus antepassados, formando uma comunidade de base sócio-cultural que denominamos nação. São os nacionais. [...] Sociologicamente é certo que a nacionalidade indica a pertinência da pessoa a uma nação.

A despeito da relevância do aspecto conceitual sociológico, abordar-se-á neste trabalho a análise jurídica, a qual não deixa de considerar tais elementos sociológicos, no momento da produção legislativa que a fundamenta. É, portanto, a nacionalidade o vínculo jurídico-político que une o indivíduo ao Estado (MELLO, 2004, p. 992). Tal conceito, preceituado por Pontes de Miranda, assinala ainda que esse liame é de direito público interno (SILVA, 2003, p. 317), o que não torna a matéria, entretanto, estranha a outros ramos do direito, como o Direito Internacional.

O direito fundamental aqui abordado, o direito à nacionalidade, figura dentro desse rol de direitos que objetivam a criação e a manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. (HESSE, 2005, p. 560). Seguindo essa linha de pensamento, porém adotando uma posição mais normativa e específica, figura o posicionamento de Carl Schmitt, segundo o qual os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos que o homem livre possui em face do Estado. Esclarecendo essa visão, elucida Paulo Bonavides (2005, p. 562):

Numa acepção estrita, são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo, de um lado, ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Tais direitos, por estarem diretamente ligados à liberdade e à dignidade humana ganham caráter universal. Essa universalidade vem, pela primeira vez, prescrita no chamado *Bill of Rights*, dos norte-americanos, e na Declaração de direitos do homem e do cidadão francesa (TANURE, on line). Seguindo essa orientação, diversas foram as convenções internacionais que trataram dos direitos fundamentais como universais. Dentre esses direitos figura o direito à nacionalidade, como bem expressa a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que prevê em seu artigo 15 que: "1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de

mudar de nacionalidade." Na mesma diretriz, afirma o artigo 24.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que toda criança tem direito a adquirir uma nacionalidade. Além dos já citados, vários são os acordos internacionais que cuidam do tema, porém a respeito dos quais não cabe aqui um maior aprofundamento.

Os direitos fundamentais, dentre os quais figura o direito à nacionalidade, a fim de serem melhor compreendidos no que concerne a seu regime jurídico, devem ser entendidos como categoria dogmática em três sentidos: analítico-dogmático, empírico-dogmático e normativo-dogmático. A conjugação dessas três dimensões, conforme ensina Canotilho (2002, p. 1239), "iluminará a natureza praxeológica do direito constitucional no âmbito dos direitos fundamentais." A partir desse entendimento, devem procurar os ordenamentos jurídicos constitucionais dos Estados nacionais organizar suas normas, a fim de garantir a todos os indivíduos esses direitos que a eles lhes são inerentes.

3 DOS CRITÉRIOS PARA A ATRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE

Dentre as duas espécies de nacionalidade (primária ou originária, resultante do nascimento; e secundária (ou adquirida), resultante de manifestação de vontade após o nascimento – que ocorre, via de regra, através da naturalização), a Constituição Federal de 1988 elencou em seu artigo 12 os critérios para a sua atribuição.

Para a aquisição da nacionalidade originária o constituinte adotou o critério do *jus solis* (origem territorial), prevendo também a hipótese do *jus sanguinis* (origem sanguínea) mitigado (no caso de filho de pai ou mãe brasileira que esteja no exterior a serviço do Brasil). Há, ainda, a controversa nacionalidade potestativa, para os nascidos no estrangeiro, filhos de pai ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (*jus sanguinis* = critério residencial = opção confirmativa). (MORAES, 2003, p. 215). Esse caso tem suscitado grande controvérsia, principalmente por ter gerado casos de apatridia para as crianças nascidas a partir de 1994,

o que é atualmente objeto de discussão de Emenda Constitucional já há muito tramitando no Congresso Nacional.¹

Para adquirir a nacionalidade derivada ou secundária deve o indivíduo, por ato exclusivo de vontade, manifestar seu desejo. É o que se chama naturalização. Esta pode ser de duas espécies: ordinária (quando preenchidos os requisitos legais, com ressalva para os critérios especiais oferecidos aos portugueses e aos nascidos nos países de língua portuguesa); e a extraordinária (quando por requerimento do interessado que vive há quinze anos no Brasil e não possui condenação penal é concedida a naturalização).

É válido aqui ressaltar que o texto constitucional estabeleceu tratamento diferenciado, em alguns casos, entre os brasileiros natos e naturalizados, quais sejam: ocupação de cargos, ocupação de determinadas funções, extradição e propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (MORAES, 2003, p. 225). Tais casos figuram como exceção, sendo a regra a igualdade de direitos entre ambas as categorias de nacionais.

4 PERDA E REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

Ao se perder a nacionalidade de um país, pode-se adquirir a de outro, ou enquadrar-se no conceito de apátridas ou *heimatlos* (sem nacionalidade). No Brasil, a perda da nacionalidade dar-se-á pelos motivos elencados no artigo 12 da Constituição Federal, quais sejam: a) pelo cancelamento da naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; b) pela aquisição de outra nacionalidade, salvo nos casos de 1) reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; 2) pela imposição de naturalização pela norma estrangeira ao Brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território, ou para o exercício de direitos civis. (SILVA, 2003, p. 332).

Fora do território brasileiro existem outras causas que levam à perda da nacionalidade, como o casamento, a renúncia pura

¹ Trata-se aqui da proposta de Emenda Constitucional de nº 272-A do ano 2000, de autoria do então senador Lúcio Alcântara e que será mais adiante tratada.

e simples, cessões ou anexações territoriais, algum ato julgado incompatível com a qualidade de nacional ou considerado como falta, a presunção da renúncia, a residência mais ou menos prolongada em país estrangeiro, sem intenção de regresso, dentre outras (ACCIOLY; SILVA, 1996, p. 327).

Para se readquirir essa nacionalidade perdida, no caso brasileiro, devem-se observar as particularidades da legislação pátria. Àquele que perdeu a nacionalidade por naturalização voluntária é permitido readquiri-la, por meio de Decreto do Presidente da República, caso esteja o interessado domiciliado no Brasil. Outra possibilidade de recuperação da nacionalidade brasileira é no caso de pessoas que a perderam sob a vigência de outras constituições, por terem aceitado comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro sem licença do Presidente da República. Cumpre, por fim, salientar, no que tange à matéria em tela, que aquele que teve a sua naturalização cancelada nunca poderá recuperá-la, salvo se o cancelamento houver sido feito através de ação rescisória (SILVA, 2003, p.332).

5 A APATRÍDIA

Aqueles que não possuem uma nacionalidade, seja por conflitos ou lacunas normativas, seja por arbitrariedades políticas dirigidas a nacionais insurgentes são denominados apátridas ou *heimatlos* (expressão alemã). Essa situação jurídica que viola o direito fundamental à nacionalidade, já por demais consagrado nos planos interno e internacional, tem sido objeto de discussões, carecendo ainda de uma solução efetiva.

A existência desse instituto é antiga, e desde os tempos do Império Romano já estava presente a figura do apátrida. Nos tempos modernos, porém, o número de apátridas tem alcançado cifras impressionantes, havendo aumentado significativamente desde a Primeira Guerra Mundial, onde houve a institucionalização da prática da cassação arbitrária da nacionalidade dos indivíduos por motivações de cunho, eminentemente, político (MELLO, 2004, p. 1000).

Diversos têm sido os esforços internacionais para que se erradique a apatridia. Prova disso são as diversas convenções assinadas no âmbito das Nações Unidas, com o propósito de garantir que o direito fundamental dessas pessoas privadas de qualquer nacionalidade seja resguardado. Nesse sentido, e como o objetivo de minimizar os prejuízos causados pela apatridia, foi celebrada, em 1954, a Convenção sobre o Estatuto dos apátridas. (ACNUR, 2006, p. 26). Dentre as normas previstas nesse documento objetivando a prevenção e a redução da apatridia, encontra-se uma que garante a essas pessoas os mesmos direitos e tratamento que recebem os estrangeiros no território do Estado. A finalidade de tal preceito é minorar os prejuízos sofridos pela ausência da condição de nacional, em qualquer território (MELLO, 2004, p. 1001).

Atualmente, estima o ACNUR² (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) que existam no mundo um número de aproximadamente 11 milhões de apátridas (ACNUR, 2006, p. 13), fato que afronta claramente às diversas convenções que tratam sobre os direitos humanos. Esse mesmo órgão tem, ainda, sugerido possíveis soluções ao problema que ora se enfrenta.

Os trabalhos realizados pela agência em comento são de larga amplitude, sendo aqui possível destacar somente algumas atividades, dentre as quais se encontra o trabalho de: repatriar pessoas que se encontram em campos de refugiados e perdem sua nacionalidade; orientar os pais de crianças nascidas em campos de refugiados que ficam sem nacionalidade para que a nacionalidade da criança, ao se efetuar o registro, seja a do país de origem dos genitores (ACNUR, 2006, p. 26). Ao lado desse trabalho figura o essencial papel do diálogo político com os Estados nacionais, a fim de que busquem efetivar soluções práticas para tal questão, como a eliminação de atitudes políticas discriminatórias contra determinados grupos e o avanço legislativo, para solucionar os casos omissos ou ambíguos.

Citados casos ainda estão presentes na legislação brasileira, por força da modificação introduzida no artigo 12 da CF de 1988,

² É válido aqui ressaltar o papel que tem desempenhado esse órgão na proteção e assistência aos apátridas, função essa que foge às suas atribuições legais, previstas na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1954, e no seu Protocolo Adicional, de 1967.

através da Emenda Constitucional de Revisão, de 7/6/1994. Essa emenda suprimiu a concessão da nacionalidade originária aos filhos de pai ou mãe brasileiros nascidos no exterior, desde que registrados em repartição brasileira competente (consulados ou embaixadas). A partir de tais modificações, essas crianças passaram a dispor somente de um passaporte brasileiro de caráter temporário, enquadrando-se, muitas vezes, no conceito de apátridas, pelo fato de o país no qual nasceram adotar o critério dos *jus sanguinis*. Somente teriam direito a adquirir a nacionalidade brasileira no caso de virem a residir em território nacional, e de manifestarem a opção. Essa decisão, de acordo com o Direito Civil pátrio, somente poderia ocorrer quando essa criança atingisse a maioridade.

O transtorno causado pela modificação constitucional fez nascer, dentre os genitores desses brasileiros apátridas, um forte movimento para a solução do problema.³ Uma das respostas a tal demanda foi a apresentação, pelo então senador Lúcio Alcântara, da proposta de emenda à Constituição, de nº 272/2000, a qual prevê a possibilidade de se atribuir a nacionalidade originária brasileira aos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro, desde que registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente, ou em ofício de registro, caso venham a residir no Brasil.

Infelizmente, a proposta ainda não foi implementada pelos legisladores pátrios, o que suscita forte sentimento de insatisfação. Avanços, entretanto, têm sido constatados nessa seara, como o fomento à discussão do tema, o debate sobre as possíveis soluções, e o mais importante: a pressão social sobre seus mandatários políticos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual contexto de claras violações ao direito fundamental à nacionalidade, vê-se a necessidade e urgência de medidas efetivas a fim de erradicar os casos de apatridia ainda hoje tão presente na sociedade moderna.

³ Existe hoje em vários países um forte e organizado movimento chamado "Brasileirinhos apátridas", cujas lutas têm resultado em maior divulgação e atenção para com o caso. Ver site: www.brasileirinhosapatridas.org.

Devem os Estados nacionais atuarem em dois campos paralelos: o de produção legislativa, para resolver as ambigüidades e lacunas legais ainda presentes nos ordenamentos, e o de ação política democrática e respeitadora dos princípios que norteiam os direitos humanos, a fim de evitar que o direito à nacionalidade seja arbitrariamente retirado do rol de direitos de um indivíduo, devido a suas raízes étnicas, religiosas ou territoriais.

7 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva 1996.

ACNUR. **La situación de los refugiados en el mundo-desplazamientos humanos en el nuevo milênio**. Barcelona: Içaria Editorial: 2006.

_____. **Los refugiados en cifras**. ACNUR: Ginebra, 2006.

BOBBIO, Norberto; NICOLA, Matteucci; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: UNB, 2004. v.2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **PEC 272-A**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/412676.pdf>>. Acesso em: 12.jun. 2006.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 14. jun. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. In: Legislação Internacional. SEINTENFUS, Ricardo. (org). São Paulo: Manole, 2004.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos**. In: Legislação Internacional. SEINTENFUS, Ricardo. (org). São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TANURE, Rafael Jayme. **Direito fundamental à nacionalidade**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1484>>. Acesso em: 9. jun. 2006.

PARECER N.º 110/2006 - PA

PROCESSO N.º 03234/2006 - PGM

INTERESSADO: Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Fortaleza S/A - Etufor

ASSUNTO: Dispensa de licitação para contratação direta da Associação de Deficientes Motores do Ceará - ADM/Ce para prestação de serviços auxiliares nos terminais de integração do Município de Fortaleza.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO DE DEFICIENTES MOTORES PARA PRESTAR SERVIÇOS AUXILIARES NOS TERMINAIS DE INTEGRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 24, INCISO XX, DA LEI Nº 8.666/93.

SINOPSE DOS FATOS

A Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Fortaleza S/A - Etufor submete a esta Procuradoria consulta acerca da viabilidade jurídica de contratar diretamente, com fundamento na hipótese de dispensa de licitação do artigo 24, inciso XX, a Associação de Deficientes Motores do Ceará - ADM/Ce, para prestar serviço de mão-de-obra terceirizada nos terminais de integração do Município de Fortaleza, nas categorias profissionais de digitador e auxiliar em terminal.

Pretende-se contratar 44 (quarenta e quatro) auxiliares em terminal e 01 (um) digitador, para cumprimento de carga horária de 06 (seis) horas por dia, pelo período de 12 (doze) meses.

Os fólios se encontram instruídos com a seguinte documentação:

a) ofício nº 370/06 do Diretor Presidente da Etufor, solicitando a contratação da Associação de Deficientes Motores para prestar serviço nos terminais de integração (fls. 02/04);

b) justificativa explicitando a contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de **auxiliar em terminal e digitador** na sede da Etufor e nos terminais de integração do Município de Fortaleza, incluindo planilha de custos (fls. 05/07);

c) comunicação interna nº 201/06, esclarecendo sobre a necessidade de firmar-se novo contrato, devido ao término, em 15/08/2006, do contrato de prestação de serviços celebrado com a Associação dos Deficientes Físicos do Ceará – ADFC. Complementa dizendo que possuem 6 (seis) vagas ociosas para o quadro operacional (fl. 08).

d) minuta do contrato a ser celebrado entre a Etufor e a Associação de Deficientes Motores do Ceará – ADM/Ce (fls. 09/13);

e) propostas para prestação de serviços da Associação a ser contratada, sendo o salário mensal para o serviço de **digitador** de R\$ 798,70 (setecentos e noventa e oito reais e setenta centavos) e de **auxiliar de terminal** de R\$ 642,43 (seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e três centavos) (fls. 14/15);

f) Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Informática (Sindpd) (fls. 16/30);

g) Estatuto da Associação dos Deficientes Motores do Ceará e Ata de Posse (fls. 31/44);

h) documentação referente à habilitação jurídica e regularidade fiscal da entidade (fls. 45/51);

i) parecer da Assessoria Jurídica da Etufor, favorável à pretensa dispensa de licitação, com fundamento na hipótese de dispensa prevista no artigo 24, inciso XX da Lei 8.666/93 (fls. 52/54);

j) Acordo Coletivo de Trabalho celebrado entre a Ettusa e o Sindicato dos trabalhadores no Sistema de Operação, Sinalização, Fiscalização, Manutenção e Planejamento Viário de Fortaleza e Região Metropolitana – Sindviários, para o exercício de 2006/2007 (fls. 57/61);

k) documentação comprobatória de idoneidade da pretensa contratada expedida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fl. 62);

l) certidão negativa de débitos perante a Previdência Social da Associação dos Deficientes Físicos do Ceará, com validade vencida (fl. 63);

m) atas de audiência do Ministério Público do Trabalho, de onde se apreende que a Ettusa deixou de pagar as faturas à Associação dos Deficientes Físicos do Ceará, embora tenha efetuado o pagamento diretamente aos trabalhadores, por ausência de regularidade fiscal.

Eis o que havia a relatar. Passo à análise da possibilidade jurídica da contratação pretendida.

DO DIREITO

No seu preâmbulo, a nossa Lei Maior estabelece como objetivo da Assembléia Nacional Constituinte a instituição de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Seu artigo 1º ainda estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III). Já o artigo 3º estatui que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se que os verbos utilizados pelo legislador constituinte para definir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são verbos que evocam ação: *construir, erradicar, reduzir, promover* etc. Desse modo, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para serem alcançados, reclamam

comportamentos ativos, ou seja, pedem ações afirmativas, as quais devem partir tanto da sociedade, quanto do Estado.¹

Ora, essas ações nada mais são do que a efetivação do real significado do princípio da isonomia, segundo a justiça social própria do Estado Democrático de Direito no qual nos inserimos. A propósito, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (1993, p. 81-82):

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for 'justificável', por existir uma 'correlação lógica' entre o 'fator de discrimen' tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou - o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

E ainda acrescenta que:

[...] sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encantar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. Será fácil, pois, reconhecer-lhe a presença em lei que, 'exempli gratia', isente do pagamento de imposto de importação automóvel hidramático para uso de paraplégico. (MELLO, 1993, p. 83).

A Constituição Federal de 1988 atribuiu competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, II, da CF/88). Assim, constitui obrigação municipal a proteção e a garantia a essas pessoas. Ainda, o artigo 203, em seu inciso IV, explicita a previsão de tutela específica aos portadores de deficiência:

¹ Conforme artigo 194, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a **promoção de sua integração à vida comunitária**; (destacamos).

A preocupação do constituinte originário com o fim da discriminação e uma maior integração social do deficiente físico foi ainda mais expressa quando a Constituição ordena, no inciso VIII do seu artigo 37, que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". Percebe-se que o legislador constituinte previu a reserva de percentual de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência utilizando-se de medida concreta usual no direito internacional para efetivar medidas de ação afirmativa.

Após breve explanação sobre a chamada "discriminação positiva", cabe, agora, analisar a aplicação desta na legislação infraconstitucional, mais especificamente, na relação com os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93.

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 contrato a ser celebrado entre a Municipalidade e os particulares é o que se denomina de "Licitação". *In verbis*:

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.

Assim, como regra geral, tem-se a obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos com particulares. Entretanto, referido dispositivo constitucional ressalvou algumas situações, a serem previstas pela legislação infraconstitucional, isentando a Administração Pública do procedimento licitatório. São os casos de licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade de licitação, institutos diversos previstos nos artigos 17, 24 e 25, respectivamente, da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações.

Na situação *in casu*, almeja-se contratar a Associação de Deficientes Motores do Ceará – ADM/Ce para prestar serviço nos terminais de integração do Município de Fortaleza, tendo a interessada fundamentado a pretensão no artigo 24, inciso XX da Lei de Licitações, que estabelece o seguinte:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (destacamos).

Uma das finalidades da ADM/Ce, é a de: “promover gestões, junto a entidades públicas e privadas no sentido de conseguir, para os incapacitados físicos, empregos, cargos ou contratos de prestação de serviço, de acordo com as habilitações profissionais de cada um;”²

Para que se possa contratar referida Associação, com amparo no artigo 24, inciso XX, e nos artigos acima transcritos da CF/88, é necessário que concorram os três seguintes requisitos:

² Conforme artigo 2º, letra “f” do Estatuto Social, p. 32.

1º) atinente às qualificações subjetivas:

a) a associação deve ser de portadores de deficiência física;

É importante ressaltar o propósito social deste dispositivo legal. Portanto, é de boa hermenêutica entender que o legislador utilizou-se da palavra “associação” como um gênero capaz de abranger outras espécies, contanto que estas atendam aos demais caracteres exigidos pela Lei.

Ainda, seguindo a mesma lógica interpretativa, não cabe a restrição de tal benefício somente aos portadores de deficiência física, tendo em vista haver outras formas de deficiência que não inibem o sujeito de prestar serviços úteis à comunidade, exercendo uma função laborativa.

MARÇAL JUSTEN FILHO (2000, p. 261) trata sobre esse requisito destacando que:

A Lei alude apenas à deficiência física, mas é evidente que toda e qualquer associação que congregue portadores de alguma deficiência poderá ser contratada diretamente. Portanto, podem ser contratadas diretamente entidades que congreguem portadores de Síndrome de Down, por exemplo. (destacamos).

A Associação de Deficientes Motores do Ceará – ADM/Ce congrega principalmente “associados incapacitados físicos, mentalmente são, prejudicados por deficiências motoras ou perdas de membros”³.

No caso da associação ora analisada, a deficiência é motora, estando, portanto, atendida esta primeira condição.

³ Conforme artigo 2º do Estatuto Social da ADM/Ce, fl. 32.

b) a associação deve ser sem fins lucrativos;

O Estatuto Social da ADM/Ce prevê que a Associação: “[...] é uma entidade civil, **sem fins lucrativos**, beneficente, autônoma, política apartidária”⁴.

Ao primeiro contato, parece ilógico contratar uma entidade sem fins lucrativos para prestar serviços criadores de riqueza. No entanto, insta salientar que a natureza de não-lucratividade refere-se aos fins da associação, os quais são, segundo o estatuto social em tela, integrar o portador de deficiência física na sociedade.

Nada impede (muito pelo contrário, torna-se imperativo) que estes associados, obreiros como são, recebam retribuição pecuniária, visto que empregaram sua força de trabalho e, segundo o sistema capitalista no qual vivemos, esta deve ser recompensada a fim de prover ao empregado o seu sustento.

Este segundo requisito também foi atendido.

c) a associação deve ter comprovada idoneidade.

Por idoneidade, o Dicionário Aurélio entende a aptidão, a capacidade, a competência, a qualidade de idôneo. Este seria o próprio, conveniente, adequado para alguma coisa, que tem condições para desempenhar certos cargos ou realizar certas obras.

Inferre-se daí que idôneo é algo que comporta a justa adequação em um determinado contexto. No caso, entendo que a idoneidade refere-se à aptidão inerente à associação de se encaixar apropriadamente num contexto de ética e moral, sendo capaz de exercer as atribuições a si conferidas.

Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO (2000, p. 262):

A exigência da idoneidade deve ser relacionada com a presença dos requisitos de habilitação. Retomam-se as considerações acima

⁴ Conforme artigo 1º do Estatuto Social da ADM/Ce, fl. 32.

desenvolvidas, no sentido de que a Administração deve cumprir as demais regras acerca de contratação. **Portanto, não pode contratar entidade, ainda que filantrópica, destituída dos requisitos mínimos de confiabilidade”.**

(destacamos)

O autor JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (2000, p. 591) refere-se à comprovada idoneidade nos seguintes termos:

A comprovada idoneidade, como prova negativa, se faz na inversa positiva, ou seja, **para provar que alguém não tem comprovada idoneidade, deve-se demonstrar que há máculas de ordem moral que afetam substancialmente o conceito que a sociedade detém da instituição.** [...] O jornal e a imprensa, de um modo geral, podem ser meios de aferição do conceito moral, da comprovada idoneidade. (destacamos)

Não há nos autos referência alguma à inidoneidade da referida associação. Sendo sua qualidade de idônea uma presunção *juris tantum* e não tendo sido esta negada, resta, por enquanto, comprovada sua idoneidade.

Ademais, a *Associação de Deficientes Motores do Ceará* apresentou documentação relativa à regularidade fiscal e habilitação jurídica, não existindo nada, de meu conhecimento, que afete a idoneidade da associação. De igual modo, foi acostada também declaração dos Correios atestando a existência de convênio entre as duas instituições e que, até a data de 05/09/2006, a ADM/Ce cumpriu todas as cláusulas do contrato, não tendo nenhuma irregularidade registrada.

Ainda sobre idoneidade das associações, faz-se necessário comentar a respeito da documentação referente à Associação dos Deficientes Físicos do Ceará – ADFC, antiga contratada. Essa documentação foi juntada com a finalidade de comprovar a incapacidade da prestação regular de serviços pela referida associação, ADFC. O que comprova a falta de idoneidade moral da outra associação, afastando sua presunção *juris tantum*.

2º) referente ao objeto pretendido:

O objeto da contratação com fundamento no artigo 24, inciso XX da Lei de Licitações deve ser o de **prestação de serviços** ou de **fornecimento de mão-de-obra**.

Ora, não será a Associação que estará prestando os serviços, mas, sim, seus associados, apenas representados por aquela, não subsistindo relação de subordinação entre ambos. No entanto, os portadores de deficiência física da presente discussão afiguram-se como mão-de-obra fornecida pela ADM/Ce à Etufor.

De acordo com JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (2000, p. 491), há duas formas de intermediar mão-de-obra: "**A associação poderá ser a empregadora**, regendo-se, em relação aos seus associados, pela Consolidação das Leis do Trabalho, com os encargos normais, ou empreiteira agregando/supervisionando autônomos". (destacamos).

Referido autor refere-se ainda à outra forma, nos seguintes termos:

A associação pode, ainda, fornecer a mão-de-obra, não havendo subordinação entre o deficiente e a associação, mas com o tomador de serviço. O órgão ou entidade pública requer a uma determinada associação que coloque à sua disposição a mão-de-obra de tantos deficientes com aptidão para tal tarefa. A associação é contratada para garantir a continuidade da ocupação de determinado número de postos de trabalho e recebe uma comissão pelo seu trabalho de agenciadora de deficientes, acrescida da remuneração das pessoas que estão trabalhando com os encargos legais. (destacamos) (FERNANDES, 2000, p. 492).

Na situação que ora se apresenta existe um fornecimento de **mão-de-obra** para a Etufor, o que faz com que não haja subordinação entre o deficiente e a associação, mas com o tomador de serviço. Portanto, o deficiente motor, *in casu*, será subordinado à Etufor.

3º) relativo ao preço do contrato:

O valor fixado no contrato deve ser compatível com o praticado no mercado.

A Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Informática do Estado do Ceará – Sindpd/Ce e o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Ceará, instrumento legal e constitucionalmente previsto com validade normativa no âmbito do direito trabalhista, prevê o valor do salário do digitador, estando este, presumivelmente, compatível com o valor de mercado, já que foi acordado em conjunto com os representantes dos empregadores (fls. 16/30).

Com relação aos auxiliares de terminal, não há nos autos uma norma de cunho trabalhista que demonstre fixado o valor da remuneração devida a quem cumpra tal função. Porém, foi apresentada cópia do Acordo Coletivo de Trabalho celebrado entre a então Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A – ETTUSA e o Sindicato dos Trabalhadores no Sistema de Operação, Sinalização, Fiscalização, Manutenção e Planejamento Viário de Fortaleza e Região Metropolitana – Sindviários, instrumento normativo igualmente válido para a Justiça do Trabalho, estabelecendo, em sua cláusula 4ª – Piso Salarial, que "*a ETTUSA estabelecerá que o salário-base dos empregados não poderá ser inferior a R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais)*". Esse valor é o mesmo proposto pela associação interessada para cada associado (fl. 57).

Enfim, os salários previstos na proposta de preços estão compatíveis com o valor de mercado, tendo os empregadores e seus sindicatos, inclusive, com eles concordado, conforme demonstram os documentos relativos às negociações coletivas juntados aos autos.

Vale ressaltar que a previsão do artigo 24, inciso XX, não existe somente para atender a interesses filantrópicos, mas a Associação tem que oferecer o serviço de forma satisfatória. Se a entidade não se adequa aos interesses do Município e, num plano muito maior, aos interesses públicos, não poderá ser contratada.

A esse respeito, vejamos o que nos ensina MARÇAL JUSTEN FILHO (2000, p. 261):

É imperiosa a aptidão do contrato a satisfazer necessidade pública. Vale dizer, não se trata de atender a interesses filantrópicos. **Se a entidade particular nada pode oferecer ao Estado, não poderá ser contratada** (nem mesmo com dispensa de licitação). **Por isso, o dispositivo impõe que o preço seja compatível com o praticado no mercado.** Vale dizer, a Administração somente poderá aplicar o dispositivo no inc. XX quando o valor do contrato equivaler aos montantes que seriam desembolsados caso houvesse licitação (destacamos).

E complementa dizendo:

Portanto, a realização do contrato dependerá da presença de requisitos de satisfação do **interesse público**. Em vez de recorrer a qualquer outro agente econômico (por via de licitação), o Estado contratará diretamente a associação. O contrato se regerá pelas regras próprias de Direito Público. **Em caso de inadimplemento, aplicar-se-ão as sanções cabíveis. Não será lícito ao estado receber prestações defeituosas ou inadequadas.** (destacamos) (JUSTEN FILHO, 2000, p. 261).

Relevante salientar que, de acordo com o Ofício 370/2006 expedido pelo Diretor Presidente da Etufor, esta entidade *“verificou cautelosamente o caráter beneficente da Associação, a compatibilidade dos preços apresentados com os de mercado e a regularidade social e tributária, aprovando-a em todos os quesitos”* (fl. 04). E a Associação de Deficientes Físicos do Ceará – ADFC, antiga contratada, não pôde oferecer proposta para contratação por impossibilidade de apresentar certidões de regularidade fiscal e tributária.

Assim, deduz-se que a entidade que ora se pretende contratar atende os requisitos dispostos na Lei de Licitações para contratações diretas com fulcro no artigo 24, inciso XX.

Por fim, impende ressaltar que a obrigação de quitação fiscal afeta diretamente a capacidade da associação a ser contratada pela Administração Pública Municipal, cuja prova de regularidade é exigência constante no art. 27, IV e 29 da Lei de Licitações. De igual modo, necessária a comprovação da habilitação jurídica da contratada, como exigência dos artigos 27, inciso I e 28 do citado diploma legal.

Imprescindível, por conseguinte, a juntada de documentação válida relativa à habilitação jurídica e regularidade fiscal da contratada, quando da assinatura do pretense contrato, como condição de eficácia do presente parecer.

Igualmente, a Nota de Autorização de Despesa – NAD não se encontra acostada aos autos, descumprindo a exigência do do Decreto Municipal nº 11.976/06, devendo ser juntada aos autos, devidamente assinada pela autoridade competente.

A dispensa deve ser ratificada pelo Presidente da Etufor e publicada no DOM, no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.666/93 e do art. 1º, inc. III do Decreto Municipal nº 9.321/94.

Finalmente, válido ressaltar que o presente parecer é peça meramente opinativa, não vinculando o administrador em sua decisão (MS nº 24.073, relator Ministro Velloso, STF).

Diante de todo o exposto, é o parecer no sentido da **possibilidade jurídica** de dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso XX da Lei nº 8.666/93, ficando a decisão de mérito acerca da conveniência, oportunidade, necessidade e viabilidade orçamentária a cargo da autoridade consulente, na forma do Decreto Municipal nº 9.321/94 e da Lei nº 8.666/93⁵.

5 REFERÊNCIAS

- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Princípio da Isonomia: Desequivalências Proibidas e Desequivalências Permitidas*, Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993.

É o parecer, salvo melhor entendimento.

À consideração do Sr. Procurador Geral do Município.

Fortaleza/CE, 16 de outubro de 2006.

Daniele Cavalcante Dias
Procuradora Assistente
OAB/CE 14.960

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE
EFEITO SUSPENSIVO**

Ref. Ação de Execução Fiscal nº 2004.81.00.013388-8

**AGRAVANTE - MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADO - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO
SOCIAL (INSS)**

A co-responsabilidade, note-se, não é matéria a ser apurada na execução fiscal, mas sim em momento anterior, no bojo do procedimento preparatório do lançamento, ou do processo administrativo propriamente dito. A execução não busca o exercício da tutela de conhecimento, mas sim da tutela executiva. Assim, a Certidão de Dívida Ativa, como título executivo que é, há de indicar, desde logo, o nome de todos, o devedor e os co-responsáveis, sob pena de não poder a execução ser movida, ou 'redirecionada' contra estes, posteriormente. (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 237, grifou-se).

O **MUNICÍPIO DE FORTALEZA**, pessoa jurídica de direito público interno, vem, por meio de seu Procurador MIGUEL ROCHA NASSER HISSA, inscrito na OAB(CE) sob o nº 15.469, *in fine* subscrito, com endereço profissional na Avenida Santos Dumont, nº 5.335, 11º andar, Papicu, Fortaleza(CE), inconformado com a decisão que determinou o redirecionamento do feito executório em tela, proferida pelo Meritíssimo Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária no Ceará, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, representado processualmente pela Procuradora Federal EMÍLIA MEIRELES BARGUIL, inscrita na OAB(CE) sob o nº 5.488, bem como por todos os procuradores integrantes dos quadros da Procuradoria Geral Federal em Fortaleza, com endereço profissional nesta cidade de Fortaleza(CE), na Rua Pedro Pereira, nº 383, 5º andar, interpor, tempestivamente, o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, com espeque no art. 522 do Código de Processo Civil, em conformidade com os fatos e os fundamentos jurídicos expostos nas razões adiante alinhadas.

Preliminarmente. O agravante anexa ao presente recurso cópia de todas as peças do processo onde foi proferida a decisão agravada, atestando o Procurador que subscreve esta petição a autenticidade das referidas cópias.

Dos fatos. Tratam os autos versados de uma ação de execução fiscal promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face da Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização (EMLURB), na qual se pleiteia o pagamento de quantia equivalente a R\$ 9.894.610,60 (nove milhões oitocentos e noventa e quatro mil seiscentos e dez reais e sessenta centavos).

Tal montante, segundo consta nas certidões da dívida ativa anexadas à exordial, refere-se a diversas contribuições sociais e obrigações acessórias devidas pela EMLURB ao exeqüente.

Ocorreu que, regularmente citada a devedora, bem como os gestores co-responsáveis, não houve pagamento da dívida ou nomeação de bens à penhora. O exeqüente, em seu inescusável afã de arrecadar o suposto crédito a qualquer custo – ainda que, para isso, tenha que vulnerar os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à matéria – requereu o direcionamento do feito ao Município de Fortaleza, sob a falaciosa alegação de que este seria co-responsável pelo crédito em alusão.

O douto Magistrado de primeiro grau, em sucinta decisão – viciada pela ausência de qualquer fundamentação –, acolheu o pedido do ente agravado, determinando a citação do recorrente para, no prazo legal, opor embargos à pretensão executória. Transcrevamos o teor do sintético *decisum*:

1. Diante do exposto, defiro parcialmente o pedido de direcionamento da demanda contra o município de Fortaleza conforme requerido pelo INSS, às fls. 22/30.
2. Cite-se o Município de Fortaleza nos termos do art. 730 do CPC.
3. Expedientes necessários.

Em virtude da flagrante ilegalidade de tal determinação judicial é que o Município oferece o presente recurso. A decisão vergastada, com efeito, não tem como prosperar, uma vez que o Município de Fortaleza, além de não figurar como devedor no título executivo em questão, jamais procedeu com excesso de poderes, e muito menos infringiu a lei, de forma que não é lícito que o ente municipal seja responsabilizado pelos débitos contraídos pela empresa pública executada. É o que se passa a demonstrar.

Do direito. Segundo consta na certidão de dívida ativa anexada à peça inicial da execução, apenas a Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização figura como devedora do crédito tributário exeqüendo. Como co-responsáveis pela dívida, são apontados tão-somente os antigos gestores daquela empresa, quem sejam, Vicente Armando Fonteles, Clerton Benevides Machado, Tomas Lima de Carvalho Rocha e Marcos Stênio Teixeira.

Senhores Magistrados, jamais o Município de Fortaleza poderia ser incluído no pólo passivo da presente execução fiscal! A uma, porque o ente público não pode ser responsabilizado por débito de pessoa jurídica distinta. A duas, porque a Fazenda Municipal não está indicada como devedora ou co-responsável no título executivo que instrui a inicial da execução. A três, porque em nenhum momento o exeqüente realizou diligências no sentido de localizar bens da empresa efetivamente devedora.

A EMLURB, com efeito, consiste em empresa pública com personalidade jurídica de direito privado, cuja criação foi devidamente autorizada pelo Poder Executivo Municipal. Não se admite que o Município de Fortaleza seja responsabilizado por dívidas fiscais contraídas por empresas com personalidade distinta do ente municipal!

É flagrante, no caso enliçado, a ausência de legitimidade processual do recorrente. O Município de Fortaleza não foi sequer indicado, no título executivo, como devedor ou co-responsável pela dívida em comento. A constituição do crédito tributário aqui versado, portanto, se deu sem que o agravante tivesse a oportunidade de se manifestar em um prévio processo administrativo, ferindo de morte o disposto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Somente em uma hipótese, Excelências, a presente execução poderia ser redirecionada ao ente municipal: se ficasse patentemente comprovado nos autos que o gestor municipal agira com excesso de poderes ou infração de lei, o que não ocorreu na presente hipótese.

Outro não é o pacífico entendimento da doutrina pátria. Em brilhante lição acerca da matéria, o abalizado HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO ensina que a execução fiscal somente pode ser redirecionada a terceiros não-indicados na CDA quando estes realizam atos ensejadores da co-responsabilização após a constituição do crédito tributário. Transcrevamos a lição do mestre:

Pode haver, ainda, co-responsáveis, ou seja, pessoas que, solidária ou subsidiariamente, também poderão responder pelo crédito tributário executado. A co-responsabilidade, note-se, não é matéria a ser apurada na execução fiscal, mas sim em momento anterior, no bojo do procedimento preparatório do lançamento, ou do processo administrativo propriamente dito. A execução não busca o exercício da tutela de conhecimento, mas sim da tutela executiva. **Assim, a Certidão de Dívida Ativa, como título executivo que é, há de indicar, desde logo, o nome de todos, o devedor e os co-responsáveis, sob pena de não poder a execução ser movida, ou 'redirecionada' contra estes, posteriormente.**

[...]

O correto, nesses casos, é exigir que a responsabilidade dos terceiros seja apurada em processo administrativo, assegurando-se-lhes amplas oportunidades de participação e defesa, como condição para a constituição de uma CDA na qual constem como co-responsáveis.

[...]

Assim, para fins práticos, podemos dizer, em suma, que:

a) a petição inicial da execução fiscal deve ser instruída com CDA que contenha o nome do devedor, sob pena de nulidade, e o nome dos co-responsáveis, sob pena de não se poder 'redirecionar' a execução contra tais co-responsáveis;

b) caso não seja apontado o nome dos co-responsáveis na CDA, mas o fato que justifica essa co-responsabilização for posterior à constituição definitiva do crédito executado.

a jurisprudência do STJ admite a posterior responsabilização, e o redirecionamento da execução fiscal, desde que o Fisco comprove - no âmbito do processo de execução a ocorrência dos fatos que a motivam. (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 237-239, grifou-se).

Nossas Cortes superiores, outrossim, adotam o mesmo posicionamento, tal como se depreende dos seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO-CONTRIBUIÇÃOPREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO FISCAL -REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS, CUJOS NOMES CONSTAVAM DA CDA -POSSIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA -INVERSÃO - SÚMULA Nº 07/STJ - [...]. I. Conforme entendimento jurisprudencial, sendo a execução proposta somente contra a sociedade, a Fazenda Pública deve comprovar a infração a lei, contrato social ou estatuto ou a dissolução irregular da sociedade para fins de redirecionar a execução contra o sócio. II. De modo diverso, se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento e o ônus da prova compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza. III. A terceira situação consiste no fato de que, embora o nome do sócio conste da CDA, a execução foi proposta somente contra a pessoa jurídica, recaindo o ônus da prova, também neste caso, ao sócio, tendo em vista a presunção de liquidez e certeza que milita a favor da CDA. Precedentes: EREsp nº 702.232/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 26/09/05, p. 169 e AgRg no REsp nº 720.043/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14/11/05, p. 214. IV. No caso dos autos, na CDA constava o nome da empresa e dos sócios, do que se conclui que cabia a estes provar a inoocorrência de uma das situações do art. 135 do CTN, com vistas a afastar o redirecionamento da execução. V. O Tribunal de origem entendeu ser possível o redirecionamento da execução com base no exame do substrato fático-probatório dos autos, sendo que o acolhimento da fundamentação dos recorrentes, com vistas a modificar esse entendimento, não pode ser efetuado em sede de recurso especial, em atenção ao enunciado sumular nº 7/STJ. [...] VII. Recurso especial improvido. (STJ - REsp 848.206/

PR – 1ª Turma – Relator, o excelentíssimo Ministro Francisco Falcão – DJU 16.10.2006).

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO RESPECTIVO TRIBUNAL OU DE TRIBUNAL SUPERIOR – PERMISSIVO DO ART. 557 DO CPC – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – INVIABILIDADE – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135, III, DO CTN – AFERIÇÃO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – SÚMULA N. 7/STJ. 1. O relator está autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunais Superiores. Inteligência do art. 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas também à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. 3. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.' (Súmula n. 7/STJ). 4. Recurso especial improvido. (STJ – REsp 512.201/SC – 2ª Turma – Relator, o excelentíssimo Ministro João Otávio de Noronha – DJU 13.10.2006).

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART. 544 DO CPC – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – ART. 135 DO CTN – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA – SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – DÉBITOS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL – LEI 8.620/93, ART. 13 – JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ – SÚMULA 7/STJ. 1. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 2. Tratando-se de débitos de sociedade para com a

Seguridade Social, diversos julgados da Primeira Turma, inclusive desta relatoria, perfilhavam o entendimento da responsabilidade solidária dos sócios, ainda que integrantes de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em virtude do disposto em lei específica, qual seja, a Lei nº 8.620/93, segundo a qual “o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social” (artigo 13). 3. Não obstante, a Primeira Seção desta Corte, em recente sessão de julgamento, assentou que: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO (SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA). SOLIDARIEDADE. PREVISÃO PELA LEI 8.620/93, ART. 13. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 146, 111, B). INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. CTN, ARTS. 124, 11, E 135, 111. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.016 E 1.052. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. [...] 3. A solidariedade prevista no art. 124, 11, do CTN, é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional. 4. Inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/93, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. O art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal, estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar. 5. O CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O art. 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art. 124, II, do CTN. 6. O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às Sociedades Limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente

somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN. 7. A Lei 8.620/93, art. 13, também não se aplica às Sociedades Limitadas por encontrar-se esse tipo societário regulado pelo novo Código Civil, lei posterior, de igual hierarquia, que estabelece direito oposto ao nela estabelecido. 8. Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário." (Recurso Especial nº 717.717/SP, da relatoria do e. Ministro José Delgado, julgado em 28.09.2005). 4. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. 5. Agravo Regimental desprovido." (STJ - AgRg no Ag 757.024/RS - 1ª Turma - Relator, o excelentíssimo Ministro Luiz Fux - DJU 16.10.2006).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE - SÓCIO-GERENTE - REDIRECIONAMENTO DO EXECUTIVO - LIMITES - ART. 135, III, DO CTN - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO FISCO DE VIOLAÇÃO DA LEI - REEXAME DE PROVA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ - PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o simples inadimplemento não

caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal, por meio de redirecionamento da execução fiscal. 4. "A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende da prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal." (AgReg no AG nº 246475/DF, 2ª Turma, Relª Minª. NANCY ANDRIGHI, DJ de 01/08/2000) [...] 7. Agravo regimental não-provido. (STJ - AgRg nos EDcl no Ag 752518/MG - 1ª Turma - Relator, o excelentíssimo Ministro José Delgado - DJU 05.10.2006).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - SOCIEDADE LIMITADA. 1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de estabelecer, na interpretação do art. 135 do CTN, as seguintes regras: a) é possível o redirecionamento da execução ao sócio, quando não encontrada a pessoa jurídica ou bens do seu patrimônio para garantia; b) extinta a sociedade regularmente, para responsabilizar o sócio deve o exequente provar que ele agiu com excesso de poder ou infringiu a lei; c) se a sociedade se extingue de forma irregular, o ônus da prova para eximir o sócio da responsabilidade cabe a ele e não ao exequente, havendo, assim, inversão do ônus da prova. 2. Empresa que se extinguiu irregularmente, sem deixar bens para garantir os débitos e sem que o sócio fizesse a prova da sua inocência. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp 835.068/SC - 2ª Turma - Relatora, a excelentíssima Ministra Eliana Calmon - DJU 03.10.2006).

Este Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região possui o mesmo entendimento, conforme se infere da seguinte decisão:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA - NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE UMA

DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 135, III DO CTN - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DA EXEQUENTE - ART. 333 DO CPC. 1. SÓ É ADMISSÍVEL A RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS COTISTAS, NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN, QUANDO SE DEMONSTRAR QUE OPERARAM COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO SOCIAL OU AOS ESTATUTOS, AINDA QUE SE TRATE DE DÍVIDAS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA; PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 2. A SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, POR SE TRATAR DE ELEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, SOMENTE PODE SER INSTITUÍDA MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR (ART. 146, III DA CF/88), E DESDE QUE O RESPONSÁVEL ESTEJA VINCULADO AO FATO GERADOR DO TRIBUTO (ART. 128 DO CTN), SOB PENA DE, SOB AS VESTES FORMAL DE UMA LEI, ESCONDER A VERDADEIRA E ÚNICA INTENÇÃO DO LEGISLADOR, DE ASSEGURAR, A QUALQUER CUSTO, A ARRECADAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA, AINDA QUE EM DETRIMENTO DAS GARANTIAS E DIREITOS DO CONTRIBUINTE.

3. A AUTONOMIA E A INDIVIDUALIDADE DA PESSOA JURÍDICA IMPÕE QUE A PESSOA DO SÓCIO, BEM COMO O SEU PATRIMÔNIO JURÍDICO, NO QUAL SE INCLUEM AS DÍVIDAS, SEJAM DISTINGUIDOS DOS DA SOCIEDADE, SALVO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, QUE NÃO RESTARAM CONFIGURADAS. 4. CABE À EXEQUENTE (FAZENDA PÚBLICA) DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DE UMA DAS HIPÓTESES PERMISSIVAS DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL, BEM COMO A DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA, PORÉM JAMAIS À PARTE EXECUTADA, UMA VEZ QUE NÃO LHE PODE SER EXIGIDA A PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA, ALÉM DE QUE O ÔNUS DA PROVA INCUMBE AO AUTOR, QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO (ART. 333 DO CPC). 5. AGRAVO IMPROVIDO. (TRF 5ª Região - AGTR nº 63.129/AL - 2ª Turma - Relator, o excelentíssimo Desembargador Federal Napoleão Maia Filho - DJU 19.07.2006).

Senhores Desembargadores, o ente agravado jamais comprovou qualquer tipo de procedimento abusivo ou ilegal cometido por representantes do agravante! Mais do que isso, a decisão que determinou o redirecionamento da pretensão executória - extremamente gravosa ao Município de Fortaleza - não apontou, ainda que sinteticamente, qualquer motivo plausível que justificasse a inclusão do agravante no pólo passivo da lide!

O INSS, em sua petição de fls. 22-24, limita-se a afirmar que "o Município de Fortaleza desapropriou bens da EMLURB, tornando-a insolvente e causando dano extremo a terceiros, inclusive ao Fisco [...]".

OCORRE EXCELÊNCIAS QUE O AGRAVADO NÃO DEMONSTRA NEM A SUPOSTA INSOLVÊNCIA DA EMLURB - SEQUER FORAM REALIZADAS DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAR BENS DA DEVEDORA - E MUITO MENOS A PRESENÇA DE ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE CULMINARAM COM A DESAPROPRIAÇÃO DE BENS DA EMPRESA DEVEDORA!!!

Na verdade, a desapropriação aludida foi realizada para assegurar a continuidade dos serviços de limpeza e urbanização no âmbito da cidade de Fortaleza. Não existiu, Senhores Magistrados, qualquer tipo de ilegalidade em tal ato. Impende ressaltar, aliás, que sequer cabe ao Poder Judiciário perscrutar acerca dos atos discricionários realizados pelo ente público.

No caso em tela, os decretos de desapropriação encontram-se formal e materialmente perfeitos. Não houve irregularidade no procedimento do gestor municipal. Todos os requisitos dos respectivos atos administrativos foram preenchidos de forma satisfatória. **A simples desapropriação de certos bens da devedora, portanto, não autoriza a que a execução fiscal ajuizada contra aquela seja redirecionada ao ente expropriante!!!**

Por último, é importante acrescentar que o INSS sequer diligenciou para encontrar outros bens pertencentes

à EMLURB ou aos co-responsáveis indicados na CDA. O exequente não expediu ofícios aos cartórios de imóveis, Detran, instituições bancárias ou mesmo à Receita Federal, como é de praxe nos procedimentos de execução fiscal. Tal fato já demonstra um inescandível apetite de garantir, por vias tortas, o sucesso de uma execução através da responsabilização de um ente público sempre solvente.

Do pedido. Ex positis, requer o agravante que:

- i. o Douto Desembargador Relator deste agravo digno-se de admiti-lo, haja vista a presença de seus requisitos legais;
- ii. sejam requisitadas informações ao juiz da causa, no prazo de 10 (dez) dias (art. 527, inciso IV, do Código de Processo Civil);
- iii. se determine a intimação do procurador do agravado, no endereço supracitado, para que responda a este recurso no prazo de 10 (dez) dias (art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil);
- iv. seja reformada a decisão agravada por não se encontrarem presentes os pressupostos legais ensejadores do redirecionamento da execução fiscal em alusão¹.

N. Termos

P. e E. Deferimento

Fortaleza(CE), 23 de outubro de 2006

Miguel Rocha Nasser Hissa
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
OAB(CE) Nº 15.469

¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza comemora o lançamento da edição de número 14 de sua Revista, dando continuidade à publicação periódica de artigos científicos, peças processuais e pareceres jurídicos, que se consolidou na Instituição desde 1992. Com a edição deste número, a Procuradoria Geral do Município retoma a publicação da Revista, assumindo 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.

Os textos, de autoria de Procuradores do Município, advogados, juízes, professores universitários e estudantes, envolvem as mais variadas temáticas do Direito. 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 posso deixar de enaltecer o trabalho realizado pelo Centro de Estudos e Treinamento – CETREI, responsável imediato pela coleta, análise e formatação dos artigos selecionados. Nesse sentido, registro meu especial agradecimento ao Chefe do CETREI, Dr. Henrique Araújo Marques Mendes, ao Procurador Juraci Mourão Lopes Filho e à servidora e professora Roberta Laena Costa Jucá. Da mesma forma, não posso olvidar do apoio incondicional da Prefeita de Fortaleza, cujas ações norteiam-se sempre pelo estímulo ao aperfeiçoamento intelectual dos que servem a este Município.

Fortaleza, dezembro de 2006.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Procurador Geral do Município