

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Conselho Editorial

Ministério Público Federal

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

Ministério Público Militar

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 5 – Números 20/21 – julho/dezembro 2006
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar
70200-901 – Brasília/DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2007. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Volker Egon Bohne

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro F. Tosta

Núcleo de Editoração

Cecilia S. Fujita dos Reis

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Setor de Revisão

Daniel Mergulhão de Carvalho – Preparação de originais

Núcleo de Programação Visual

Ana Manfrinato Cavalcante

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Fotolitos e impressão

Editora Gráfica Daliana Ltda. – Rua Custódio Maia, 469 – Bairro Darcy Vargas

CEP 32372-160 – Contagem/MG – Tel.: (31) 3393-2353

E-mail: <graficadaliana@uol.com.br>

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 5, n. 20/21, jul./dez., 2006

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Sabemos que nossas vidas são resultado de nossas *escolhas*.

Você, leitor, participe de um mundo “globalizado”, que tem um universo de informações à sua disposição, sob todas as formas de divulgação, chega a atordoar-se em meio a um turbilhão de novas formas de saber. Tomar conhecimento de todas elas, impossível. Virar as costas e viver sem elas, impossível também. O que fazer? Garimpar, selecionar aquilo que verdadeiramente importa conhecer.

Nesse contexto está o *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, que traz a você a união das 20^a e 21^a edições, com a certeza de que, entre tantas publicações, a sua *escolha* em ler os variados textos que o compõem não foi em vão.

Temas candentes foram *escolhidos* e compilados, cuidadosamente, a fim de proporcionar-lhe uma leitura agradável e proveitosa. Direitos humanos, interesse público, políticas públicas, porte de drogas para uso próprio, direitos autorais e corrupção são apenas alguns dos temas que você poderá escolher para ler ou, simplesmente, deleitar-se com todos eles.

A sua escolha é para nós motivo de orgulho e estímulo para que as próximas edições estejam sempre acima das expectativas.

A todos os autores que escolheram o *Boletim Científico da ESMPU* como o meio para divulgar suas idéias – e que esperaram, pacientemente, sua publicação –, nossos agradecimentos.

Esperamos poder contar com a sua *escolha* novamente.

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Promotora de Justiça do
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Membro do Conselho Editorial da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Seção I – Direitos Humanos

- A derrogabilidade das normas de proteção internacional dos direitos humanos
Márcia de Almeida Pereira 11
- Democracia, globalização, economia e direitos humanos
Luíz Fernando Voss Chagas Lessa 43

Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

- Ministério Público e patrimônio público: uma abordagem em torno da unidade do interesse público
André de Vasconcelos Dias 71
- O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas
Sérgio Bruno Cabral Fernandes 111

Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

- Breves comentários ao art. 10 da Lei n. 7.347/1985
Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior 135
- A nova contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006)
Thiago André Pierobom de Ávila 155
- A revisão do arquivamento da persecução penal eleitoral
Francisco Dias Teixeira 177

Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

- Política econômica e Estado
Giovani Clark 191

Subsídios e direitos adquiridos
Sebastião Vieira Caixeta 205

Os direitos autorais e os chamados “resumos críticos” de
obras
Ricardo Luiz Pereira Marques 229

Seção V – Temas Atuais

A exploração petrolífera na América do Sul: uma breve
análise do caso boliviano
Wladimir Tadeu Silveira Coelho 241

Corrupção: o excesso de peso nas costas do cidadão
Daisy de Asper y Valdés e Gerald E. Caiden 255

Seção I

Direitos Humanos

A derogabilidade das normas de proteção internacional dos direitos humanos

Márcia de Almeida Pereira*

Sumário: 1 A proteção internacional dos direitos humanos e os conflitos armados. 1.1 O porquê da expressão “conflitos armados”. 1.2 A internacionalização da proteção dos direitos humanos. 1.3 Conflitos armados e proteção internacional dos direitos humanos. 2 A derogabilidade dos deveres internacionais de proteção dos direitos humanos em conflitos armados. 2.1 Nota introdutória. 2.2 O sistema europeu. 2.3 O sistema interamericano. 2.4 O sistema das Nações Unidas. 3 Reflexões sobre os dispositivos inderrogáveis e reservas. 3.1 Reserva às normas inderrogáveis. 3.2 Efeitos das reservas válidas para o Estado autor da reserva. 3.3 Efeito das reservas inválidas para os demais Estados signatários. 4 Conclusão.

1 A proteção internacional dos direitos humanos e os conflitos armados

1.1 O porquê da expressão “conflitos armados”

Até o início do século XX, o termo *guerra* era bastante utilizado, já que não havia nenhuma proibição legal à utilização da força como meio de resolução de controvérsias. A guerra consistia em uma confrontação armada entre Estados e, num primeiro momento, entendia-se que para configurar o estado de guerra deveria existir uma declaração formal. O conceito, no entanto, foi

* Márcia de Almeida Pereira é pós-graduada em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília (UnB) e Universidade Ruhr de Bochum (Alemanha). Assessora Jurídica da PGT.

evoluindo e a doutrina mais moderna de Direito Internacional já não exige a declaração formal como requisito para configuração do estado de guerra¹.

O tratado que instituiu a Liga das Nações (Pacto da Sociedade das Nações, de 1919) – embora ressalte que toda guerra ou ameaça de guerra atinge, de modo geral, a sociedade inteira e que todas as medidas apropriadas devem ser tomadas para resguardar a paz entre as Nações (art. 11) – permite a utilização da guerra como meio de resolução de conflitos, conforme se pode constatar a seguir:

Art. 12. Todos os Membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submetem ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, *deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses* depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho [grifo nosso].

Em todos os casos previstos neste artigo a sentença dos árbitros deverá ser dada num prazo razoável e o parecer do Conselho deverá ser lido nos seis meses, a contar da data em que tiver tomado conhecimento da divergência.

Felizmente, menos de uma década depois, mais precisamente em 1928, foi firmado um tratado multilateral, mais conhecido como Pacto Briand-Kellogg², que proibiu veementemente a utilização da guerra como recurso para solução de controvérsias.

¹ De acordo com o *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, de Pietro Verri (Genebra: CICR), o princípio da declaração obrigatória caiu em desuso. Em realidade, e segundo o direito consuetudinário, a declaração de guerra deixou de ser necessária para a instauração do estado de guerra; basta que uma das partes manifeste sua vontade começando materialmente as hostilidades (vide o verbete “Declaración de guerra”). [Tradução livre da autora.]

² O Pacto Briand-Kellogg ficou assim conhecido por ter sido proposto, em 1927, pelo Ministro das Relações Exteriores do governo francês, Aristide Briand. O Pacto seria, a princípio, celebrado entre Estados Unidos e França. O Secretário de Estado dos EUA, Frank B. Kellogg, em resposta, sugeriu que o instrumento fosse um pacto geral contra a guerra, não se limitando somente aos dois Estados. Assim, após negociações, o referido instrumento foi firmado em Paris, em 27 de agosto de 1928, por 11 Estados. Atualmente 62 Estados firmaram o Pacto Briand-Kellogg.

Na Carta das Nações Unidas, que foi firmada no ano de 1945, verifica-se que o termo guerra não foi utilizado sequer uma vez, sendo substituído por palavras e expressões equivalentes, como *agressão, uso da força, ruptura da paz*.

No entanto, em 1949, o conceito que vinha sendo preterido voltou a ser utilizado nas Convenções de Genebra, conforme se pode verificar no art. 2º comum às quatro Convenções:

Além das disposições que devem entrar em vigor desde o tempo de paz, a presente Convenção aplicar-se-á em caso de *guerra declarada* ou de qualquer outro *conflito armado* que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas [...] [grifo nosso].

Nesse aspecto, as Convenções de Genebra reavivaram termo que estava sendo evitado (guerra), bem como a necessidade da declaração formal, e passou a trabalhar com dois conceitos: guerra declarada e conflito armado.

Pelas limitações que o termo contém e na esteira dos documentos jurídicos anteriormente citados, tem-se preferido a utilização da expressão *conflitos armados*, por ser mais ampla e incluir vários tipos de situação conflituosa: conflito armado internacional (*internacionais propriamente ditos, guerras de libertação nacional, conflito interno internacionalizado*) e conflito armado não-internacional (que tem uma definição mais restrita, de acordo com o art. 1º, Prot. II, adicional às Convenções de Genebra, ou uma definição ampla, de acordo com o art. 3º comum às Convenções).

Registrem-se as palavras de Celso D. de Albuquerque Mello, que faz uma síntese bastante inteligente dos conceitos acima expostos: “Toda guerra é conflito armado internacional, mas nem todo conflito armado internacional é guerra”³.

³ MELLO, 1997, p. 154-155.

1.2 A internacionalização da proteção dos direitos humanos

O início da civilização foi também o início de uma história de desrespeito ao ser humano, em que ele sofreu os mais diversos tipos de violações nas suas relações interpessoais. Gradualmente, o indivíduo foi se afirmando e passando a reivindicar a salvaguarda de seus direitos. Para o saudoso professor Norberto Bobbio, os direitos humanos são aqueles “nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴. Em outras palavras, por mais fundamentais que sejam os direitos humanos e expressem a essência de cada indivíduo, eles vão se revelando pouco a pouco, surgindo da necessidade de cada ser ou grupo em um determinado contexto histórico e cultural, contextos estes que, por sua vez, podem ser mais ou menos favoráveis ao florescimento desses direitos.

As atrocidades ocorridas nas duas grandes guerras do início do século XX propiciaram o desenvolvimento dos direitos humanos em um contexto internacional. Esse período gris de horrores sofridos despertou a sociedade internacional para a necessidade de uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos humanos. Os Estados não mais poderiam estar silentes diante de tantos atos que aviltavam a essência do ser e que poderiam voltar a constituir uma realidade. Então, a comunidade internacional se dispôs a assumir obrigações de cuidado, de proteção, de respeito para com esses indivíduos. Esses deveres de proteção foram materializados em instrumentos internacionais de direitos humanos, logo após o término da Segunda Grande Guerra, e a par dos instrumentos regionais já existentes⁵.

Em que pese o fato de a Carta das Nações Unidas (1945) já falar em promoção, estímulo e respeito dos direitos do homem e

⁴ BOBBIO, 1992, p. 5.

⁵ Podemos citar como os primeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos a Magna Carta de João Sem-Terra (1215), o *Petition of Rights* (7 jun. 1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Toleration Act* (1689) e a *Bill of Rights* (13 fev. 1689). Essas cartas de direitos precederam as grandes Declarações de Direitos (Virgínia, 1776, e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

das liberdades fundamentais (art. 1º, 3, e art. 55), considera-se como marco inicial da proteção internacional dos direitos humanos o ano de 1948, no qual ocorreu a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. A declaração foi adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em forma de Resolução, materializando uma vontade geral, mas carecendo de qualquer validade jurídica. Para alguns doutrinadores a Declaração, ainda que não tenha a forma de tratado, possui força jurídica obrigatória e vinculante, por tratar-se de uma interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” contida na Carta das Nações Unidas de 1945. A Carta da ONU falava de direitos humanos, mas não listava quais seriam eles, tendo a declaração suprido essa lacuna.

Em 1966 foram celebrados dois instrumentos jurídicos de proteção: o *Pacto de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que incorporavam (além de ampliarem) os direitos e garantias previstos na Declaração Universal, no entanto com uma diferença: os Pactos possuem caráter jurídico. Estava formada então a *Carta Internacional dos Direitos Humanos (International Bill of Rights)*, que conjuga a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos Internacionais datados de 1966⁶.

A proteção internacional dos direitos humanos foi se ampliando com o surgimento de vários instrumentos temáticos (*Convenção dos Direitos da Criança; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*) e, ainda, com o aparecimento de diversos instrumentos regionais de proteção dos direitos humanos (*Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*).

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos⁷, que começou formalmente com a Declaração de 1948, não é tarefa

⁶ PIOVESAN, 2000, p. 160.

⁷ Ibidem, p. 42.

cumprida. É luta árdua e deve ser pauta constante em um mundo em que os conflitos armados representam um óbice massivo à materialização desses direitos.

1.3 Conflitos armados e proteção internacional dos direitos humanos

Os Estados, ao ratificarem os instrumentos internacionais que estabelecem deveres de proteção dos direitos humanos, pressupõem uma situação de normalidade, de estabilidade de suas funções institucionais e jurídicas. Um Estado precisa que seus pilares estejam firmes para possibilitar o cumprimento dos direitos humanos. No entanto, em uma situação de excepcionalidade, como no caso de conflitos armados, torna-se mais difícil – quando não inviável – cumprir as obrigações assumidas.

Quando determinados grupos dentro de um Estado, querendo chamar a atenção para seus lemas e desejando dar demonstrações de poder, emitem ordem para que as pessoas não saiam de suas casas e para que os comerciantes fechem suas lojas, vê-se a debilidade do Estado em respeitar a liberdade de ir e vir dos indivíduos. Quem lhes garantirá segurança em tal caos? Quando crianças protestantes em Belfast (Irlanda) deixam de ir à escola para não serem apedrejadas por católicos ortodoxos, vê-se a fragilidade do Estado no que tange ao comprometimento com a educação e com a não-submissão de crianças a situações constrangedoras e vexatórias. Quando colheitas inteiras são destruídas por grupos rebeldes que reivindicam sua supremacia étnica, o direito a conseguir a subsistência pelo trabalho esvai-se em fumaça, parecendo algo tão insólito e longínquo. Quando hospitais públicos já não podem mais receber pessoas, por terem seus leitos completamente ocupados por vítimas de bombas e minas terrestres, vê-se a debilidade dos poderes governamentais em garantir o direito à assistência médica e a um tratamento humano e digno. Como materializar o direito à informação se as cadeias de rádio e televisão estão nas mãos dos grupos dissidentes ou foram destruídos por ataques massivos?

As situações de conflitos armados internacionais e também os de índole não internacional⁸, que constituem a maioria dos conflitos da atualidade, representam um entrave ao cumprimento efetivo da proteção dos direitos humanos. Denise Hauser⁹, escrevendo sobre a nova tipologia dos conflitos armados, ressalta algumas características que se evidenciam nesse tipo de situação:

destaca-se a desintegração das estruturas do Estado, como causa ou consequência do conflito, que tem a denominação de conflitos desestruturados. Estes se caracterizam pelo debilitamento ou desaparecimento, parcial ou total, das estruturas estatais, com a ruptura da autoridade, do direito e da ordem política. [...] não ocorre a desaparecimento física do Estado, o que ocorre é que este perde sua capacidade para cumprir com suas funções normais de governo.

E foi justamente pensando em situações como essas, de excepcionalidade, de exceção, de debilidade da estrutura estatal pela existência de conflitos armados, que os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos mostraram uma alternativa, isto é, estabeleceram a possibilidade de suspensão do cumprimento de certas normas.

⁸ Entende-se por *conflito armado internacional*, de acordo com o art. 2º comum às Convenções de Genebra, ademais dos casos de guerra declarada, qualquer conflito que surja “entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não tenha sido reconhecido por uma delas”, e ainda “os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte Contratante, mesmo que a ocupação não encontre qualquer resistência militar”. Também são considerados conflitos armados internacionais, de acordo com o Protocolo n. 1 adicional às Convenções de Genebra, “os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas”. Entende-se por *conflito armado não internacional* todo conflito que não se enquadrar nas definições anteriores (art. 3º, comum às quatro Convenções) e aqueles “que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo” (Protocolo n. II adicional às Convenções de Genebra).

⁹ HAUSER, 2002, p. 131-175.

Todavia, registre-se: essa possibilidade de suspensão não é uma válvula de escape do Estado para se eximir dos deveres assumidos. Não podemos ser levados a pensar que o Estado, pelo único fato de vivenciar um conflito armado, estaria liberado de suas obrigações. Não. A permissão de se suspender a aplicabilidade de certas normas de direitos humanos só se justifica se essa derrogação tiver como objetivo imediato a superação de uma situação caótica e como objetivo mediato a própria reestruturação, o reerguimento do Estado, para que na sua inteireza possa dar pleno cumprimento aos deveres de proteção dos direitos humanos assumidos anteriormente.

Para que essa derrogação seja legítima, deve obedecer aos critérios estabelecidos no próprio instrumento internacional que gerou as obrigações. Não há de se confundir a *derrogação das obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos* com a *legitimação das violações de direitos humanos* que, sabidamente, ocorrem em situações de conflito armado.

As matanças indiscriminadas, a prática de tortura, a escravidão, a violação massiva de mulheres, a utilização de crianças como força de luta, as execuções de prisioneiros não estão amparadas pela derogabilidade. Existem normas que são consideradas absolutas, isto é, são normas tão vitais que nem mesmo uma situação de excepcionalidade justificaria sua suspensão. São direitos e garantias considerados *inderrogáveis* (absolutos) por trazerem em si valores tão essenciais, tão viscerais que nenhuma situação, nem mesmo uma grave situação de conflito armado, ampara sua não-aplicabilidade.

Vê-se assim que a derogabilidade das normas de proteção dos direitos humanos em situações de crise estatal não é uma “procuração com poderes plenos” que se concede ao Estado. A suspensão de obrigações anteriormente assumidas encontra óbice nas chamadas cláusulas pétreas. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello¹⁰, essas cláusulas podem ser vistas sob dois ângulos distintos: *como cláusulas restritivas à soberania do Estado*, já que a norma internacional diz ao

¹⁰ MELLO, 1997, p. 51.

Estado que, mesmo em períodos de exceção na sua vida estatal, determinados dispositivos não podem ser suspensos; *como cláusulas concessivas em relação à soberania do Estado*, já que o Estado, que havia se obrigado a cumprir vários direitos, ver-se-ia diante da possibilidade de deixar de cumprir alguns deles (nesse sentido seria uma cláusula escapatória para o Estado).

Cada sistema de proteção dos direitos humanos (europeu, interamericano, das Nações Unidas) estabelece quais as condições que devem ser cumpridas pelo Estado para se derrogar essas normas fundamentais e cada um dos sistemas elenca, ainda, quais são as normas não passíveis de suspensão. É o que veremos na segunda parte deste estudo.

2 A derrogabilidade dos deveres internacionais de proteção dos direitos humanos em conflitos armados

2.1 Nota introdutória

Como ventilado anteriormente, para que as obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos possam deixar de ser cumpridas em uma situação de conflito armado, alguns procedimentos devem ser observados pelo Estado derrogante.

Cada sistema de proteção dos direitos humanos (europeu, americano, das Nações Unidas) estabelece seus próprios procedimentos, porém, da leitura dos dispositivos que cuidam do tema, pode-se extrair facilmente alguns princípios basilares nos quais se fundam os instrumentos jurídicos correspondentes. São eles¹¹: *Princípio da ameaça excepcional*: deve haver uma situação de exceção na vida estatal, uma situação que fuja à normalidade. Só essa excepcionalidade é que justifica a derrogação das normas protetivas de direitos huma-

¹¹ Vide Jaime Oraá, citado em MELLO (1997, p. 56-58), e ainda o informe do relator especial Leandro Despouy sobre os direitos humanos e os estados de exceção (NAÇÕES UNIDAS, 1997).

nos. *Princípio da proclamação oficial*: é necessária declaração do Estado que dê publicidade ao fato. Visa dar conhecimento da amplitude das medidas de emergência e de seu impacto nos direitos humanos à população em geral. *Princípio da notificação*: visa a informar a comunidade internacional da extensão das medidas. *Princípio da proporcionalidade*: deve haver uma exata adequação entre as medidas adotadas e a gravidade da situação. Pretende-se evitar eventuais excessos. Os ônus impostos não podem ser maiores que os exigíveis para contornar a situação de exceção. *Princípio da temporalidade*: é uma decorrência lógica do princípio da ameaça excepcional. As medidas devem durar somente o tempo que a situação o exigir, não podendo ser mantida indefinidamente. *Princípio da não-discriminação*: as medidas derogatórias não podem ser fundadas em distinções de raça, sexo, língua, religião etc. *Princípio da compatibilidade, concordância e complementaridade com as normas de direito internacional*: tem como objetivo a harmonização das distintas obrigações assumidas pelo Estado (Jaime Oraá chama-o de Princípio da Coerência). *Princípio da inderrogabilidade de normas fundamentais*: existem normas absolutas (cláusulas pétreas) que constituem um núcleo essencial não passível de derrogação.

Quanto a esse último princípio, tem-se que as normas absolutas variam de acordo com os sistemas de proteção a que pertencem, sendo que algumas consideradas inderrogáveis para um não o são para outro. Exemplificando: apenas o sistema interamericano reconhece o “direito ao nome” como não-passível de derrogação em uma situação excepcional.

A seguir, analisaremos detalhadamente cada sistema de proteção dos direitos humanos. Veremos os critérios que cada um deles estabelece para que haja derrogabilidade das normas protetivas de direitos humanos (condições da derrogação) e veremos ainda quais são as normas consideradas absolutas para cada um deles.

2.2 O sistema europeu

Desde a sua criação, em 1948, o Conselho da Europa centrou sua atuação na defesa dos direitos humanos. Redigiu, então,

a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais (também chamada de Convenção Europeia de Direitos Humanos), que foi adotada em 1950 e teve entrada em vigor no ano de 1953. Em que pese a existência de outros instrumentos jurídicos adotados no sistema europeu (Carta Social Europeia, Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante), o presente estudo centrar-se-á na Convenção Europeia de Direitos Humanos, mais especificamente no seu art. 15.

Até 1998, havia três órgãos no sistema europeu que cuidavam da implementação e aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Comitê de Ministros. Com a entrada em vigor do Protocolo n. 11, o sistema judicial mudou: antes formado pela Comissão e pela Corte, foi substituído por apenas uma corte permanente (a Corte Europeia de Direitos Humanos). Registre-se que o Comitê de Ministros detém competência para fazer com que os Estados cumpram as sentenças da Corte e ainda para solicitar opiniões consultivas. O art. 15 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é que dispõe sobre a derogabilidade das normas de direitos humanos em estado de necessidade. O referido dispositivo estabelece que, *em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da Nação, abre-se a possibilidade de se derogar certos direitos fundamentais*. Percebam que o artigo fala em *guerra*, que é um conceito mais definido, não havendo grandes problemas para se identificar a situação fática. No entanto, o mesmo já não ocorre com o termo *perigo público que ameace a vida da Nação*. Embora o termo pareça abarcar os vários tipos de conflitos armados, a sua caracterização é de certa maneira subjetiva e deve ser avaliado o quadro fático para se constatar ou não sua existência. O caso *Lawless vs. Irlanda*¹² nos traz algumas reflexões importantes sobre o tema. Em 5 de julho de 1957, o governo irlandês proclamou estado de emergência em seu território e, em

¹² Decisão de 1^a jul. 1961, publicada em *A3/ECHR (European Court of Human Rights)*. Encontrável ainda em LAWSON; SCHERMERS, 1997.

13 de julho do mesmo ano, o Senhor G. R. Lawless, trabalhador da construção civil, foi detido sob a acusação de ser membro do IRA (*Irish Republican Army*)¹³ e praticar atos que se contrapunham à paz social. Sua prisão se prolongou até 11 de dezembro daquele ano em um campo militar da República da Irlanda.

A questão foi submetida primeiramente à Comissão Européia (ainda existente à época), a qual sublinhou que, devido à grande responsabilidade que tem um governo ao proteger sua população em face de qualquer ameaça à vida da Nação, é evidente que se deve deixar uma certa margem de apreciação para se detectar a existência desse perigo público que reclame medidas excepcionais. Segundo a comissão, o perigo deve ser atual ou, pelo menos, eminente, o que invalida toda restrição adotada com fins meramente oportunistas, especulativos ou abstratos.

No julgamento perante a Corte Européia, que ocorreu em 1º de julho de 1961, esse órgão entendeu que, no caso específico, o estado de urgência se evidenciava a partir da análise de vários fatores: a existência dentro da Irlanda de um exército secreto, que se utilizava de atividades anticonstitucionais e de violência para lograr seus objetivos; o fato de que esse exército secreto estava operando fora do território da Irlanda e, em conseqüência, comprometendo gravemente as relações com seus Estados vizinhos; o crescimento progressivo e alarmante dos atos terroristas, desde o outono de 1956 e, especialmente, na primeira metade de 1957. Com esses elementos, a Corte Européia entendeu que o Governo Irlandês não violou o art. 15 da Convenção Européia, atuando dentro dos limites estabelecidos pelo dispositivo. Outro critério a ser observado, e que está previsto no art. 15 da Convenção, é que as *medidas tomadas pelo Estado derogante devem estar limitadas às exigências da situação*, evitando-se, assim, que sejam suspensos mais direitos do que aqueles que realmente seriam necessários para contornar a situação real. Essa questão pode ser ilustrada com o caso *Brannigan y McBride vs.*

¹³ Em português: Exército Republicano Irlandês.

Reino Unido, julgado pela Corte em 22 de abril de 1993¹⁴. O Reino Unido estabeleceu, no ano de 1984, que uma pessoa poderia ser detida sempre que se presumisse que ela estivesse envolvida na preparação ou instigação de atos terroristas. Essa detenção não poderia ser maior que 48 (quarenta e oito) horas, a não ser que o Secretário de Estado estendesse esse prazo por um período determinado, que não poderia, de nenhuma maneira, sobrepor-se a 5 (cinco) dias¹⁵.

Em 5 de janeiro de 1989, o senhor Patrick McBride foi detido em sua casa, sob o Fundamento 12.1.b da Ata de 1984 (Prevenção contra o Terrorismo). Durante sua detenção, que durou até 9 de janeiro do mesmo ano, foi-lhe negado todo acesso aos meios de informação. Nesse dia, ocorreu o mesmo com o senhor Peter Brannigan, o qual foi liberado 7 (sete) dias depois, em 15 de janeiro. Embora a Corte Européia tenha se posicionado no mesmo sentido da Comissão, que entendeu que as medidas adotadas pelo Reino Unido se encontravam dentro dos limites do art. 15 da Convenção Européia, tal decisão não foi unânime. O juiz Pettiti, em voto dissidente, argumentou que a derrogação prevista no art. 15 acima referido não é uma “carta branca” que outorga ao Estado-Parte poderes ilimitados para fazer frente às situações de emergência. Como o período de detenção dos interessados foi de 4 (quatro) e 7 (sete) dias, sem que eles fossem imediatamente levados a um juiz que lhes garantisse seus direitos e liberdades fundamentais, houve extrapolação dos limites impostos no art. 15 da Convenção Européia. Também dissidente foi o voto do juiz Makarczyk, que se pronunciou no mesmo sentido, aduzindo a existência de excesso no período de detenção dos senhores Brannigan e McBride para, ao final, enfatizar que “as derrogações feitas por um Estado em função do art. 15 não apenas afetam a este, mas também a todo o sistema europeu de proteção dos direitos humanos”¹⁶.

¹⁴ Publicada em *A 258B/ECHR (European Court of Human Rights)*. Encontrável ainda em LAWSON; SCHERMERS, 1997.

¹⁵ Seção 12.1.b da Ata de 1984: Prevenção contra o Terrorismo.

¹⁶ Original do voto em espanhol. Tradução livre da autora.

O mencionado artigo ainda estabelece que as providências tomadas para se derrogar as normas fundamentais *não podem estar em contradição com outras obrigações decorrentes do Direito Internacional*. Além disso, o *Secretário-Geral do Conselho da Europa deve ser informado* acerca das providências tomadas pelo Estado que exerceu o seu direito de derrogação, bem como dos motivos que justificaram essa atitude estatal. Deve ainda estar ciente da data em que as normas deixaram de ser aplicadas e da data em que voltaram a entrar em vigor.

Para o sistema europeu, as normas inderrogáveis são: direito à vida, salvo nos casos de morte resultante de atos lícitos de guerra (art. 2º); proibição da tortura (art. 3º); proibição de ser mantido em escravidão ou servidão (art. 4º, § 1º) e princípio da legalidade (art. 7º).

O governo britânico, em face de vários atos de terrorismo perpetrados por membros do IRA e grupos no norte da Irlanda, introduziu poderes especiais de arresto e detenção, sem julgamento, contra os membros daquela organização. Tais medidas, que duraram de 9 de agosto de 1971 a março de 1975, foram noticiadas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa como necessárias a enfrentar uma “emergência pública que atentava contra a vida da Nação”. A República da Irlanda representou contra o Reino Unido, alegando que a detenção extrajudicial infringia o art. 5º da Convenção Européia (direito à liberdade), não estando sob a égide do art. 15 do mesmo diploma legal. A Corte Européia entendeu que o art. 5º não aparecia na listagem do art. 15 que estabelece quais são os direitos que, em qualquer hipótese, não podem ser suspensos. O direito à liberdade não seria uma cláusula pétrea, podendo, portanto, ser derrogado (caso *Republic of Ireland vs. United Kingdom* – julgado em 18 de janeiro de 1978)¹⁷.

Dentro ainda do sistema europeu, temos o importante *Greek Case*¹⁸, em que pela primeira vez na história o Comitê de Ministros

¹⁷ *European Court of Human Rights – International Decisions*. Série A, n. 25, 1979/80.

¹⁸ PAPANDEOU, 1998.

decidiria sobre a expulsão de um membro do Conselho da Europa. O art. 8º do Estatuto do Conselho da Europa estabelece que quaisquer de seus membros que atentem gravemente contra o art. 3º do mesmo Estatuto – que resguarda os direitos do homem e liberdades fundamentais – podem ser suspensos de seu direito de representação e podem ser convidados a retirar-se do Conselho da Europa. Em 21 de abril de 1967, um grupo de coronéis derrubou o governo da Grécia e se estabeleceu como uma Junta. Iniciava-se um regime ditatorial. Tanques atravessavam as ruas de Atenas, o Parlamento foi desfeito, cidadãos eram arrastados pelas ruas e a tortura de presos políticos passou a ser uma forma de controle do novo regime que se instalara.

Os membros da ditadura argumentaram perante o Comitê de Ministros do Conselho da Europa que essa revolução era necessária, pois a Grécia estaria sofrendo três crises distintas: a ameaça do comunismo, a crise da constituição e a crise da ordem pública. A intenção era justificar a queda da democracia invocando o art. 15 da Convenção Européia, visto anteriormente. As investigações levadas a cabo pelo Comitê de Ministros, inclusive realizadas *in loco*, e ainda as investigações feitas pela Comissão Européia de Direitos Humanos, a quem foi submetido o caso, concluíram que não se poderia invocar o referido art. 15 para justificar o golpe militar de 1967. A Grécia vivia uma situação não-justificável de sistemática violação dos direitos. As torturas constatadas, aliadas ao fato de que não havia esforços para prevenir ou parar a violência, bem como a inação no sentido de punir os perpetradores das violações, levaram à conclusão de que a Grécia teria violado uma série de regras da Convenção Européia. A situação era tão caótica que o Comitê de Ministros, pela primeira vez na história, teve como item de sua agenda a possível suspensão da Grécia do Conselho da Europa (Reunião de 12 de dezembro de 1969). Durante a reunião do Comitê de Ministros, em que se ressaltava que a Grécia não teria tomado as medidas apropriadas para restaurar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, o Ministro grego das Relações Exteriores interrompeu o procedimento e informou que a Grécia não mais faria parte do Conselho da Europa, por sua própria vontade.

Em que pese o fato de a Grécia ter evitado, no último momento, uma decisão formal desfavorável ao regime militar, *The Greek Case* marca um momento importante na história do Conselho da Europa na defesa dos direitos humanos: a existência de um mecanismo poderoso de coação, qual seja, a suspensão ou expulsão de um membro do Conselho da Europa.

2.3 O sistema interamericano

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização regional que inclui todos os Estados soberanos das Américas. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos possui três fontes legais basilares: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹ (1969), na qual centraremos o presente estudo, e seus protocolos adicionais. O sistema é formado ainda por outros instrumentos jurídicos que cuidam de temas específicos, como desaparecimento forçada de pessoas, tortura, violência contra a mulher, entre outros.

Os órgãos basilares e mecanismos de proteção do sistema interamericano são: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No art. 27 da Convenção Americana é que encontraremos os limites para a suspensão das normas fundamentais de direitos humanos. Segundo esse dispositivo, *nos casos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência do Estado-Parte, este poderá determinar a suspensão de certas normas de direitos humanos*. Assim como estipulado na Convenção Européia, vista anteriormente, as medidas tomadas pelo Estado deverão ser *na medida e no tempo estritamente limitados às exigências da situação, não podendo ser incompatíveis com as demais obrigações impostas pelo Direito Internacional*.

¹⁹ Também denominada “Pacto de São José da Costa Rica”, por ter sido firmada nesse local. Registre-se que apesar de celebrado em 1969, o Pacto entrou em vigor apenas no ano de 1978.

No entanto, a Convenção Americana foi um pouco mais longe que a Européia: estipulou que *nenhuma dessas medidas pode encerrar discriminação fundada em raça, cor, sexo, idioma ou origem social*. O art. 27 da Convenção prescreve ainda que as disposições suspensas, os motivos determinantes da suspensão, bem como a data de seu término, *devem ser informados imediatamente aos demais Estados-Partes da Convenção, informação esta que deve ser feita por intermédio do Secretário-Geral da OEA*. Diferentemente, a Convenção Européia não estipula o dever de comunicar aos demais Estados-Partes, mas apenas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa.

Relacionado a esse tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 11 de novembro de 1999, julgou o caso *Del Caracazo*, que foi submetido àquele órgão pela Comissão Interamericana. Segundo se depreende da leitura dos fatos²⁰, o Poder Executivo da Venezuela, em 28 de fevereiro de 1989, emitiu um decreto pelo qual ordenou a suspensão de várias garantias estabelecidas na Constituição venezuelana: liberdade individual, inviolabilidade de domicílio, liberdade de trânsito, liberdade de expressão, direito à reunião e direito à manifestação pacífica. Essas garantias constitucionais teriam sido restabelecidas em 22 de março de 1989. Durante esse período de exceção, os órgãos de segurança do Estado, em conjunto com a Polícia Metropolitana, a Guarda Nacional e o Exército, realizaram uma série de operações tendentes a reprimir os atos de violência. O saldo desses 23 dias em que durou a suspensão de direitos foi de 276 mortos, numerosas pessoas lesionadas, vários desaparecidos e diversas perdas materiais. No entanto, em razão da aparição de fossas comuns, houve um aumento do saldo de vítimas. Nesse caso a Venezuela estava sendo acusada de infringir, entre outros, como o direito à vida, à liberdade pessoal e à proteção judicial, o art. 27.3 da Convenção Americana (suspensão de garantias). A Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade do Estado da Venezuela, que não informou os demais Estados-Partes da Convenção, por meio do Secretário-Geral da OEA, sobre a

²⁰ Caso *Del Caracazo*. Sentença de 11 nov. 1999. Série C, n. 58.

suspensão das garantias constitucionais durante o período de fevereiro e março de 1989. O Estado, portanto, violou o art. 27.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O sistema também prevê as cláusulas pétreas, ou seja, normas de direitos humanos que não podem ser suspensas em nenhuma situação, por mais excepcional que seja. São elas: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3^o), direito à vida (art. 4^o), direito à integridade pessoal (art. 5^o), proibição da escravidão e servidão (art. 6^o), princípio da legalidade e retroatividade (art. 9^o), liberdade de consciência e religião (art. 12), proteção da família (art. 17), direito ao nome (art. 18), direitos da criança (art. 19), direito à nacionalidade (art. 20), direitos políticos (art. 23) e outras garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.

A impossibilidade de suspensão das garantias indispensáveis à proteção de determinados direitos foi expressamente prevista, pela primeira vez, na Convenção Americana, já que os demais sistemas jurídicos não fizeram referência ao tema. No entanto, essa inovação trouxe à ordem alguns questionamentos: quais seriam, especificamente, essas garantias indispensáveis à proteção dos direitos previstos na Convenção? Seria o *habeas corpus* uma dessas garantias?

Para responder a essas dúvidas que intrigavam os Estados-Partes da Convenção, a Comissão Americana formulou a seguinte consulta à Corte: *O recurso de habeas corpus, cujo fundamento jurídico se encontra nos arts. 7.6 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2^o do art. 27 dessa Convenção, não se pode suspender por um Estado-Parte na citada Convenção Americana?* Em resposta (Opinião Consultiva n. 8/87)²¹, a Corte aclarou que as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos que não podem ser suspensos são variáveis, isto é, são distintas segundo os direitos afetados. Exemplificando: as garantias judiciais indispensáveis para assegurar os direitos relativos à integridade da pessoa seguramente

²¹ De 30 jan. 1987. Corte I.D.H., Série A, n. 8.

diferem daquelas que protegem o direito ao nome, que também não pode ser suspenso. Para efeitos do art. 27.2, a Corte ressaltou que devem se considerar indispensáveis todos os procedimentos judiciais que ordinariamente são idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos e liberdades a que se refere o artigo em comento e cuja suspensão ou limitação colocaria em perigo essa plenitude.

Em continuação, a Corte diz que o *habeas corpus*, em seu sentido clássico, tutela de maneira direta a liberdade pessoal e física contra detenções arbitrárias. Nesse sentido, a função essencial desse recurso é controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir sua desapareção ou a falta de determinação do local onde foi detida, bem como protegê-la da tortura, de maus-tratos ou de penas cruéis, desumanas ou degradantes. Fulcrada nessas premissas, a Corte entendeu que o *habeas corpus* inclui-se entre aquelas garantias judiciais indispensáveis à proteção de vários outros direitos, cuja suspensão também se encontra vedada pelo art. 27 da Convenção, e indispensáveis ainda à preservação da legalidade em uma sociedade democrática. Ao final, a Corte advertiu que aqueles ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes que autorizem, de maneira explícita ou implícita, a suspensão de procedimentos de *habeas corpus* (ou amparo) em situações de emergência devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais impostas a esses Estados pela Convenção Americana.

Na mesma época, o Estado do Uruguai solicitou à Corte que opinasse sobre o art. 27 da Convenção especificando quais seriam, exatamente, aquelas garantias judiciais indispensáveis de que trata o referido dispositivo. A Corte emitiu a Opinião Consultiva n. 9/87²², na qual, por unanimidade, entendeu que devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis e não-suscetíveis de suspensão o *habeas corpus*, o amparo ou qualquer outro recurso efetivo ante juízes ou tribunais competentes, destinado a garantir o respeito aos direitos e liberdades cuja suspensão não está autori-

²² De 6 out. 1987, Corte I.D.H., Série A, n. 9.

zada pela Convenção Americana; também devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis que não podem ser suspensas aqueles procedimentos judiciais inerentes à forma democrática e representativa de governo, previstos no direito interno dos Estados-Partes como idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos a que se refere o art. 27.2 da Convenção e cuja supressão ou limitação redunde na falta de defesa de tais direitos.

2.4 O sistema das Nações Unidas

A aplicabilidade das normas de direitos humanos em situações excepcionais mereceu tratamento no *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, já no ano de 1966, mais especificamente no seu art. 4º.

Consta que das discussões do *draft* da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o tema, por sua importância, foi suscitado pelo Delegado do Líbano, que expressou posicionamento no sentido de que os direitos humanos, a começar daquela Declaração, deveriam ser também garantidos em tempo de guerra²³.

Para o sistema das Nações Unidas, *a existência de situações excepcionais que ameacem a Nação pode ser motivo para a suspensão de certos direitos fundamentais, desde que essa situação justificadora da derrogação seja proclamada oficialmente*. Interessante notar que a *proclamação oficial* não é uma exigência feita pelos demais sistemas. As medidas adotadas pelo Estado derogante *devem limitar-se à necessidade da situação, não podendo acarretar discriminação apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social*. As disposições derogadas, os motivos da derrogação, bem como seu término, *devem ser comunicados aos demais Estados-Partes, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas*.

A preocupação com as informações que devem ser prestadas pelo Estado derogante foi objeto do Comentário n. 5 do Comitê

²³ KOLB, 1998.

de Direitos Humanos das Nações Unidas, haja vista que alguns Estados, em seus relatórios, não deixavam muito claro se a situação de exceção havia sido proclamada oficialmente, nem se as suspensões se davam em relação aos direitos não permitidos pelo Pacto e, ainda, se os demais Estados-Partes haviam sido informados²⁴.

De acordo com o art. 4º do Pacto, não podem ser objeto de derrogação, mesmo em situações excepcionais, os seguintes direitos: direito à vida (art. 6º); proibição da tortura e das penas e tratamentos cruéis e degradantes (art. 7º); proibição de ser submetido, sem o livre consentimento, a uma experiência médica ou científica (art. 7º); proibição à escravidão (art. 8º, § 1º) e à servidão (art. 8º, § 2º); proibição de prisão por falta de cumprimento de obrigação contratual (art. 11); princípio da legalidade e da retroatividade (art. 15); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 16) e liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18).

Registre-se que Trinidad e Tobago, quando da assinatura do Pacto, apresentou reserva ao art. 4º pela qual resguardava seu direito de não aplicar inteiramente as previsões do parágrafo 2º do referido artigo, o qual elenca as cláusulas pétreas. O governo da Alemanha e dos Países Baixos consideraram tal reserva incompatível com o objeto e o propósito do Pacto e se opuseram formalmente a ela²⁵. Também os Estados Unidos formularam reservas a numerosos artigos, entre eles o art. 6.5, que proíbe a aplicação da pena capital a delitos cometidos por menores de 18 anos. Esse posicionamento foi veementemente criticado por vários outros Estados que, no mesmo sentido da objeção apresentada pela Dinamarca, entenderam que essa reserva representava uma afronta aos arts. 6º e 7º do Pacto, os quais não podem, em hipótese alguma, ser derogados. Portanto, a reserva apresentada pelos Estados Unidos era incompatível com o objetivo do tratado.

²⁴ Comentários Gerais ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (*CCPR – Covenant on Civil and Political Rights*), General Comments, n. 5 (31 jul. 1981).

²⁵ NAÇÕES UNIDAS, 1997.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas não apenas os direitos e garantias previstos no art. 4º são inderrogáveis. No Comentário Geral n. 29, acerca dos Estados de Emergência²⁶, o Comitê aclara que o fato de algumas disposições do Pacto constarem do § 2º do art. 4º como disposições que não podem ser objeto de derrogação não significa que outros artigos do Pacto possam ser suspensos indiscriminadamente, ainda que exista uma ameaça à vida da Nação. Utiliza alguns casos exemplificativos:

- Toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada humanamente e com o respeito devido e inerente à dignidade do ser humano. Esse direito está previsto no art. 10 do Pacto de Direitos Civis e Políticos que, por sua vez, não encontra guarida no art. 4º, § 2º (cláusulas pétreas). No entanto, o Comitê entende que o art. 10 expressa uma norma de direito internacional geral e que, por esse motivo, não pode ser objeto de suspensão.
- Também a proibição de se fazer reféns, aos seqüestros e detenções não-reconhecidas não podem ser objeto de suspensão, já que são proibições absolutas e se justificam por serem normas de direito internacional geral.
- A proteção das minorias também não pode ser suspensa, já que sua derrogação encerraria, em si mesma, uma discriminação, o que é vedado no art. 4º, § 1º.
- O Estatuto de Roma prevê como crime contra a humanidade a deportação, a transferência forçada de população, a expulsão sem embasamento do direito internacional (art. 7º, § 1º, *d*, e § 2º, *d*, do Estatuto). Segundo a comissão, não se poderia suspender o art. 12 do Pacto (liberdade de ir e vir), ainda que não previsto como cláusula pétrea, para justificar essas medidas.
- O comitê entende que nenhum estado de exceção pode ser invocado para justificar a suspensão do art. 20 (propaganda

²⁶ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 ago. 2001).

em favor da guerra/apologia ao ódio nacional, racial, religioso etc.), pois seria, em realidade, uma incitação à discriminação, proibida no art. 4º, § 1º.

- O art. 2º, § 3º, do Pacto estabelece que os Estados-Partes proporcionem os recursos necessários para que os direitos civis e políticos nele previstos possam ser por todos usufruídos. Embora esse dispositivo não faça parte do art. 4º, § 2º, não pode ser objeto de suspensão, pois constitui uma obrigação inerente ao tratado. Negar esses recursos seria negar os próprios direitos e garantias neles previstos. No mesmo sentido, não podem ser suspensas as garantias processuais que materializam os direitos considerados inderrogáveis.

3 Reflexões sobre os dispositivos inderrogáveis e reservas

3.1 Reservas às normas inderrogáveis

Na segunda parte deste estudo foram relacionados casos em que alguns Estados (como Trinidad e Tobago e Estados Unidos) apresentaram reservas aos dispositivos que cuidavam da inderrogabilidade de normas de direitos humanos.

Nessa terceira parte, traz-se a lume as seguintes perguntas: poderiam tais Estados ter feito reservas a esses dispositivos considerados inderrogáveis? Não estariam os Estados – ao reservarem a aplicabilidade de tais dispositivos – ferindo o objeto e a finalidade do tratado de direitos humanos?²⁷ Deveriam tais reservas ser imediatamente consideradas inválidas?

Distante de uma resposta cabal, várias reflexões podem ser feitas sobre o tema. Até 1994, 46 dos 127 Estados-Parte do Pacto

²⁷ O art. 19, c, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) estabelece que não podem ser formuladas reservas que sejam incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado.

de Direitos Civis e Políticos ofereceram 150 reservas que, em razão da quantidade e do conteúdo, poderiam enfraquecer o respeito às obrigações nele contidas.

Então, fez-se necessária uma manifestação acerca do tema que redundou no Comentário Geral n. 28 ao CCPR (*Covenant on Civil and Political Rights*). Conforme se pode verificar no item 10 desse Comentário, o Comitê entendeu que não há uma automática correlação entre as *reservas a dispositivos não-derrogáveis* e *reservas que ofendam o objeto e a finalidade do tratado* e que, portanto, os Estados teriam o pesado ônus de justificar tal reserva. O Comitê disse, ainda, estar bem preparado para analisar a questão da compatibilidade de uma reserva com o objetivo e finalidade do tratado, fazendo-o de maneira objetiva, baseada em princípios legais (item 18 do Comentário).

Se, na feitura de um tratado de direitos humanos, chega-se a um número reduzido de direitos considerados tão essenciais que nem mesmo uma situação de conflito armado pode justificar sua suspensão, poder-se-ia adjetivar de incongruente a aceitação de reservas quanto a esses mesmos dispositivos. Se um determinado direito foi considerado tão importante que nem mesmo uma situação excepcional de abalo na estrutura do Estado poderia justificar sua suspensão, por que aceitar que o Estado, na sua normalidade, apresente restrições a ele?

Teoricamente, parece justificável essa linha de raciocínio, mas, na prática, ao contrário do que se poderia pensar, esse fato poderia significar um maior enfraquecimento dos direitos humanos. Senão vejamos. Um Estado com concepções bastante primárias acerca dos direitos humanos certamente colocar-se-ia bastante arredo para assinar um tratado ao qual não pudesse apresentar reservas. Se de toda a lista de direitos inderrogáveis o Estado não concordasse com apenas um deles, provavelmente se sentiria inibido em firmar o tratado, já que não poderia ressaltar seu posicionamento.

Então, o que é melhor: ter um Estado completamente alijado por não compartilhar das mesmas tendências, ou ter esse Estado

dentro de seu círculo, ainda que com restrições, mas podendo-se monitorar e propor mudanças a essas concepções?

Cabe ressaltar aqui a lição do professor Roberto Baratta, o qual brilhantemente registra que uma certa flexibilidade quanto aos tratados de direitos humanos não deve ser considerada de todo negativa. Segundo esse autor, a flexibilidade tende a aumentar o número de partes nos tratados multilaterais, mesmo contendo reservas contrárias ao objeto/finalidade do tratado. Seria um passo inicial para trazer quem, num primeiro momento, tem concepções muito distintas de direitos humanos²⁸.

Registre-se, por oportuno, a existência de uma outra tendência – embora não abraçada pelo Direito Internacional – que condena qualquer tipo de reserva aos dispositivos considerados inderrogáveis. Assim, diferentemente do exposto no Comentário n. 28 acima descrito, as reservas aos dispositivos inderrogáveis, pelo simples fato de existirem, já seriam consideradas inválidas. Independência de qualquer justificativa do Estado-autor; a reserva, por se referir a um dispositivo inderrogável, já seria considerada contrária ao objeto e fim do tratado de direitos humanos.

3.2 Efeitos das reservas inválidas para o Estado-autor da reserva

Se uma reserva é considerada inválida, qual é a consequência para o Estado que a formulou? Ao lado da teoria de que o autor da reserva inválida não é parte no tratado²⁹, há uma outra tendência, a de

²⁸ BARATTA, 2000 (nota de rodapé n. 42).

²⁹ Para exemplificar essa linha de pensamento, podemos citar o governo dos Países Baixos, que não considera os Estados Unidos como parte na Convenção sobre o Genocídio, por terem oferecido reserva: “[...] Accordingly, the Government of the Kingdom of the Netherlands does not consider the United States of America a party to the Convention. Similarly, the Government of the Kingdom of the Netherlands does not consider parties to the Convention other states which have made such reservations [...]” (disponível em: <www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>).

se considerar tal reserva como não-formulada. Nesse caso, o tratado produziria efeitos, mas sem o benefício da reserva. É o que se chama de *Strasbourg approach*, nome dado por Simma para essa vertente que surgiu em julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos³⁰.

É duvidoso dizer que o “*Strasbourg approach*” é aplicado na Europa porque, em geral, as recomendações exigem uma ação do Estado que formulou a reserva, ao contrário de simplesmente considerar tal reserva como não-formulada³¹. Considerar como não-formuladas as reservas inválidas em tratados de direitos humanos não é a praxe no Direito Internacional. A tendência é exigir uma ação do Estado-autor da reserva e exigir uma postura para reverter tal situação.

Faz-se necessário citar novamente o professor Baratta³², que apresenta uma série de sugestões quanto aos efeitos das reservas inválidas em tratados de direitos humanos. Segundo ele, a solução não seria o rigor do *Strasbourg approach*, mas sim: estabelecer um procedimento periódico de revisão das reservas inválidas, com o intuito de verificar se as condições que a ensejaram ainda prevalecem; induzir os Estados a trazerem, gradualmente, para o direito interno o conteúdo dos dispositivos que sofreram as reservas irregulares; fazer com que os Estados que realizaram reservas inválidas submetam relatórios periódicos à apreciação do órgão de controle; estabelecer um tempo limite para as reservas, sendo que ao final desse prazo o Estado seria convidado a revisar a reserva, retirá-la ou justificar, ao Secretário-Geral, a sua manutenção. Caso o Estado não se pronunciasse, a reserva seria automaticamente excluída após um ano, a convite do Secretário³³.

³⁰ European Court of Human Rights: *Belilos Case and Weber Case*.

³¹ Como exemplo, temos que a União Européia recomendou aos EUA que retirassem a reserva feita ao art. 6º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. A posição dos EUA, que não concordavam com a aplicação da pena de morte somente aos maiores de 18 anos, foi considerada incompatível com o objeto e finalidade do tratado.

³² BARATTA, 2000.

³³ Recomendação da Assembléia do Conselho da Europa para que os futuros tratados tenham essa previsão (*Yearbook*, 1993, p. 435).

3.3 Efeito das reservas inválidas para os demais Estados signatários

O consenso é a base dos tratados e os dispositivos neles contidos somente se tornam obrigatórios às partes que o ratifiquem se, e apenas se, a expressão do consentimento tenha o mesmo conteúdo (Convenção de Viena, art. 21).

No caso dos tratados de direitos humanos, o princípio do consenso também se faz presente. Porém, esse tipo de tratado não estabelece obrigações recíprocas para as partes. Os tratados de direitos humanos não se embasam em relações recíprocas e bilaterais. Então, abre-se espaço para dizer que os Estados que não fizeram a reserva, ainda assim, devem cumprir o dispositivo em relação ao Estado-autor da reserva.

As regras contidas na Convenção de Viena – por terem o foco em obrigações mútuas assumidas pelos Estados, que não é o caso dos tratados de direitos humanos – são inadequadas para resolver a questão dos efeitos das reservas inválidas nesse tipo de tratado.

As especiais características dos tratados de direitos humanos exigem uma regulamentação própria acerca dos efeitos das reservas. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos só podem ter conteúdo real se houver um mecanismo eficaz de responsabilização em caso de descumprimento dos deveres assumidos. Caso contrário, a proteção internacional dos direitos humanos teria um “[...] caráter de mero conselho ou exortação moral [...]”³⁴.

4 Conclusão

A previsão de derogabilidade das normas de direitos humanos ainda se dá porque vivemos em um mundo cheio de conflitos, em que a estrutura de muitos Estados encontra-se abalada. Pensando

³⁴ RAMOS, 2000, p. 10.

em situações excepcionais de violência e de debilidade da estrutura estatal – como no caso de existência de um conflito armado – é que os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos estabeleceram a possibilidade de suspensão do cumprimento de certas normas.

Ao estudarmos esse tema, buscou-se evidenciar que os direitos humanos também são aplicáveis em situações de conflito armado e a permissão de se suspender a aplicabilidade de certas normas de direitos humanos só se justifica se essa derrogação tiver como objetivo imediato a superação de uma situação caótica, e como objetivo mediato a própria reestruturação, o reerguimento do Estado, para que na sua inteireza possa dar pleno cumprimento aos deveres de proteção dos direitos humanos assumidos anteriormente.

Ao se enfatizarem os limites e condições em que essa derrogação pode se dar, ao se estudar quais normas são consideradas intangíveis pelos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, pretendeu-se dar mais brilho ao lugar de destaque já ocupado pelos direitos humanos: seja em tempo de paz ou em tempo de conflitos, os deveres internacionais de proteção se fazem presentes e devem ser respeitados pelos Estados.

Dia virá em que a suspensão de uma norma de direitos humanos em razão de um conflito armado será somente um dado histórico a ser visto nas universidades, porque assim como construímos um corpo jurídico de direitos humanos, também poderemos construir a paz. Sempre me alenta o trecho do Manifesto de Sevilha:

Proclamamos que a guerra e a violência não são uma fatalidade biológica. Podemos pôr fim à guerra e aos sofrimentos que dela advêm. Não com esforços isolados, mas sim levando a cabo uma ação comum. Se cada um de nós pensa que é possível, então é possível. Caso contrário, não vale a pena nem tentar. Nossos antepassados inventaram a guerra. Nós podemos inventar a paz³⁵.

³⁵ Tradução livre do *Manifiesto de Sevilla contra la Violencia* (UNESCO, 1986): “Proclamamos que la guerra y la violencia no son una fatalidad biológica. Podemos poner fin a la guerra y a los sufrimientos que conlleva. No con esfuerzos aislados, sino

Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. (Juristas da atualidade).

BARATTA, Roberto. Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded? *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, 413-425, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto et al. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. 292 p.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 208 p.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1. 488 p.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Assinada em São Francisco, EUA, em 26 jun. 1945, na Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica. Adotada em 22 nov. 1969 pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Adotada em Roma, Itália, em 4 nov. 1950.

llevando a cabo una acción común. Si cada uno de nosotros piensa que es posible, entonces es posible. Si no, no vale la pena ni intentarlo. Nuestros antepasados inventaron la guerra. Nosotros podemos inventar la paz”.

CONSULTATIVE ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE. Resolution 346 on the situation in Greece. Adotada em 23 jun. 1967.

EIDE, Asbjorn et al. Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards. *American Journal of International Law*, v. 89, n. 1, p. 215-223, 1995.

ESTATUTO DO CONSELHO DA EUROPA. Adotado em Londres em 5 maio 1949.

FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise. *A nova ordem mundial e os conflitos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 448 p.

FGV; MEC. *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

FISAS, Vicenç. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Icaria/Unesco, 1998. 412 p.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O crime compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, Brasília, ano 37, n. 147, p. 201-227, jul./set. 2000.

GUERRA, Sidney (Coord.). *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 278 p.

HAUSER, Denise. A assistência humanitária perante os novos conflitos armados. In: FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise (Coord.). *A nova ordem mundial e os conflitos armados* [El nuevo orden mundial y los conflictos armados]. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso: guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Women, Law & Development International/Human Rights Watch, 2000. 260 p.

JORGENSEN, Nina H. B. *The responsibility of States for international crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 372 p.

KOLB, Robert. The relationship between international humanitarian law and human rights law: a brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions. *International Review of the Red Cross*, n. 324, p. 409-419, 1998.

LAWSON, R. A.; SCHERMERS, H. G. *Leading cases of the European Court of human rights*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997. 788p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 500 p.

MERON, Theodor. *Human rights in international law*. Oxford: Clarendon Press, 1984. v. 2.

NAÇÕES UNIDAS. *E/CN.4/Sub.2/1997/19*. Comissão de Direitos Humanos: Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias – 49^o período de sessões, 23 jun. 1997.

NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997. (Coleção juristas da atualidade).

PACTO BRIAND-KELLOG. Assinado em Paris, em 27 ago. 1928.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Adotado pela Resolução n. 2200 A (XXI) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 dez. 1966.

PAPANDREOU, Nicholas (Coord.). *The Council of Europe fights for democracy in Greece, 1967-1969*. Atenas: Andreas Papandreou Foundation, 1998. (Historical Series n. 1).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 464 p.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 433 p.

VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 152 p.

VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Genebra: CICR, 1992. 145 p.

Democracia, globalização, economia e direitos humanos

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa*

Sumário: 1 Democracia e Estado nacional. 2 A globalização, a economia e a democracia liberal. 3 A economia globalizada e a democracia. 3.1 A globalização e o processo de internacionalização dos direitos humanos. 3.2 A internacionalização dos direitos humanos e seus efeitos nas constituições nacionais. 3.3 O paradoxo: a globalização econômica como obstáculo à efetiva internacionalização dos direitos humanos. 4 Uma solução possível.

1 Democracia e Estado nacional

A democracia pode ser conceituada como um conjunto de procedimentos, previstos em leis primárias ou fundamentais, por meio do qual são tomadas as decisões que afetam uma determinada coletividade¹. Bobbio identifica três condições como necessárias para tornar viável esse conceito². A primeira consiste na legitimidade dos procedimentos adotados no processo decisório. Legitimidade esta que resulta do fato de que tais procedimentos têm os seus parâmetros delimitados previamente em lei, tornando-se, quando previstos em normas constitucionais, verdadeiros direitos fundamentais³. A segunda condição diz respeito à forma pela qual é estabelecida a legitimidade das pessoas envolvidas no processo decisório, da natureza de sua participação e da forma pela qual a

* Luiz Fernando Voss Chagas Lessa é Procurador da República, professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), mestre em Ciências Jurídicas e doutorando em Direito pela PUC-Rio.

¹ BOBBIO, 2000, p. 30-31.

² Ibidem.

³ Ibidem, p. 31.

deliberação é tomada⁴. A participação da integralidade de um povo nos processos deliberativos, a onicracia, é apontada como faticamente impossível e, portanto, utópica. Não obstante, quanto maior o número de participantes permitidos pela legislação, fonte de legitimidade dessa participação, mais perto se chega do modelo ideal de democracia⁵. Isso se explica na medida em que a dificuldade de se alcançar a unanimidade obriga a adoção da regra da maioria como instrumento essencial à edição de decisões aptas a vincular todos os membros do grupo⁶. Quanto maior o número de participantes, maior o número de pessoas que formarão, ou serão representadas, pela maioria, assim tornando mais legítima a decisão legislativa.

A terceira condição proposta por Bobbio é a existência de escolhas reais, isto é, que aqueles chamados a decidir possam fazê-lo de forma livre, a partir de opções reais. Opções que somente se mostram possíveis na presença de um grupo mínimo de direitos fundamentais que garantam aos indivíduos ampla liberdade para participar do processo democrático. Esses direitos seriam a liberdade de reunião, de manifestação, de expressão, de associação etc.⁷.

Disto segue que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta, que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais⁸.

A possibilidade de participação no processo democrático tem por principal parâmetro a cidadania, compreendida como a vinculação jurídica entre indivíduo e Estado, sendo a abrangência das

⁴ BOBBIO, 2000, p. 31.

⁵ Ibidem, p. 31-32.

⁶ Ibidem, p. 32.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem, p. 32-33.

decisões tomadas delimitada pelo espaço físico ocupado por aquele Estado⁹. Historicamente a democracia política não era concebida senão como intrinsecamente ligada ao Estado-Nação de cunho liberal¹⁰. As decisões políticas e ações do governo eram tomadas em função do deliberado pelo povo por meio dos procedimentos democráticos. O pressuposto básico da democracia liberal era a simetria e a congruência entre aqueles responsáveis pela tomada das decisões políticas e os seus destinatários¹¹. Pressuposto que somente se tornava factível na medida em que uma base territorial comum ao povo, o *locus* físico do Estado, permitia identificar as pessoas que tinham o direito de participar do processo democrático e, talvez mais importante, delimitar o espaço territorial sobre o qual aquelas decisões surtiriam efeitos¹².

Durante todo o século XX o processo democrático foi analisado sob o ângulo da organização socioeconômica e institucional das nações-estado e da influência desses fatores sobre a regra da maioria¹³. A premissa adotada pelos teóricos sempre foi a de que o destino de um Estado estava nas mãos de seus próprios cidadãos, premissa que tinha por fundamento aqueles atributos reconhecidos pelo Direito Internacional aos Estados, em especial a soberania esta-

⁹ “Sabe-se que o Estado moderno como forma política evoluiu e se consolidou, ao longo dos últimos três séculos, em relação simbiótica com a constituição do sistema internacional de Estados, a chamada ordem de Vestfália, e seus princípios normativos centrais: *territorialidade* (espaço territorial fixo e exclusivo que define os limites da jurisdição legal e o alcance da autoridade política centralizada dos Estados); *soberania* (direito incontestado e exclusivo de supremacia para governar e representar a fonte última da lei e da autoridade política sobre a população no território delimitado, ao mesmo tempo que da independência com relação a outras unidades soberanas); *autonomia* (prerrogativa e capacidade dos Estados de conduzirem e decidirem seus próprios assuntos domésticos e externos, livres de toda intervenção ou controle externos); e *legalidade* (as relações entre Estados igualmente soberanos podem estar submetidas ao direito internacional, na condição de que cada um deles assim o consinta, já que não há autoridade legal para além do Estado” (MCGREW, 1997, apud GÓMEZ, 2000, p. 45-46).

¹⁰ GÓMEZ, 2000, p. 63.

¹¹ *Ibidem*, p. 63.

¹² HELD, 1996, p. 335.

¹³ *Ibidem*, p. 335.

tal, a independência e a autonomia, qualidades que asseguravam a cada nação o controle de seu destino, livre de interferências estrangeiras¹⁴. Toda e qualquer mudança nos processos democráticos, essenciais ao autogoverno e à soberania estatais, teria origem dentro do seio de cada Estado, motivada pelos anseios de seu respectivo povo¹⁵. Caberia ao consenso da maioria dos cidadãos, alcançado por meio dos procedimentos democráticos, autorizar e legitimar a atuação governamental e, de modo geral, todo o Estado nacional¹⁶. Mudanças dramáticas na economia e na política mundial, assim como no próprio Direito Internacional, vêm sinalizando que essa perspectiva pode se mostrar insuficiente nos dias de hoje¹⁷.

2 A globalização, a economia e a democracia liberal

O governo pela maioria é, historicamente, a pedra angular pela qual o processo democrático dentro dos estados nacionais é analisado. As decisões políticas auferem sua legitimidade por se fundarem na idéia de que foram tomadas pela maioria dos cidadãos ou em conformidade com a sua vontade¹⁸. Várias, porém, são as situações que têm surgido para infirmar essas assertivas. Por exemplo, determinadas decisões tomadas dentro de um Estado podem acabar por afetar o povo de outro Estado que, embora prejudicado pelo decidido, não teve participação na deliberação¹⁹.

Situações como a instalação de indústrias poluidoras ou potencialmente perigosas em regiões fronteiriças, mudanças radicais na política econômica ou na política sanitária são medidas que, embora ínsitas ao conceito de soberania, produzem efeitos que extrapolam os limites territoriais do Estado²⁰. Para Held, em um mundo cada

¹⁴ HELD, 1996, p. 336.

¹⁵ Ibidem, p. 337.

¹⁶ Ibidem, p. 338.

¹⁷ Ibidem, p. 337.

¹⁸ BOBBIO, 2000, p. 30-33.

¹⁹ HELD, 1996, p. 337.

²⁰ Ibidem.

vez mais interligado e interdependente, tais situações fazem surgir cada vez mais questões sobre a coerência, a viabilidade e a responsabilidade internacional por tais ações²¹. Além disso, a atuação de agências supranacionais, como o Fundo Monetário Internacional, a Otan ou o Banco Mundial, acabam por restringir o temário e o alcance das decisões possíveis à dada maioria nacional²². Apesar de existirem parâmetros que estabelecem quem pode participar das deliberações políticas tomadas pelos governos dos Estados nacionais, os efeitos transnacionais de algumas dessas decisões suscitam questões sobre quais os atores que deveriam efetivamente ter o direito de participar do processo decisório²³. Dúvidas sobre o déficit de legitimidade dessas decisões fazem irromper nos povos dos Estados atingidos o desejo de ver sua vontade representada nos processos decisórios, reclamar explicações dos responsáveis pelas decisões tomadas e exigir que o Estado a que pertençam atue na esfera internacional para garantir os direitos e o bem-estar de seus cidadãos²⁴.

A realidade mundial mostra que existe um número cada vez maior de Estados nacionais que passaram a adotar a democracia²⁵. Essa vitória do governo pela maioria²⁶ vem sendo minada por desafios cuja origem, força e amplitude acabam por solapar a soberania política dos cidadãos dentro dos Estados nacionais²⁷. Áreas essenciais da atividade humana, como a economia, a segurança e as telecomunicações são hoje em dia organizadas em nível global ou regional. O desenvolvimento tecnológico encurtou a distância entre pessoas e Estados e permitiu um incremento no comércio de bens, na transferência de capitais, na comunicação, no trânsito

²¹ HELD, 1996, p. 337.

²² Ibidem.

²³ Ibidem, p. 338.

²⁴ Ibidem.

²⁵ BOBBIO, 2000, p. 8-9.

²⁶ Para alguns trata-se de vitória aparente, uma vez que muitas das novas democracias ainda não se consolidaram ou são apenas democracias de fachada. Além disso, permanecem inúmeros governos francamente antidemocráticos (GÓMEZ, 2000, p. 17).

²⁷ HELD, 1996, p. 339.

de pessoas e em todos os demais ramos do comércio humano²⁸. A globalização significa “[...] uma alteração na forma espacial da humanidade se organizar e atuar para padrões transcontinentais ou regionais de atividade, interação e exercício do poder”²⁹.

Isso implica um aprofundamento inusitado das relações sociais e institucionais, de modo que até as atividades do dia-a-dia do povo de uma cidade se vêem afetadas por decisões tomadas em outros continentes. A globalização é um fenômeno multidimensional que atinge todas as áreas da atividade humana, atuando, tanto por meio de um incremento na interconexão entre os Estados e as sociedades, como por meio da expansão global de cadeias de atividade política, econômica e social³⁰. O impacto da globalização é sofrido por todos os domínios da atividade humana, em especial o econômico, o tecnológico, o legal, o cultural e o militar³¹. Todos os indivíduos acabam afetados pela globalização na exata proporção em que seus respectivos Estados nacionais se encontram integrados na economia e na política internacional. Esses efeitos, dependendo da capacidade do Estado de responder às transformações políticas e econômicas que a globalização apresenta, podem ser positivos ou negativos³². Trata-se de fenômeno que não pode ser dissociado do alargamento intensificado das relações de poder, de maneira tal que os núcleos de poder estão cada vez mais distantes dos sujeitos ou locais que experimentam as conseqüências das decisões³³.

2.1 A economia globalizada e a democracia

Apesar de a globalização operar em diversos campos da vida humana, parece que em nenhuma outra atividade os seus efeitos

²⁸ HELD, 1996, p. 340.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 341.

³³ GÓMEZ, 2000, p. 58.

são tão sentidos quanto na economia. Do mesmo modo, nenhum outro efeito da globalização parece ser tão nocivo ao conceito tradicional de democracia, ao autogoverno e à soberania³⁴. Enquanto não existe dúvida de que a soberania estatal ainda é um conceito válido, é certo que o seu conteúdo foi fortemente atingido pelas alterações acarretadas pela globalização, existindo um descompasso entre as pretensões de soberania que caracterizam os Estados nacionais e a realidade imposta pelas mudanças na economia global ou por organizações internacionais³⁵. Esse descompasso enfraquece a própria noção de autodeterminação implícita na idéia de governo democrático³⁶. Aqui importa distinguir entre soberania, entendida como capacidade de governar um povo em um dado território, e autonomia, compreendida como o efetivo poder de formular políticas de atuação, estabelecer e atingir metas de forma independente. A grande pergunta que a globalização parece colocar é se a soberania estatal continua intacta, apesar de uma concreta redução na sua esfera de autonomia, ou se a própria soberania foi vitimada pelo fenômeno.

Essa dissonância pode se apresentar de forma desagregadora e prejudicial aos povos dos Estados subdesenvolvidos, como no caso dos efeitos da economia globalizada sobre as economias nacionais, e, às vezes, pode se mostrar benéfica àqueles povos como ocorre com o sistemas internacionais de proteção aos seres humanos. A economia mundial parece ser caracterizada por dois elementos preponderantes: a internacionalização da produção e a universalização das transações financeiras. As corporações multinacionais, a partir de uma base estatal, atuam globalmente, buscando o lucro em escala mundial, enquanto os bancos, facilitados pelas novas tecnologias de informação, detêm hoje a capacidade de operar em todos os mercados nacionais, transferindo ativos financeiros ao seu bel-prazer³⁷. A partir do segundo pós-guerra, o comércio internacional expan-

³⁴ GÓMEZ, 2000, p. 37-40.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ HELD, 1996, p. 343.

diu-se de forma exponencial, envolvendo cada vez mais países³⁸. As corporações multinacionais aparecem como as principais responsáveis por esse comércio, pela difusão da tecnologia, pela distribuição dos investimentos internacionais e, até mesmo, pela distribuição global de empregos³⁹. As multinacionais se valem da globalização para, ao mesmo tempo em que integram o conjunto da cadeia de criação e valor, reduzindo os seus custos, atingirem um mercado consumidor infinitamente maior que o do seu Estado base, o que significa alcançar uma lucratividade até então inimaginável⁴⁰.

O fluxo financeiro global, por seu turno, vem alimentando a especulação mundial em níveis superiores aos investimentos realizados na produção⁴¹. Essa mobilidade do capital especulativo, que se alimenta da necessidade de obter lucros cada vez mais rápidos e maiores, acaba por vulnerar os sistemas financeiros nacionais ao mesmo tempo em que aumenta as chances de riscos sistêmicos⁴². O poder econômico do capital especulativo, aliado à concentração do capital produtivo em poucas empresas transnacionais, diminuem, de forma considerável, a liberdade que os Estados nacionais detêm para estipular e desenvolver as próprias políticas econômicas⁴³.

Essa dissociação entre economia e sociedade, a criação de uma economia auto-regulável, representa o sucesso de uma política que teria se iniciado já com a revolução industrial⁴⁴. Somente por meio de um esforço constante é que a sociedade logrou evitar que a economia escapasse do seu controle. Controle que só pode ser estabelecido com a ampliação da dimensão social e da democratização do Estado, fenômeno que se deu por meio do aumento da capacidade eleitoral ativa, com o franqueamento do direito de voto às parcelas do povo

³⁸ HELD, 1996, p. 343.

³⁹ Ibidem, p. 344.

⁴⁰ GÓMEZ, 2000, p. 19.

⁴¹ HELD, 1996, p. 343.

⁴² GÓMEZ, 2000, p. 32.

⁴³ HELD, 1996, p. 343-344.

⁴⁴ GÓMEZ, 2000, p. 24.

até então alijadas do processo democrático⁴⁵. O Estado do bem-estar social, que aparece como o maior símbolo desse sucesso, é também a primeira vítima do processo de globalização da economia.

Embora amplamente conhecido, é um fato pouco lembrado que o processo de internacionalização da economia que hoje denominamos de globalização teve início na crise econômica dos anos 70 do século XX. Nessa época, os Estados que compunham o mundo desenvolvido aceitaram demolir as suas estruturas sociais em troca da continuidade do fluxo de investimentos privados na indústria. Essa desconstrução do *welfare state* foi feita atacando-se três frentes. O primeiro ataque foi direcionado contra as proteções legais asseguradas aos trabalhadores e consistiu na quebra do poder de barganha dos sindicatos, o que acabou gerando a redução dos salários e o aumento do desemprego. O segundo ataque teve dois objetivos que acabaram por significar a retirada do poder do Estado de intervir na economia. Assim, sob o argumento da necessidade de se controlar a inflação, foram feitos severos cortes nos gastos públicos, em especial nos destinados a projetos sociais, e, ao mesmo tempo, como forma de incentivar a alocação de recursos privados na economia, os mercados foram drasticamente desregulados⁴⁶.

Disso surgiu uma liberdade inusitada para as corporações multinacionais que, livres de qualquer amarra estatal, passaram a vagar atrás de melhores e mais lucrativas oportunidades de investimento. Em troca do investimento estrangeiro, os Estados subdesenvolvidos passaram a repudiar qualquer política social destinada a proteger o trabalhador ou melhorar as condições de vida da população que pudesse implicar custo para a produção e, portanto, redução no lucro⁴⁷. Por isso, apesar de algumas tentativas isoladas de proteger mercados ou economias do fluxo transnacional, os Estados nacionais encontram grandes dificuldades em fazer valer suas políticas públicas, estando cada vez mais dependentes das decisões tomadas

⁴⁵ GÓMEZ, 2000, p. 25.

⁴⁶ Ibidem, p. 26-27.

⁴⁷ Ibidem, p. 33.

por outras sociedades⁴⁸. Esse domínio do social pela economia, na medida em que impede a discussão pelos povos atingidos dos destinos da economia nacional, significa, no mínimo, uma séria ameaça à cidadania e à democracia “[...] que historicamente sempre foram constituídas pelas lutas e discussões na esfera pública em torno das formas válidas de sociedade e de política”⁴⁹.

O problema parece mais grave quando se constata que uma série de políticas econômicas de cunho transnacional são formuladas e impostas por meio de entidades não oficiais ou por entes internacionais criados para regular e controlar áreas de atividade transnacional, como, por exemplo, o comércio internacional e o uso dos oceanos. Esse fenômeno reflete a crescente interpenetração entre os aspectos doméstico e internacional da política, da economia e do direito, e a redução da capacidade dos Estados nacionais em formular suas políticas externas⁵⁰. Agências, organismos internacionais governamentais e não-governamentais, organismos multilaterais e bilaterais vêm crescendo em número, influência e escopo de atuação⁵¹. Held cita dois exemplos que tem como paradigmáticos. O primeiro é a atuação de órgãos como o Fundo Monetário Internacional, que, ao condicionar seus empréstimos à adoção de determinadas políticas econômicas, afeta políticas sociais, investimentos e até mesmo o nível de comércio exterior do Estado tomador do empréstimo⁵². Nesse sentido, a observação de Gómez, de que a globalização acaba por privilegiar na

[...] tríade Estados Unidos – União Européia – Japão tanto o desenvolvimento do conhecimento científico de ponta, os formatos organizacionais de competição global e a massa de recursos econômicos financeiros, quanto a ideologia legitimadora e as decisões cruciais do seu ordenamento⁵³.

⁴⁸ HELD, 1996, p. 344-345.

⁴⁹ GÓMEZ, 2000, p. 40.

⁵⁰ HELD, 1996, p. 345.

⁵¹ Ibidem, p. 345.

⁵² Ibidem, p. 346-347.

⁵³ GÓMEZ, 2000, p. 36-37.

O segundo exemplo dado por Held consiste no fato de o Conselho de Ministros da União Européia deter o poder de expedir legislação válida em todos os Estados integrantes da UE, independentemente de negociação prévia, em uma clara demonstração que “[...] qualquer concepção de soberania que a pretende como forma indivisível, ilimitada, exclusiva de poder público – incorporada por um Estado determinado – é defunta⁵⁴”. Essa conclusão é reforçada pela constatação que até em setores sensíveis, como a segurança nacional e a política de defesa, as políticas de atuação vêm sendo formuladas de forma conjunta por vários Estados, por meio do incremento de ações de coordenação e cooperação militar e tecnológica, com o objetivo de diminuir os custos e aumentar a eficiência dos seus sistemas de defesa⁵⁵. Se a forma de constituição do Conselho de Ministros da UE pode servir para amenizar críticas sobre o déficit de legitimidade que afetariam os atos normativos editados por esse órgão, é certo que a forma pela qual as corporações multinacionais e entes internacionais impõe suas opções de política econômica aos Estados

[...] minam gravemente os princípios e as práticas de autonomia e de responsabilidade identificadas tradicionalmente com a idéia de autogoverno, imanente à democracia, assim como com a idéia correlata de cidadania em termos de direitos e deveres de sujeitos ativos e participantes nos assuntos públicos⁵⁶.

A economia globalizada proporciona aos consumidores amplo acesso às mais diversas mercadorias e serviços. Ironicamente, a necessidade de se manterem os custos de produção baixos, assim aumentando a “competitividade” e, principalmente, os lucros das corporações e bancos multinacionais, impede que aqueles responsáveis pela produção dos bens e serviços tenham acesso a estes, já que estarão, em sua maioria, desempregados ou com os salários cada vez mais aviltados⁵⁷. A atribuição de remuneração alta e de

⁵⁴ HELD, 1996, p. 347.

⁵⁵ Ibidem, p. 347-348.

⁵⁶ GÓMEZ, 2000, p. 43.

⁵⁷ FARIA, 1998, p. 138 e 140-141.

direitos sociais implica custos diretos do processo produtivo e deve ser evitada pelos Estados que pretendam atrair capital externo. Pelo contrário, nesses casos é recomendada pelos órgãos que regulam a economia internacional a adoção de medidas destinadas à contenção de despesas com a máquina pública e com serviços públicos básicos, como educação e saúde, que aparecem como exigências de um “ajuste fiscal” e que teriam o condão de sanear a economia, demonstrar a seriedade do Estado e atizar o interesse do capital estrangeiro⁵⁸.

3 A globalização econômica e o paradoxo da proteção aos direitos humanos

3.1 A globalização e o processo de internacionalização dos direitos humanos

Se, no campo da economia, a globalização parece apresentar sérias dificuldades para a continuidade dos Estados nacionais e de suas respectivas populações, no que concerne à proteção dos direitos humanos contra arbitrariedades cometidas em nome desses Estados, a globalização apresenta perspectivas interessantes⁵⁹, embora paradoxais. Antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, os conceitos tradicionais de soberania estatal já estavam sendo objeto de discussão⁶⁰. Essa ofensiva, aparentemente bem-sucedida, teve por alvo assegurar ao ser humano o *status* de titular de direitos e deveres ante o Direito Internacional e, como tal, merecedor da proteção de toda a comunidade internacional⁶¹.

A idéia de soberania estatal se consolidou junto com os conceitos de Estados nacionais a partir da Paz de Vestfália, passando

⁵⁸ FARIA, 1998, p. 138 e 140-148.

⁵⁹ PIOVESAN, 1999, p. 195.

⁶⁰ Ibidem, p. 196.

⁶¹ Ibidem, p. 197.

o direito internacional a cuidar, quase que exclusivamente, das relações entre Estados soberanos⁶², únicos entes aos quais o direito internacional reconhecia a capacidade de exercer direitos e contrair obrigações no plano internacional⁶³. Somente por meio da intermediação dos Estados é que os indivíduos participavam do mundo jurídico internacional⁶⁴, visto que o mundo se organizava exclusivamente pela coexistência entre Estados soberanos, legítimos detentores do poder sobre povos e territórios na ordem internacional⁶⁵. O Direito Internacional sempre reconheceu como corolário da soberania a independência e a igualdade dos Estados no plano internacional⁶⁶. Isso significa não só que as ações de um Estado não podem ser submetidas às cortes de outro, uma vez que *par in parem non habet iudicium*⁶⁷, como, também, que essa imunidade de jurisdição se estende àqueles órgãos e agentes que tenham praticado uma infração no exercício de funções exercidas em nome e no interesse de seu Estado respectivo como, por exemplo, os chefes de Estado, ministros das Relações Exteriores e agentes diplomáticos⁶⁸.

A Segunda Guerra Mundial revelou a insuficiência dos Estados na proteção dos seres humanos, uma vez que a soberania foi utilizada para acobertar várias atrocidades. O Tribunal de Nuremberg, no entanto, ignorou o argumento de que somente o Reich alemão poderia ser responsabilizado por tais ilícitos, afirmando que o direito internacional reconhecia personalidade jurídica não só aos Estados mas também aos seus nacionais, já que são os homens quem cometem os crimes e não entidades abstratas⁶⁹. A necessidade de proteção do ser humano, principalmente contra ameaças originadas no próprio seio do Estado a que pertence, impôs o seu reconhecimento como titular de direitos e deveres no plano internacio-

⁶² SHAW, 1997, p. 183.

⁶³ GREIG, 1976, p. 93.

⁶⁴ MELLO, 2002, v. 1, p. 781.

⁶⁵ BROWNLIE, 1977, p. 61.

⁶⁶ MELLO, 2002, v. 1, p. 432.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem, v. 1, p. 461-462.

⁶⁹ GREIG, 1976, p. 117.

nal. “Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado [...] mas doravante de proteger o ser humano como tal”⁷⁰.

[...] Existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional [...] a lhe reconhecer direitos fundamentais e protegê-los e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem⁷¹.

Retornando aos seus primórdios, quando o direito internacional se desenvolveu reconhecendo a personalidade do homem⁷², a comunidade internacional reconheceu a necessidade de criar instrumentos que permitissem a defesa coletiva de parte dos direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷³. Aqui cabe atentar que, já no início do século XX, a Corte Permanente de Justiça havia decidido no caso Danzig que, para que o reconhecimento da personalidade jurídica seja eficaz, se impunha a criação de meios de responsabilizar os Estados pela violação dos direitos individuais⁷⁴, haja vista que “Nas relações internacionais, assim como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um indivíduo por outro gera diversas formas de responsabilidade⁷⁵”. Essas violações dos interesses jurídicos são consideradas ilícitas por ofenderem normas jurídicas que estabelecem direitos e deveres, razão pela qual a responsabilidade no direito internacional, como regra geral, diz respeito à ocorrência e às conseqüências de atos ilícitos⁷⁶.

Em favor da posição adotada podemos acrescentar que, mesmo naqueles casos em que o homem recebe direitos ou deveres que lhe são impostos através de tratados, ele não deixa de ser pessoa internacional. Se realmente os direitos do homem são obrigações impostas

⁷⁰ TRINDADE, 2002, p. 630.

⁷¹ MELLO, v. 1, p. 781.

⁷² Ibidem, v. 1, p. 780.

⁷³ HELD, 1996, p. 349.

⁷⁴ BROWNLIE, 1977, p. 418.

⁷⁵ Ibidem, p. 418.

⁷⁶ Ibidem, p. 419.

aos Estados, no sentido de que devem concedê-los e respeitá-los, já na parte referente aos deveres o homem surge independentemente da figura estatal⁷⁷.

A necessidade de proteger o homem dos abusos cometidos pelos Estados deu surgimento a reclames por uma nova comunidade internacional, cosmopolita, transnacional, na qual a fonte de Direito deixe de ser exclusivamente a vontade coordenada dos Estados nacionais e passe a admitir outros atores⁷⁸. Um amplo arcabouço normativo, consistindo em tratados internacionais mundiais e regionais, foi editado a fim de proporcionar instrumentos legais destinados a responsabilizar os Estados por violações aos direitos humanos. Ao mesmo tempo, uma série de instituições multilaterais, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos do Homem, foram criadas para garantir a efetividade desses diplomas internacionais. A própria Carta da ONU, promulgada em 26 de junho de 1945, expressamente afirma estar entre os seus propósitos a proteção aos direitos humanos. Posteriormente, com o intuito de reforçar tal proteção, foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, bem como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de dois protocolos facultativos, instituindo o direito de petição individual e vedando a pena de morte, conjunto de textos que é comumente denominado a Carta Internacional dos Direitos do Homem⁷⁹. Do mesmo modo, foram firmados vários Pactos Regionais com o objetivo de conferir proteção aos indivíduos, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica. Além disso, foram criadas diversas organizações internacionais, como as Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos, destinadas a tornar efetiva a proteção conferida em abstrato pelas normas internacionais.

Com isso, vêm sendo mitigados princípios tradicionais do direito internacional, como a soberania e independência dos Esta-

⁷⁷ MELLO, v. 1, p. 783.

⁷⁸ HELD, 1996, p. 352.

⁷⁹ RAMOS, 2002, p. 26.

dos-Nações, bem como o da exaustão dos mecanismos internos de proteção, que veda qualquer ingerência externa sobre os assuntos internos de qualquer Estado até o exaurimento dos mecanismos de reparação e responsabilização previstos pelo ordenamento interno⁸⁰. Os Estados integrantes da sociedade internacional vêm formando novos pactos de proteção aos direitos humanos ou aderindo àqueles já existentes, seja por reconhecer a validade e a necessidade dessa proteção, seja com o intuito de evitar sanções comerciais ou de se legitimar politicamente perante a comunidade internacional.

3.2 A internacionalização dos direitos humanos e seus efeitos nas constituições nacionais

Com a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, bem como com a formulação dos demais pactos que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos, os direitos previstos em tais instrumentos vêm sendo habitualmente internacionalizados pelos Estados Democráticos, passando, pois, a integrar o seu direito positivo. Essa incorporação freqüentemente tem garantido aos direitos humanos não só o *status* constitucional, mas, mais importante, o de norma fundamental. Essa imbricação entre direitos humanos e democracia parece ser, pelo menos nos tempos atuais, uma verdade comum a todos os Estados considerados democráticos, ainda mais quando se constata que a democracia e os direitos humanos, na tradição ocidental, aparecem como resposta ao absolutismo monárquico e ao totalitarismo, visto que “Estados totalitários tiveram como conseqüência final a efetivação de um processo de suspensão política do direito e da moral”⁸¹. No Brasil, essa fundamentalização dos direitos humanos ficou patente quando, em 5 de outubro de 1988, após duas décadas de regime ditatorial, foi promulgada a atual carta constitucional. O Poder Constituinte originário, ao editar a nova Lei Magna, optou por colocar como pedra

⁸⁰ SHAW, 1997, p. 202.

⁸¹ SAVI, 1999, p. 9.

angular de todo o ordenamento jurídico pátrio aquela categoria de direitos conhecida como direitos humanos ou direitos fundamentais⁸². Assim, os até então chamados direitos individuais foram colocados como valor supremo do edifício estatal, sendo conferida ao ser humano a prevalência e proteção que lhe fora negada no período anterior. Tal preocupação é demonstrada já nos primeiros artigos da Constituição, pois já o seu artigo 1º consagra, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

A relação umbilical entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, assim como entre os sistemas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos, é evidente, visto que os direitos humanos são a espécie da qual os direitos fundamentais fazem parte, distinguindo-se dos primeiros, tão-somente, por se encontrarem positivados na Constituição de um determinado Estado. Nesse ponto é importante lembrar o papel da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. A Declaração Universal, promulgada em 10 de dezembro de 1948, ao contrário do que se poderia pensar, não é um tratado, mas uma declaração de preceitos e objetivos de conteúdo ético carentes de obrigatoriedade⁸³. Essa, por sinal, foi uma das razões pela qual a ONU viu-se instada a formalizar, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, que foi acrescido de um Protocolo Facultativo, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸⁴. Isso não obstante, a Declaração de Direitos Humanos teve um papel fundamental na efetivação da proteção dos direitos humanos.

Com efeito, a Declaração veio a ser compreendida como instrumento de interpretação autêntico das disposições sobre direitos humanos contidas na Carta das Nações Unidas⁸⁵, uma vez que, assim como ocorre com a Declaração Universal, a obrigatoriedade

⁸² SARLET, 1998, p. 65-72.

⁸³ MELLO, 2002, v. 1, p. 841.

⁸⁴ *Ibidem*, v. 1, p. 842.

⁸⁵ TRINDADE, 2002, p. 637.

das cláusulas de proteção de direitos humanos contidas na Carta da Organização das Nações Unidas, dada a indeterminação do conteúdo de tais dispositivos, foi objeto de grande discussão⁸⁶. Por ser a proteção dos direitos humanos uma das finalidades da ONU, tal obrigatoriedade decorreria do fato de que a omissão dos Estados que integram essa organização em proteger os direitos humanos tornaria letra morta as finalidades da ONU⁸⁷. A Declaração Universal deu conteúdo aos dispositivos da Carta, permitindo uma efetivação da proteção aos direitos humanos. Além disso, a Declaração foi reconhecida como sendo reflexo de normas já consagradas pelo direito consuetudinário internacional ou, ainda, como princípios gerais de direito, já adotados por boa parte das sociedades modernas⁸⁸. Dessa forma, “Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça”⁸⁹.

Talvez o mais importante seja o reflexo da Declaração Universal no âmbito dos ordenamentos internos dos Estados integrantes da sociedade internacional, fenômeno que demonstra a ampla abrangência dos princípios por ela veiculados.

Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção,

⁸⁶ MELLO, 2002, v. 1, p. 840.

⁸⁷ Ibidem, v. 1, p. 840.

⁸⁸ Ibidem, v. 1, p. 841.

⁸⁹ TRINDADE, 2002, p. 641.

o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos⁹⁰.

Importa relevar que várias das constituições européias promulgadas durante o pós-guerra admitiram expressamente a sua submissão às regras de direito internacional público. Nesse passo,

[...] a Constituição francesa de 27 de outubro de 1946, a qual proclama em seu preâmbulo que “a República francesa, fiel às suas tradições, se conforma às regras de direito internacional público”, a Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, a qual, partindo de uma fórmula semelhante à que foi adotada pela Carta francesa, dispõe que “a ordem jurídica italiana se conforma às regras de direito internacional comumente reconhecidas” (artigo 10), e a Lei Fundamental alemã, que em seu artigo 25 precisa, por seu turno, que “as regras gerais de direito internacional público integram o direito federal”⁹¹.

Nesses casos, os preceitos de direito internacional, em especial aqueles que veiculam normas de proteção aos direitos humanos, foram incorporados ao ordenamento interno desses Estados, assegurando à integração entre direito internacional e direito interno uma dinâmica até então nunca vista.

3.3 O paradoxo: a globalização econômica como obstáculo à efetiva internacionalização dos direitos humanos

A criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, constituído de normas de direitos internacionais e organismos de atuação regional e global criados com o intuito de prevenir e responsabilizar os Estados, e indivíduos, por violações aos direitos humanos é uma realidade⁹². Ocorre que esses siste-

⁹⁰ TRINDADE, 2002, p. 641-642.

⁹¹ BERRAMDANE, 2002, p. 13.

⁹² RAMOS, 2002, p. 25-35.

mas não têm tido o condão de evitar os efeitos mais perversos da globalização econômica. Os direitos humanos são repartidos pela doutrina em dimensões ou gerações, classificação feita de acordo com a época ou o momento histórico em que foram reconhecidos pelos governos ou impostos pelo povo⁹³. Tais gerações refletiriam um movimento dialético entre a governabilidade estatal e a liberdade individual⁹⁴. O melhor parece ser definir essas categorias de direitos de acordo com a dimensão de sua abrangência, haja vista que o processo de reconhecimento dos Direitos Humanos implica o acúmulo e fortalecimento de instrumentos legais de proteção aos indivíduos⁹⁵.

De forma resumida, pode-se conceituar os direitos humanos de primeira dimensão como sendo aquelas liberdades e garantias individuais consagradas pelas Declarações de Direitos Humanos afirmando a proteção da esfera individual contra o abuso do poder do Estado⁹⁶. Os direitos de segunda dimensão surgem com base na mesma premissa principal, qual seja, a preponderância do indivíduo, mas aqui o singular é visto como parte de um conjunto de iguais, de uma coletividade que deve não só respeitar sua individualidade, mas lhe conferir os meios para dela participar. Enquanto a primeira dimensão de direitos consagra a proteção do indivíduo, exigindo uma abstenção do Estado, a segunda geração é constituída pelo dever do Estado em prestar determinados serviços, bem como de assegurar condições para que o indivíduo possa partilhar da riqueza social. O Estado passa a ser um instrumento de promoção dos direitos individuais. Trata-se de garantir, então, acesso ao trabalho, à saúde e à educação, além de assegurar aos trabalhadores direitos sociais, como o direito de greve⁹⁷. Os direitos de ter-

⁹³ “Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas” (BONAVIDES, 2002, p. 517).

⁹⁴ LAFER, 2001, p. 125-126.

⁹⁵ SARLET, 1998, p. 49.

⁹⁶ LAFER, 2001, p. 126.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 126-128.

ceira dimensão têm por titulares não os indivíduos singularmente considerados, mas a coletividade em que estão inseridos; o próprio gênero humano é reconhecido como titular de determinados direitos, como a paz, o desenvolvimento social e a proteção ao meio ambiente⁹⁸.

O processo de internacionalização dos direitos humanos demonstrou grande capacidade em reforçar a proteção à maioria dos direitos de primeira geração e dos de terceira. No entanto, a globalização da economia da forma como foi feita até agora consiste em fator proibitivo da implantação dos direitos de segunda geração.

Na verdade, considerando os efeitos da globalização econômica sobre a democracia liberal, é possível asseverar que a globalização econômica atinge a própria noção de autogoverno caracterizadora do Estado liberal. A própria noção de cidadania foi afetada pelas restrições ao efetivo exercício da capacidade eleitoral ativa, decorrentes da imensa pobreza que as políticas econômicas globais acarretam⁹⁹. Nos Estados subdesenvolvidos, o enfraquecimento político ocasionado pelas imposições da economia globalizada impede que os governos tenham a capacidade de propor e desenvolver as políticas sociais necessárias para garantir os direitos de segunda geração, os quais, por sua vez, encontram-se dentro do Protocolo Facultativo, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acrescido ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU¹⁰⁰.

[...] no plano social dos países latino-americanos o progressivo enfraquecimento do Estado nacional dificulta o reconhecimento dos direitos mínimos de amplos contingentes de suas respectivas sociedades. Nelas o denominador comum continua sendo (*a*) *a pobreza absoluta* (que atinge cerca de 31,5% da população global

⁹⁸ SARLET, 1998, p. 51.

⁹⁹ GÓMEZ, 2000, p. 100-101.

¹⁰⁰ MELLO, 2002, v. 1, p. 842.

do continente); (b) o *desemprego disfarçado* (ou seja, o subemprego, o emprego informal e a produtividade ociosa frente ao aparelho produtivo existente, que, em 1990, atingiria mais de um terço da população) e (c) o *baixo nível dos seus salários* [...] ¹⁰¹.

O aspecto econômico da globalização prepondera sobre o aspecto político, impondo a milhões a situação de párias, de excluídos da sociedade formal, sem acesso a serviços mínimos, ou até mesmo a condições básicas essenciais para a manutenção da dignidade humana, como emprego e moradia ¹⁰². Logo, se a globalização proporciona instrumentos formais de proteção aos direitos humanos, os efeitos econômicos desse fenômeno impedem, pelo menos nos Estados periféricos, que esses direitos sejam concretizados.

4 Uma solução possível

Não faltam provas concretas de que os Estados mais ricos do mundo vêm tentando concentrar poder em suas mãos por meio de propostas de reestruturação da ONU, enfraquecendo a democracia dentro dos Estados mais fracos economicamente. Essa tendência, fundada na necessidade de proteger o capital especulativo e produtivo multinacional, busca garantir aos integrantes do G7 maior influência nos assuntos globais ¹⁰³, em detrimento das nações menos desenvolvidas. A economia, por sua vez, se apresenta como ente auto-regulamentado, alheia aos anseios da população local, e, na maior parte das vezes, como obstáculo ao acesso do povo aos direitos sociais assegurados pelos pactos internacionais e constituições locais. Em resposta a essa concentração de poder, com o intuito de renovar a supremacia da política sobre a economia, a doutrina apresenta a necessidade de se fazer com que a democracia extrapole as fronteiras nacionais, ampliando sua abrangência para alcançar regiões e redes globais ¹⁰⁴. A instituição de uma democracia cosmopolita demanda-

¹⁰¹ FARIA, 1998, p. 143-144.

¹⁰² Ibidem, p. 147-148.

¹⁰³ HELD, 1996, p. 353.

¹⁰⁴ Ibidem.

ria o incremento e aperfeiçoamento da administração e dos sistemas de prestação de contas e responsabilização de entidades regionais e globais, como a ONU e a UE, agindo, não em substituição dos Estados nacionais, mas em complemento a eles¹⁰⁵.

Procedimentos devem ser criados que permitam a participação popular na formulação da vontade e na fiscalização da atuação desses organismos, que agiriam dentro de esferas definidas de competência e somente quando e onde as ações pretendidas produzam conseqüências transnacionais¹⁰⁶. O funcionamento desses entes transnacionais deve-se legitimar a partir da ampliação do processo democrático interno para os espaços públicos da sociedade internacional¹⁰⁷. Impõe-se aumentar a participação individual nos processos decisórios desses organismos internacionais, justamente a fim de permitir a redução da concentração do poder nas corporações multinacionais, o qual, por sua vez, se legitima em função da força econômica. O reconhecimento de um núcleo duro de direitos fundamentais que delimitem e guiem os procedimentos democráticos é proposto por Held¹⁰⁸. Direitos que estariam consagrados nas constituições de parlamentos regionais, os quais serviriam para formular regulações e políticas regionais ou globais, com base em tais direitos¹⁰⁹. Além disso, a utilização de *referenda* de alcance internacional sobre determinados pontos de regulação internacional, a criação de cargos eletivos para os organismos internacionais, bem como a implementação de instrumentos de fiscalização que assegurem a transparência da administração e do funcionamento desses organismos, são algumas das medidas apresentadas por Held como indispensáveis para o sucesso de uma democracia cosmopolita¹¹⁰.

O importante é reconhecer aos indivíduos o seu *locus* como sujeitos de direitos e deveres de uma comunidade internacional,

¹⁰⁵ HELD, 1996, p. 354.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 355.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem, p. 354-355.

transformando o indivíduo em cidadão que tenha “acesso e é reconhecido como membro de comunidades políticas interligadas – a do Estado-Nação, a de regiões supra-estatais e da ordem global –, exercendo cidadanias múltiplas e diversas”¹¹¹. Na verdade não se busca o fim do Estado-Nação, mas sim a criação de novas esferas complementares de deliberação política das quais participem os cidadãos dos Estados como cidadãos do mundo¹¹². A criação dessas esferas transnacionais de deliberação popular possibilitaria, por sua vez, servir de canal de veiculação dos reclamos daqueles movimentos locais de resistência que vêm, com pouco sucesso, resistindo às modificações propostas pela globalização¹¹³. Ao permitir a participação de todos, desenvolvendo um fórum de deliberação política que possa fazer frente aos aspectos econômicos da globalização, submetendo-os aos anseios articulados das comunidades locais, regionais e global, essa nova cidadania faria triunfar a democracia e a soberania popular¹¹⁴.

A devolução para o povo, para a comunidade global, do controle sobre os seus destinos torna possível realizar a quarta dimensão de direitos humanos, qual seja, a consolidação e globalização das demais dimensões de direitos humanos, de forma que garanta aos povos dos países periféricos instrumentos de participação na formação da vontade dos entes detentores do poder internacional e, assim, evite a dominação política que se aproximaria¹¹⁵, visto que

São direitos da quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência¹¹⁶.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, portanto, somente se completará quando for reconhecido papel central

¹¹¹ GÓMEZ, 2000, p. 134.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 137.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 138-139.

¹¹⁵ BONAVIDES, 2002, p. 524-526.

¹¹⁶ LAFER, 2001, p. 525.

do ser humano no plano internacional, não só como sujeito passivo da proteção da comunidade internacional mas como sujeito atuante, responsável pela tomada daquelas decisões que produzam efeitos transnacionais. Somente então é que o ser humano terá poder de fato para colocar a economia a serviço da humanidade.

Referências

BERRAMDANE, Abdelkhhaleq. *La hiérarchie des droits: droits internes et droits européen et international*. Paris: L'Harmattan, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 2. ed. reimpr. Oxford: Clarendon Press, 1977.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GREIG, D. W. *International law*. 2. ed. London: Butterworths, 1976.

HELD, David. *Models of democracy*. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 1 e 2.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos instrumentos de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAVI, Obrad. Introduction. In: SAVI, Obrad (Ed.). *The politics of human rights*. London: Verso, 1999.

SHAW, Malcom Nathan. *International law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 46(182), p. 27-54, jul./dez. 1993.

———. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

Ministério Público e patrimônio público: uma abordagem em torno da unidade do interesse público

André de Vasconcelos Dias*

Sumário: 1 Introdução. 2 Da noção de interesse público. 2.1 Da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. 2.2 Da fissão do conceito de interesse público. 2.3 Interesse público: síntese do possível, em torno da unidade. 3 Do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público. 3.1 Da defesa do patrimônio público como expressão do interesse público. 3.2 Das correntes restritivas e do advento de uma perigosa tendência. 3.3 Da unidade da tutela do patrimônio público. 4 Conclusão.

1 Introdução

Como é notório, com o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público brasileiro assumiu papel de destaque na tutela do patrimônio público. Mercê das garantias institucionais que lhe foram outorgadas (notadamente a independência funcional de seus membros), a instituição ministerial, com as devidas peculiaridades, tornou-se verdadeiro *ombudsman* da coisa pública.

Por certo, a sedimentação dessa nova realidade não foi isenta de embates. Aferrando-se à letra do art. 129, IX, da Carta Magna, algumas correntes esposaram orientações restritivas à atuação do *Parquet* na defesa do patrimônio público. Porém, atenta à teleologia constitucional, a jurisprudência dos tribunais superiores, aluindo resistências iniciais, passou a admitir, sem ressalvas, a legitimidade do Ministério Público.

* André de Vasconcelos Dias é Procurador da República.

Novas discussões pareciam estéreis, e a questão, superada. Não obstante, esboça-se, no Superior Tribunal de Justiça, uma orientação pretensamente conciliatória dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República. Para tanto, opera-se a cisão da noção de patrimônio público, distinguindo-se as hipóteses de interesse da coletividade, como um todo, daquelas de interesse meramente ordinário dos entes públicos.

Em verdade, a compreensão do problema vai além da redação dos referidos dispositivos constitucionais. Patrimônio público é um conceito ainda em formação. Tributário da idéia de interesse público, é aí que se devem buscar os parâmetros para equacionar a questão.

Malgrado todas as críticas de que é objeto, sobretudo pela ausência de conteúdo material preestabelecido, é fato que a ciência jurídica em geral e o direito público em particular ainda não podem prescindir da noção de interesse público.

Assim, na perspectiva do interesse público, será desenvolvida a análise do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público. Não se pretende a definição de um conceito, a superar as controvérsias existentes. Busca-se, tão-somente, demonstrar que, no bojo do pluralismo típico da sociedade contemporânea, é possível identificar uma certa unidade na noção de interesse público, e, de conseguinte, na noção de patrimônio público, com reflexos nas respectivas tutelas.

2 Da noção de interesse público

2.1 Da doutrina dos interesses públicos primários e secundários

Tema envolto em nebulosidade, a concepção de interesse público, ao longo dos anos, tem suscitado, aqui e alhures, a elaboração de diversos estudos pelos publicistas. Entre eles, tornou-se célebre a doutrina engendrada em meados do século passado, na Itália,

sob o influxo de Carnelutti e Piccardi, e sistematizada por Renato Alessi, então professor de Direito Administrativo da Universidade de Parma. Trata-se da conhecida distinção entre interesses públicos primários e secundários.

Surgida no contexto do pós-guerra, em um país ainda impregnado de estruturas fascistas, nas quais o interesse público era açambarcado pelo interesse da máquina estatal e das ideologias em voga, tal doutrina representou uma tentativa de depuração do conceito de interesse público, amoldando-o à idéia de bem comum da coletividade.

Em obra que se tornou clássica, sustentou Alessi:

Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a se stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondari che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono sere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e eni limiti di siffata coincidenza, con l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interesse secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare questo interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primario, mentre l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico¹ [g.n.].

¹ ALESSI, 1953, p. 151-152. Tradução livre: Esses interesses públicos, coletivos, cuja satisfação a administração deve buscar, não são, observe-se, simplesmente o interesse da administração como sujeito jurídico em si, mas aquilo que se convencionou chamar de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses prevalentes de uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do sujeito administrativo refere-se aos interesses secundários, que se fazem presentes na coletividade e que podem ser efetuados somente na hipótese de coincidência – e nos incontáveis limites dela – com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da situação jurídica da administração pública reside precisamente em que, embora seja ela, como qualquer outro sujeito

Clarificando tal raciocínio, exemplificou:

l'interesse secundario dell'amministrazione porterebbe la stessa a pagare i propri impiegati il meno possibile, e ad aumentare al massimo possibile le imposte, al fine di aumentare al massimo le proprie disponibilità patrimoniali: per contro, l'interesse pubblico (collettivo) esige, rispettivamente, che gli impiegati siano pagati in modo sufficiente a metterli nelle migliori condizioni acciocchè le loro prestazioni siano efficaci, ed i cittadini non siano gravati di imposte oltre una data misura².

Pela exposição e pelos exemplos ministrados, de meridiana clareza, o *télos* dessa doutrina: quando se diz que os interesses dos entes públicos são secundários, e somente podem ser realizados se coincidentes – e na exata medida dessa coincidência – com os interesses públicos primários (da coletividade), *emerge, a todas as luzes, a identificação da esfera do não-conceito – relegando-se ao plano do injurídico aquilo que não se caracteriza como interesse público.*

Deveras, os órgãos e entes públicos não constituem fins em si mesmos; logo, o incremento do seu aparato e a persecução de seus interesses – à guisa dos interesses privados – somente se justificam quando em consonância com os interesses da coletividade.

No Brasil, poucos apreenderam tão bem o cerne da distinção entre interesse público primário e secundário como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

É que, além de subjetivar interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e

jurídico, titular de um direito secundário próprio e pessoal, sua função não é de materializar esse interesse secundário e pessoal, mas atender ao interesse coletivo, público, primário. O interesse secundário e pessoal do sujeito administrativo pode realizar-se, como qualquer outro interesse secundário do particular, apenas no caso de coincidência, e nos limites desta, com o interesse público.

² ALESSI, 1953, p. 153. Tradução livre: O interesse secundário da administração poderia levá-la a remunerar seus funcionários com o mínimo possível e aumentar os impostos ao máximo, a fim de fazer crescer suas disponibilidades patrimoniais. Em contrário, o interesse público (coletivo) exige, respectivamente, que os funcionários sejam pagos de modo apto a colocá-los em condição de tornar o serviço eficaz e que o contribuinte não seja onerado com impostos excessivos.

convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Esses últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização dos interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles³.

Mas, voltando a Alessi: na raiz de seu pensamento, ao delimitar a esfera do não-conceito, cognominado *interesse público secundário*, não se tem por perspectiva a instituição de uma nova categoria, juridicamente inexistente; mas, tão-somente, a objetivação do próprio interesse público.

Eis, então, o ponto axial dessa doutrina: não existem dois tipos de interesses públicos – uns da coletividade, outros dos entes públicos. Apenas os primeiros são interesses públicos; os demais, *somente em tese concebíveis*, sequer de interesses podem ser designados, porquanto o Estado tem por fim a serventia ao bem comum. Significa dizer: *não há interesses dos entes estatais qualitativamente diversos dos interesses da sociedade*.

Em conclusão: somente o interesse da coletividade (*interesse público primário*) se qualifica como interesse público. Tudo o

³ MELLO, 2003, p. 57.

mais é rotunda nugacidade, ressoando a instigante proposição de Wittgenstein: “Aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”.

2.2 Da fissão do conceito de interesse público

Infausto dia em que se denominou de *interesse público secundário* aquilo que é estranho ao interesse público. Imaginassem os mestres italianos as distorções que fariam de sua doutrina, certamente utilizariam terminologia diversa na delimitação da esfera do não-conceito. Observa-se, progressivamente, o desvirtuamento da reportada construção teórica, tendente à identificação de dois tipos de interesse público: o da coletividade e o das pessoas jurídicas de direito público.

À primeira vista, tal distinção poderia afigurar-se meramente acadêmica – mais uma questiúncula escolástica, desprovida de sentido prático, como sói acontecer no mundo jurídico. Entretanto, retomaram-se as discussões, diante do art. 127, *caput*, da Lei Fundamental, a dispor que incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Os reflexos imediatos do Sistema Constitucional recairiam na intervenção do Ministério Público, no processo civil, como fiscal da lei. Tudo porque, segundo o art. 82, III, do Código de Processo Civil, compete ao *Parquet* intervir nas “causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

Nessa esteira, passou-se a indagar se seria sempre necessária a intervenção ministerial nas causas em que fossem parte pessoas jurídicas de direito público; assim como passou-se a perquirir as balizas aptas a identificar a presença do interesse público, esse fluido conceito metajurídico.

O novo perfil constitucional do Ministério Público contribuiu à intensificação dos debates. É que, pela extensa gama de atribuições que lhe foram cometidas – sobretudo pelo art. 129 da

Constituição da República e pelas respectivas Leis Orgânicas –, o *Parquet* tornou-se um verdadeiro “faz-de-tudo”.

Todavia, ante a gravidade da missão institucional de tutelar os direitos difusos e coletivos (posteriormente, também os individuais homogêneos de relevância social), revelou-se impraticável ao Ministério Público se desincumbir, satisfatoriamente, de todos os seus misteres. Naturalmente, privilegiou-se a persecução penal e a tutela coletiva. Principiou-se, então, a falar em racionalização/otimização da atuação ministerial no processo civil.

Em tal contexto, embora à míngua de homogeneidade, podem-se identificar duas grandes correntes, a justificar a não-intervenção do Ministério Público, no processo civil, nas hipóteses do art. 82, III, *in fine*, do CPC: uma que, partindo de argumentos tópicos, trilha pela desnecessidade da intervenção ministerial, sob determinadas circunstâncias; e outra que cinde os interesses públicos em interesses da coletividade e interesses das pessoas jurídicas de direito público, de sorte que somente os primeiros atrairiam a intervenção do Ministério Público.

De modo geral, verifica-se que, no âmbito do Ministério Público, como postura institucional – bem entendido, sem afronta à independência funcional de seus membros –, passou-se a sustentar que, nas causas que versem mera composição ao Erário, não se faz necessária a intervenção ministerial, porquanto a Fazenda Pública já estaria adequadamente representada pela advocacia pública. Nesse raciocínio, a questão não se situa em termos da legitimidade, mas sim da necessidade da intervenção do Ministério Público, que se mostraria subseciva.

Assim, no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Procurador-Geral de Justiça, considerando decisão do Conselho Superior respectivo, editou (sem caráter normativo) a Recomendação n. 01/2001⁴, no sentido da não-intervenção nas ações em que for parte a Fazenda Pública e suas entidades, pelo só fato dessa circuns-

⁴ Disponível em: <www.mp.mg.gov.br>.

tância. Ao seu turno, o Ministério Público do Estado de São Paulo, ainda antes da Ordem Constitucional vigente, já se posicionava de forma semelhante (Ato n. 01/1984 da PGJ-CSMP-CGMP)⁵.

Em busca de harmonização de entendimentos do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, editou a *Carta de Ipojuca*, perfilhando o entendimento da desnecessidade da intervenção do Ministério Público, na “Ação em que for parte a Fazenda ou o Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial e sem implicações de ordem constitucional”⁶.

No âmbito do Ministério Público Federal, no *II Encontro da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão*, em que se debatia a intervenção ministerial em mandado de segurança, registrou-se, como um dos principais argumentos contrários, o fato de que

não há prejuízo ao exercício da defesa por parte da pessoa jurídica interessada, porquanto a autoridade coatora, além de contar com a assessoria direta de advogados da União e/ou procuradores federais, na elaboração das informações, tem a obrigação legal de cientificá-la da impetração⁷.

Entretanto, cediço é que a posição da administração superior do Ministério Público não se confunde com a posição dos seus membros, constata-se que alguns órgãos de execução ministeriais, na condição de juristas, perfilham a tese que distingue entre interesses da coletividade e interesses dos entes públicos. Confirma-se o escólio do promotor de Justiça Emerson Garcia:

O interesse público primário, como se sabe, não guarda similitude com o interesse público secundário, sendo este inerente às pessoas jurídicas de direito público, ainda que, não raras vezes, dissonante dos interesses da maior parte do grupamento⁸.

⁵ Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>.

⁶ Disponível em: <www.mp.mg.gov.br>.

⁷ Disponível em: <www.pgr.mpf.gov.br>.

⁸ GARCIA, 2005, p. 321.

A propósito, nos tribunais superiores, sempre foi exceção a justificativa da não-intervenção do Ministério Público *pela desnecessidade*, nas causas de que seja parte pessoa jurídica de direito público, envolvendo interesses mera ou precipuamente pecuniários.

No Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n. 189, ao dispor que “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”, dava sinais de acolher essa corrente. Sucede que a fórmula extremamente sintética de sua redação não autoriza essa conclusão.

Na realidade, conforme se verá adiante, o Superior Tribunal de Justiça, em geral, sempre optou pela segunda corrente, distinguir o interesse público da coletividade e o interesse da pessoa jurídica de direito público. Porém, em raro instante de lucidez, decidiu o STJ: “Desnecessária a intervenção do Ministério Público em processos em que o Estado está assistido por advogado”⁹.

No Supremo Tribunal Federal, tais questões foram debatidas na vigência da Constituição de 1967/1969, visto que, àquele tempo, o Pretório Excelso era, também, o guardião soberano da legislação infraconstitucional (*in casu*, art. 82, III, do CPC). Em 13 de novembro de 1979, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 83.328/PR, decidiu a 2ª Turma do STF:

Processo civil. Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade das partes. O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência¹⁰.

⁹ STJ, REsp n. 374.579/SC, rel. min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 15.10.2002, DJ de 25 nov. 2002.

¹⁰ STF, RE n. 86.328/PR, rel. min. Dácio Miranda, 2ª Turma, julgado em 13.11.1979, DJ de 7 dez. 1979.

Como se depreende da ementa supratranscrita, o STF enveredou pela orientação da desnecessidade da intervenção ministerial, sem distinguir entre interesses públicos. Todavia, interessante assinalar que, menos de dois meses antes do referido julgado, a mesma 2ª Turma da Suprema Corte, a versar o tema, utilizou-se de fundamentação oposta:

Ação ordinária de indenização movida por prefeitura municipal contra empresa privada. Intervenção do Ministério Público. Interpretação do inciso III do art. 82 do CPC. No exame de cada caso deve o julgador identificar a existência ou não do interesse público. O fato de figurar na relação processual pessoa jurídica de direito público ou entidade da administração indireta não significa, por si só, a presença do interesse público, de modo a ensejar a obrigatória atuação do Ministério Público. O interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista. Na espécie há simples ação de indenização, a envolver apenas o interesse patrimonial do município, sem repercussão relevante no interesse público, de modo a justificar a intervenção prevista no inc. III do art. 82 da lei adjetiva civil. Recurso extraordinário conhecido em face do dissídio jurisprudencial, e provido¹¹.

Aqui, já se fez a distinção entre o interesse da Administração Pública e o interesse da coletividade. Contudo, frise-se: a existência de dois julgados, da mesma Turma da Suprema Corte, num interregno tão breve, com fundamentações tão díspares, denota a ausência de uma análise mais aprofundada sobre a matéria.

Os julgados que se seguiram, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foram todos no sentido de se distinguir entre o interesse dos entes públicos e o interesse coletivo¹².

¹¹ STF, RE n. 90.286, rel. min. Djaci Falcão, 2ª Turma, julgado em 28.9.1979.

¹² Vide: RE n. 91.180/MG, rel. min. Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 25.3.1980, *DJ* de 18 abr. 1980; RE n. 91.643/ES, rel. min. Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 15.4.1980, *DJ* de 2 maio 1980; RE n. 96.899/ES, rel. min. Néri da Silveira, 1ª Turma, julgado em 3.9.1985, *DJ* de 5 set. 1986.

Posteriormente, à alçada do Superior Tribunal de Justiça transferiram-se os debates – art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República. De forma natural, o STJ incorporou e reproduziu a fundamentação prevalente no Supremo Tribunal Federal¹³.

Se bem analisados os arestos do STJ, pode-se perceber que a preocupação dos ilustres ministros prende-se menos aos fundamentos do que à conseqüência da não-intervenção do Ministério Público – qual seja, a sanção da nulidade do processo, estabelecida no art. 246 do Código de Processo Civil. Assim, “não há interesse público que justifique a nulidade do processo em razão da ausência do Ministério Público no processo”¹⁴.

No decorrer do tempo, aflorou a evidência de que a distinção entre interesse da coletividade e interesse da Administração Pública era postiça, carente de maior substrato teórico. Eis, então, o que se fez: apropriou-se da doutrina dos interesses públicos primários e secundários, distorcendo os conceitos formulados pelos juristas italianos para qualificar de interesse público secundário os interesses patrimoniais e ordinários da Administração Pública.

¹³ A título de exemplo, por amostragem: REsp n. 10.042/AC, rel. min. José de Jesus Filho, 2ª Turma, julgado em 18.12.1991, *DJ* de 9 mar. 1992; REsp n. 48.771/RS, rel. min. Milton Luiz Pereira, julgado em 27.9.1995, *DJ* de 6 nov. 1995; REsp n. 52.318/RS, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Turma, julgado em 16.11.1994, *DJ* de 5 dez. 1994; REsp n. 28.862/PR, rel. min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 12.12.1994, *DJ* de 13 mar. 1995; AgRg no Ag n. 134.722/PR, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 19.5.1997, *DJ* de 9 jun. 1997; REsp n. 154.631/MG, rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 1º.10.1998, *DJ* de 3 nov. 1998; REsp n. 263.443/PE, rel. min. Edson Vidigal, 5ª Turma, julgado em 10.10.2000, *DJ* de 6 nov. 2000; REsp n. 137.186/GO, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 2.8.2001, *DJ* de 10 set. 2001; AgRg no REsp n. 609.216/RS, rel. min. Paulo Gallotti, julgado em 4.5.2004, *DJ* de 31 maio 2004; REsp n. 490.726/SC, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 3.3.2005, *DJ* de 21 mar. 2005.

¹⁴ REsp n. 126.438, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 5.2.1998, *DJ* de 9 mar. 1998. No mesmo sentido: REsp n. 20.123/PR, rel. min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 5.6.1997, *DJ* de 30 jun. 1997.

Nesse diapasão, já existem dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça¹⁵, ambos de relatoria do eminente ministro Luiz Fux, valendo-se da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. O acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 303.806/RO encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE.

1. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais promovida em face do Estado por abuso de autoridade, em face de denúncia promovida pelo Ministério Público, não se impõe a atuação do *Parquet* como *custos legis*, consoante a jurisprudência dessa E. Corte (REsp 327.288/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17/11/2003; AGR Esp 449.643/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28/06/2004; AgRg no REsp 258.798, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.11.2002; REsp 137.186, Rel. Min. José Delgado, DJ 10/09/2001).

2. O art. 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: “III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

3. *A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*

3. *O Estado, quando atestada sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.*

4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

¹⁵ REsp n. 303.806/RO, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22.3.2005, DJ de 25 abr. 2005; REsp n. 640.412/SC, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 19.5.2005, DJ de 13 jun. 2005.

Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de *custos legis*, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer com a ação de desapropriação prevista no Decreto-Lei n. 3.365/41 (Lei de Desapropriação).

5. *In genere*, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.

6. Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador do Estado Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93.

7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins da justiça do processo, em razão do princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (*pas des nullités sans grief*).

8. Recurso especial desprovido¹⁶.

Decerto os fundamentos de tal aresto são ambíguos, visto que também se assentam na desnecessidade da intervenção do Ministério Público, pelo fato de os interesses da Administração já estarem sendo curados pela procuradoria judicial respectiva. No entanto, o ponto fulcral da fundamentação do julgado – e onde reside todo o equívoco – consiste em classificar de interesse público secundário o interesse patrimonial dos entes públicos.

Lamentavelmente, o desacerto teórico já começa a fazer escola. Migrou ao Tribunal Superior do Trabalho, onde já existem deci-

¹⁶ REsp n. 303.806/RO, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22.3.2005, DJ de 25 abr. 2005.

sões agasalhando o referido equívoco¹⁷. No julgamento do Recurso de Revista n. 600.623, ficou decidido:

MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DEFESA DE INTERESSE SECUNDÁRIO. PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE. ARTS. 127, “CAPUT”, E 129, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não se pode interpretar a Constituição da República à luz da Lei Complementar n. 75/93, uma vez que os direitos constitucionalmente assegurados são heterodeterminantes positivos ou negativos dos direitos infraconstitucionais.

2. *Em uma análise sistemático-teleológica baseada no princípio da integridade, conclui-se que, na defesa de interesse público, o Ministério Público é parte ilegítima para recorrer, visto que não condiz com a finalidade constitucionalmente estabelecida no art. 127.*

3. *Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa de interesses públicos secundários, diretamente relacionados ao ente estatal e ao aparelho burocrático.*

Recurso de Revista não conhecido¹⁸.

Esse, o panorama que se delinea. Não é difícil entrever o alastramento do equívoco em nossas Cortes, ante a natural propensão da jurisprudência em se perpetuar, sem rediscutir seus fundamentos. Impende, contudo, pôr a descoberto as impossibilidades dessa fissão do conceito de interesse público.

2.3 Interesse público: síntese do possível, em torno da unidade

O Direito, conquanto ciência do dever ser, tem diante de si uma realidade posta, insuscetível de ser olvidada. Não obstante, os juristas, pródigos em arquitetar distinções, perdem-se, muitas

¹⁷ TST, RR n. 600.623, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 23 set. 2005; RR n. 591589, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 14 out. 2005.

¹⁸ TST, RR n. 600.623, rel. min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, DJ de 23 set. 2005.

vezes, no artificialismo estéril, ao escamotear a natureza das coisas, forçando por enquadrá-la em suas construções teóricas.

Tal ora se passa, nessa já corrente fissão pretoriana da noção de interesse público, em interesse da coletividade e interesse dos entes públicos. Tem-se, agora, um dado novo, plasmado na distorção da doutrina dos interesses públicos primários e secundários, para adaptá-la àquela pretensa distinção.

Conforme exposto no item 2.1, o cerne do pensamento dos juristas italianos (em especial o professor Renato Alessi) consiste em identificar a esfera do não-interesse público – o chamado *interesse público secundário* é um nada jurídico, e jamais poderia ser confundido com os interesses ordinários e patrimoniais da Administração Pública. Dissemina-se, porém, o mal-entendido.

Todavia, independentemente de estar sendo desfocada a doutrina dos interesses públicos primários e secundários, o que importa, neste ensaio, é demonstrar a impossibilidade ontológica de se distinguir entre os interesses da coletividade e os interesses dos entes públicos.

Na demonstração da falácia da cisão do interesse público, cumpre ponderar, basicamente: a natureza e os objetivos institucionais das pessoas jurídicas de direito público e a essencialidade do Erário, como substrato necessário ao grupamento social, como manancial de constituição e funcionamento da estrutura coletiva.

Sem pretender adentrar nas Teorias de Estado e de Governo, constata-se, nos termos do art. 1º, *caput*, da *Lex Legum*, que o Brasil é uma *República*, que se constitui em *Estado Democrático de Direito*.

No Sistema Republicano não se distingue o público do estatal. A própria nomenclatura é auto-explicativa: tudo aquilo que conforma o aparelho do Estado se consubstancia em *res publica*, isto é, pertence aos cidadãos. Inconcebível a subjetivação da coisa pública, a conflitar com os interesses de seus próprios titulares.

Por outro lado, no Regime Democrático, “todo o poder emana do povo”. Dessarte, a existência do Estado, sua estrutura,

seus princípios e seus objetivos são expressão da *vontade popular*. Logo, idealmente, não pode haver interesses estatais dissonantes dos interesses da coletividade de pessoas.

Postas essas premissas – pilares fundamentais de nosso Ordenamento Jurídico –, conclui-se: os entes públicos e as atividades que desenvolvem orientam-se no sentido da consecução do bem comum. Decerto o bem comum nem sempre será buscado de forma imediata; nem por isso a atuação estatal desprende-se de seu escopo.

De conseguinte, revela-se insustentável a distinção entre os interesses coletivos e os interesses dos entes estatais. Conforme visto, tais entes não perseguem objetivos próprios, que somente a si aproveitem. De alguma forma, todos os seus atos – e tudo o que se lhes sobrevém – percutem nos interesses da coletividade. Tal liame é indissolúvel. Assim, é grosseira ingenuidade supor que tudo aquilo que afeta o Estado fica adstrito à esfera jurídica das respectivas entidades. Necessariamente, redundará em benefício ou em prejuízo de toda a sociedade.

Na verdade, o estrabismo da cisão do interesse público em interesse coletivo e interesse da administração reside, muitas vezes, na incorreta identificação entre o proceder dos agentes públicos, na gestão da coisa pública, e o interesse dos entes públicos, em si considerados. Juridicamente, é ilegítimo tudo o que se afaste do interesse da coletividade, incorrendo o agente público, conforme o caso, em desvio de finalidade ou abuso de poder.

Para coarctar eventuais desvios na Administração Pública, abre-se a possibilidade de invocar a atuação do Poder Judiciário, a quem quer que se entenda lesado em seus direitos e interesses, em face dos entes estatais. Instaurada a instância, compete à Jurisdição decidir, conforme o Direito, se é legítima e atende ao interesse público, no caso concreto, a atividade estatal. Entretanto, não é possível vislumbrar, nas instituições públicas, interesses adversos aos dos cidadãos.

Um exemplo pode melhor elucidar a questão. Na ementa do acórdão prolatado no julgamento do REsp n. 303.806/RO, acima transcrito, ficou consignado que o Estado,

quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

Tratando-se de recurso especial, o STJ somente delibera sobre as questões de direito.

Permissa maxima venia, o Superior Tribunal de Justiça – ou qualquer outro Juiz ou Tribunal – jamais poderia dizer, *a priori*, nas causas que versam interesse patrimonial da Fazenda Pública, que ela apenas busca subtrair-se de despesas à custa do dano alheio. Muitas vezes, *representa o mais lúdimo interesse público* a resistência oposta pelos entes estatais às pretensões que lhe são veiculadas, a tolher, não raro, a sangria ilegítima (e por vezes criminosa) dos cofres públicos. O mesmo se diga das ações ajuizadas pelo Poder Público, nas quais se busca a satisfação dos interesses de toda a coletividade.

Por outro lado, acaso entenda o Poder Judiciário, ao ensejo do julgamento final da lide, não assistir razão à Administração Pública, não terá havido interesse coletivo, porém tampouco o interesse próprio da entidade estatal, pois seu interesse institucional não colide com os interesses da coletividade. Terá havido, tão-somente, inadequada valoração do interesse público, pelo agente público, eficazmente corrigida pela via judicial.

Suficientemente exposto que o interesse da Administração Pública coincide com os interesses da coletividade, convém examinar a precisa função do Erário, ainda permeada de preconceitos e desconfianças.

Erário, em seu conceito econômico, juridicamente incorporado, significa “conjunto dos recursos financeiros públicos; os

dinheiros e bens do Estado; tesouro, fazenda”¹⁹. Todavia, entre nós, sempre houve resistências em identificar o interesse público com o Erário – quiçá pela tradição brasileira na malversação dos recursos públicos. Nesse raciocínio, o interesse público lhe seria sobranceiro, pois representaria os valores e interesses superiores da sociedade.

Na feliz expressão de um ilustre juiz federal²⁰, “trata-se da concepção romântica de interesse público”. Mais que romântica, acrescentaríamos nós, pueril. Afinal, o que representam os recursos financeiros, os dinheiros e bens do Estado? *Representam absolutamente tudo.*

Sem o Erário, o Estado é apenas uma abstração teórica despida de relevância. A existência da máquina estatal pressupõe, necessariamente, o suporte material consubstanciado nos recursos e bens públicos. Instrumento de satisfação das necessidades coletivas e de promoção do bem comum, o Estado somente pode atingir seus fins por intermédio do Erário.

Assim, na tutela do Erário, tutelam-se, indiretamente, os bens jurídicos de maior projeção em nossa República, tais como a promoção da saúde, da educação, da previdência e assistência sociais, do desenvolvimento social e econômico, do trabalho e do emprego etc. A efetiva implementação desses direitos fundamentais vincula-se à integridade do Erário.

Noutra perspectiva, sendo certo que o Erário é constituído de bens e recursos hauridos de toda a sociedade, esta, de conseguinte, tem efetivo interesse na sua esmerada gestão. Aliás, a título de registro histórico: a atual redação do art. 82, III, do Código de Processo Civil decorreu de emenda ao projeto original, apresentada pelo deputado Amaral de Souza, a qual teve a seguinte justificativa:

seu enunciado fundamental consistiu em obter texto legal assegurador da intervenção do Ministério Público em todas as causas

¹⁹ HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 1186.

²⁰ Doutor Alexandre Ferreira Infante Vieira, ex-procurador da República.

que envolvam as pessoas jurídicas de direito público interno e suas autarquias, como *custos legis*, pois inquestionavelmente o interesse público em tais demandas é ressaltado pela simples presença das entidades públicas, já que, vencidas ou vitoriosas, estará atingido o erário, exclusivo produto da contribuição de todo o povo²¹.

Independentemente da intervenção, ou não, no Ministério Público, tal justificativa apresentada teve o mérito de lobrigar que, vulnerando-se o Erário, afeta-se o interesse de toda a coletividade.

Em conclusão: considerando a natureza e os fins do Estado, e a essencialidade do Erário, verifica-se não existir distinção ontológica entre o interesse da coletividade e o interesse da administração.

Dessa forma, a não-intervenção do Ministério Público, no processo civil, pelo só fato de ser parte pessoa jurídica de direito público, somente se justifica pela *desnecessidade*. Nem poderia ser diferente. Consoante demonstrado, os entes públicos têm por fim institucional a realização dos anseios coletivos e do bem comum, de sorte que seria superfetação a intervenção de outro órgão público – o *Parquet* – na defesa dos mesmos interesses.

Solucionada a questão, portanto, em relação à necessidade da intervenção ministerial, nada obsta a que, no caso concreto, em se constatando que as entidades públicas, por qualquer motivo, não desempenham, a contento, a defesa do interesse público, possa o Ministério Público pleitear sua intervenção para suprir eventuais deficiências.

Todavia, o que precisa ser compreendido, em cifra, é que o interesse público é uno, não comportando a artificiosa subdivisão entre interesse da coletividade e interesse dos entes públicos.

Com isso, não se pretende reduzir o espectro da noção de interesse público, tampouco negar a existência de diversos inte-

²¹ MACHADO, 1998, p. 321.

resses públicos. A sociedade contemporânea, complexa, pluralista e multifacetada traz consigo a natural colisão dos interesses de seus membros. Compete ao operador do Direito a sua harmonização.

Nesse mister, um bom parâmetro é a tutela dos interesses transindividuais. Com efeito, a característica da alta conflituosidade, própria dos interesses difusos, é também inerente aos interesses públicos. Assim, ao caso concreto reserva-se a ponderação dos interesses em conflito, à luz dos valores constitucionais, para distinguir o que seja o interesse público.

Ademais, essa parece ser a tendência atual dos publicistas. Após prolífica análise da concepção de interesse público, sustenta o professor Marçal Justen Filho:

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter pre-determinado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais²².

Em fecho, é lícito concluir pela unidade do interesse público, entremostrando-se insustentável a distinção entre interesse da coletividade e interesse da Administração Pública; não obstante, interesse público é conceito aberto, a comportar múltiplas interpretações e, de conseguinte, somente pode ser definido pelas circunstâncias fáticas e pelos valores jurídicos envolvidos em cada caso concreto.

²² JUSTEN FILHO, 2006, p. 46-47.

3 Do patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público

3.1 Da defesa do patrimônio público como expressão do interesse público

Ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, III, da Carta Magna contemplou a proteção ao patrimônio público e social. Na linha de raciocínio ora defendida, entende-se que os vocábulos “público” e “social” funcionam como sinônimos, visto que difundem a mesma idéia. Não se há de objetar com vazias máximas jurídicas, tais como “a Constituição não contém palavras inúteis”. Conforme visto, na medida em que não existe um interesse estatal de conteúdo autônomo, distinto do interesse público, compreende-se que o “público” concerne a toda a coletividade – e, dessa forma, equivale ao “social”.

Como dissemos, patrimônio público é conceito ainda em gestação. Decerto, seu pressuposto fundamental é o Erário. Todavia, já há consenso, na comunidade jurídica, de que o Erário não exaure a noção de patrimônio público. A partir daí, no entanto, reina a controvérsia.

Verifica-se, em certa corrente doutrinária, uma tendência a extrair o conceito de patrimônio público da definição legal constante na Lei de Ação Popular²³. Assim, constituiriam o patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Sem embargo, tal conceito é por demais restrito, não espelhando toda a amplitude do art. 129, III, da Lei Fundamental.

Com efeito, é a lei ordinária que se deve interpretar conforme a Constituição e não o inverso. O conteúdo material dos preceitos constitucionais exsurge a partir dos princípios e valores adota-

²³ Nesse sentido: PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 75.

dos pela Magna Carta. Além disso, o próprio art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965 ressalva que tal conceito adstringe-se aos fins da ação popular.

Na verdade, *deve-se entender a tutela do patrimônio público como expressão do interesse público*. De conseguinte, à guisa do conceito de interesse público, não se pode, de antemão, precisar os lindes do patrimônio público. Todavia, suas diretrizes são bastante óbvias. Integram-se-lhe os princípios constitucionais da administração pública, norte necessário à correta gestão da coisa pública. Dentre tais princípios, avulta a moralidade administrativa.

Parcela da doutrina tem se apercebido da extensão material do conceito de patrimônio público. Nas palavras do subprocurador-geral da República João Batista de Almeida,

Trata-se, sem dúvida, de interesse difuso titularizado por toda a coletividade, que tem direito à boa e correta administração dos recursos públicos e à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insertos na CF/88, art. 37, *caput*²⁴.

Apesar de incidir na equivocada distinção entre patrimônio público e social, a professora Lúcia Valle Figueiredo perfilha entendimento similar:

De seu turno, por patrimônio social dever-se-á entender, *dentro do próprio contexto sistemático da Constituição*, o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional.

A moralidade administrativa integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, no de n. 5, LXXIII, no 37, e no par. 4 do mesmo artigo, aponta-se a improbidade administrativa, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V²⁵ [grifo nosso].

²⁴ ALMEIDA, 2001, p. 47.

²⁵ FIGUEIREDO, 2002, p. 532.

Malgrado a vastidão desse conceito, a doutrina prevalente, em respeito à expressa vontade da Constituição (CF, art. 129, III), e encarecendo a importância das funções institucionais do Ministério Público, não opôs qualquer ressalva à tutela do patrimônio público²⁶. *Igualmente, nos tribunais superiores, formou-se jurisprudência pacífica no sentido da plena e irrestrita legitimidade do Parquet à defesa do patrimônio público.*

No Superior Tribunal de Justiça, desde os primeiros julgados, foi reconhecida a amplitude máxima da atuação do Ministério Público na salvaguarda do patrimônio público. Pontue-se, inclusive, que o STJ adotou o entendimento de que a defesa do Erário (ou dos interesses “meramente patrimoniais” da Fazenda Pública) compreende-se entre as funções institucionais do Ministério Público²⁷. Inclusive, já se deliberou no sentido de que o “*Dano ao erário municipal afeta interesse coletivo*, legitimando o Ministério Público a promover Ação Civil Pública, objetivando a defesa do patrimônio público”²⁸.

Na verdade, esse entendimento revela o paradoxo da jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de intervenção do Ministério Público nas causas que versem interesses “meramente” patrimoniais da Fazenda Pública. À luz de suas funções institucionais, *se o Ministério Público está legitimado a demandar em defesa do Erário, não se sustenta a alegação da inexistência de interesse público ou coletivo a justificar a não-intervenção ministerial, na condição de*

²⁶ Vide, e.g., CARVALHO FILHO, 2001.

²⁷ Vide: REsp n. 132.107/MG, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 13.11.1997, *DJ* de 16 mar. 1998; REsp n. 180.712/MG, rel. min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 16.3.1999, *DJ* de 3 maio 1999; REsp n. 188.554/SP, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 24.8.2004, *DJ* de 11 out. 2004; REsp n. 620.345, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 14.12.2004, *DJ* de 21 mar. 2005; REsp n. 422.729/SP, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 22.3.2005, *DJ* de 30 maio 2005; AgRg no REsp n. 405.439/SP, rel. min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 13.9.2005.

²⁸ STJ, EREsp n. 77.064/MG, rel. min. Milton Luiz Pereira, 1ª Seção, julgado em 29.11.2001, *DJ* de 11 mar. 2002, p. 157.

fiscal da lei, nas hipóteses de ofensa aos mesmos interesses patrimoniais do Estado. Ou seja, nesse incoerente raciocínio haveria interesse público ou coletivo para que o Ministério Público pudesse fazer o mais (ajuizar ações civis públicas na defesa do Erário); porém, o mesmo interesse público deixaria de existir para que o Parquet pudesse fazer o menos (intervir como custos legis).

Ainda em torno do conceito de patrimônio público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não hesita em incluir os princípios constitucionais da administração pública. Exemplo clássico são os julgados relativos aos vícios dos concursos públicos. Assim, “o Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade do concurso público que afrontou os princípios da acessibilidade, legalidade e moralidade”²⁹ e

Em se tratando de concurso público cuja realização, em tese, fugiu aos princípios da legalidade, impessoalidade (acessibilidade) e moralidade, ocorre o interesse do Ministério Público na propositura da ação civil pública tendente a decretar a nulidade do certame³⁰.

O mesmo se passa em tema de licitações. Sabe-se que a ausência de licitação, quando legalmente exigida, ou os vícios do certame licitatório nem sempre carregam danos diretos ao Erário. Sem embargo, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, violados os princípios basilares da administração pública, abre-se ensejo à atuação do Ministério Público, visando à defesa do patrimônio público, em seu sentido amplo: “Obra pública sem licitação, ou com licitação ilegal, pode sofrer a censura judicial, via ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público”³¹.

²⁹ REsp n. 180.350/SP, rel. min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 22.9.1998, DJ de 9 nov. 1998.

³⁰ REsp n. 191.751/MG, rel. min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 5.4.2005, DJ de 6 jun. 2005. No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 681.624/MG, rel. min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado em 27.9.2005, DJ de 28 nov. 2005.

³¹ REsp n. 151.811/MG, rel. min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 16.11.2000, DJ 12 fev. 2001. No mesmo sentido, REsp n. 403.153/SP, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 9.9.2003, DJ de 20 out. 2003.

Entre os princípios constitucionais da administração pública, a referida Corte Superior enaltece o princípio da moralidade administrativa. Em iterativos julgados, tem-se consignado que “legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade)³²”. Bastante elucidativas, algumas passagens da ementa do acórdão do Recurso Especial n. 695.718/SP:

A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial, como também de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração [...].

A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação, que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior³³.

Depreende-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, pela amplitude do conceito de patrimônio público, concebe sua tutela como expressão do interesse público. Ao menos em duas oportunidades, assim se decidiu, expressamente: “a ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando à tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público”³⁴.

No Supremo Tribunal Federal, outrossim, consolidou-se a jurisprudência no sentido da plena legitimidade do Ministério Público à defesa do patrimônio público, em seu sentido lato. Em

³² REsp n. 427.140/RO, rel. min. José Delgado, rel. p/acórdão min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 20.5.2003, *DJ* de 25 ago. 2003.

³³ REsp n. 695.718/SP, rel. min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 16.8.2005, *DJ* de 12 set. 2005, p. 234.

³⁴ REsp n. 326.194/MG, rel. min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, julgado em 17.8.2004, *DJ* de 4 out. 2004. No mesmo sentido, REsp n. 325.541/TO, rel. min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 16.3.2004, *DJ* de 10 maio 2004.

27 de setembro de 2000 (quase 12 anos após o advento da nova Ordem Constitucional), o Plenário da Suprema Corte deliberou, pela primeira vez, de maneira expressa, acerca da extensão substancial do art. 129, III, da Constituição da República. Trata-se do célebre julgamento do Recurso Extraordinário n. 208.790/SP, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). Recurso não conhecido³⁵.

Ao reconhecer a *legitimidade concorrente* do Ministério Público e do ente estatal lesado, em pé de igualdade, à tutela do patrimônio público, o Pretório Excelso conferiu amplitude máxima à interpretação do art. 129, III, da Lei Maior. Assim, na defesa do patrimônio público, sob quaisquer de seus aspectos (Erário, princípios constitucionais da administração pública etc.), legitima-se o Ministério Público.

No julgado em referência, o ilustre ministro Sepúlveda Perence ponderou em seu voto:

Sr. Presidente, creio que a atribuição conferida ao Ministério Público para a ação civil pública em defesa do patrimônio público – perdoem-me tanta “publicidade” – há de ter, no mínimo, a extensão material da legitimação dada a qualquer do povo para a ação popular em defesa do mesmo patrimônio público.

Se assim é, uma vez que inexistem restrições ao cidadão para o manejo da ação popular, na salvaguarda do patrimônio público,

³⁵ RE n. 208.790/SP, rel. min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 27.9.2000, DJ de 15 dez. 2000, p. 105.

também não se opõe qualquer empecilho a que o Ministério Público patrocine a defesa do mesmo bem jurídico, por meio de ação civil pública.

Toda a jurisprudência ulterior do Supremo Tribunal Federal vem perfilhando o mesmo entendimento³⁶.

3.2 Das correntes restritivas e do advento de uma perigosa tendência

O Direito, perene entrechoque de interesses, reproduz as ideologias dominantes na sociedade, tendendo, naturalmente, à manutenção do *status quo*. Na medida em que o Ministério Público brasileiro, do alto de sua independência, passou a tutelar, com efetividade, o patrimônio público, sinalizando à ruptura de nossas tradicionais estruturas patrimonialistas, opuseram-se-lhe correntes reacionárias, buscando coarctar sua legitimidade constitucionalmente estabelecida.

No bojo das correntes restritivas, encontram-se aquelas que negam, por completo, a legitimidade ministerial à defesa do patrimônio público, na perspectiva do Erário; e aquelas outras que sustentam a legitimidade subsidiária do Ministério Público.

De modo geral, a primeira corrente revolve a distorção entre interesse público primário e interesse público secundário. Exponente maior dessa orientação, o renomado processualista Cândido Rangel Dinamarco assim se posiciona:

Daí a conclusão, a respaldo do que nos tópicos precedentes ficara dito, de que harmoniosamente a Constituição, a lei ordinária e as

³⁶ Vide: RE n. 227.159/GO, rel. min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 12.3.2002, *DJ* de 17 maio 2002; RE n. 248.202/MG, rel. min. Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 30.4.2002, *DJ* de 28 jun. 2002; AI-AgR n. 491.081/SP, rel. min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 20.4.2004, *DJ* de 7 maio 2004; RE-AgR n. 368.060/SP, rel. min. Eros Grau, 1ª Turma, julgado em 6.9.2005, *DJ* de 28 out. 2005; RE-AgR n. 372.658/SP, rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 29.11.2005, *DJ* de 3 fev. 2006.

raízes históricas do instituto da ação civil pública repelem aquela interpretação extensiva pretendida pelo *Parquet*. O inc. III do art. 129 da Constituição Federal, ao aludir a outros interesses difusos, quis e quer ligar a legitimidade ativa deste à tutela desses bens indivisíveis e sem titular definido, tudo dentro da moderna tendência ao garantismo social ou coletivo, de que falou Mauro Cappelletti. O inc. IX do mesmo artigo, ao generalizar a função do Ministério Público, falando de atividades compatíveis com sua finalidade e em seguida vedando-lhe a representação judicial das entidades públicas, estará violado sempre que, mediante aquela interpretação extensiva, que é anti-histórica e assistemática, a ação civil pública estiver direcionada à tutela dos bens e interesses da administração (interesses públicos secundários – v. Édís Milaré, cit.)³⁷.

No cerne dessa doutrina, a idéia de que o *Parquet* somente se legitima a tutelar o patrimônio público na medida de sua dispersão social. Ou seja: sempre que a defesa do patrimônio público pudesse se identificar com o interesse de alguma entidade estatal, vedada estaria a iniciativa do Ministério Público.

Tal pai, tal filho. Pedro da Silva Dinamarco, indisfarçável crítico da instituição ministerial e de suas prerrogativas e atribuições – quiçá pelo exercício da atividade profissional em pólo (de interesses) contraposto, vezo contemporâneo –, advoga:

Assim é que a defesa do “patrimônio público e social”, outorgada pela Constituição da República ao Ministério Público, é e será sempre a defesa de bens e valores pertinentes a classes, categorias ou grupos de pessoas não-determinadas e apenas unidas de modo efêmero por meras circunstâncias de fato. Sem quebra da harmonia do sistema, jamais se poderia pensar nessa norma constitucional como legitimadora da ampla e incontrolada atuação do *Parquet* em prol de entidades personificadas. Nenhuma pessoa jurídica, nem mesmo o Estado e suas emanações, poderia ser titular de interesses difusos (estes deixariam de ser “difusos”). Interesse difuso é aquele cujo titular não se pode determinar³⁸.

³⁷ DINAMARCO, C. R., 2001, p. 417-418.

³⁸ DINAMARCO, P. S., 2001, p. 221.

Enveredaram-se por essa tese alguns juristas³⁹. Surgiu, também, uma corrente intermediária que, sem negar a legitimidade do Ministério Público à tutela do patrimônio público, reconhece-a em caráter subsidiário. Seu precursor, o mestre Hugo Nigro Mazzilli, buscando compatibilizar os incisos III e IX do art. 129 da Carta Magna, sintetiza:

Então, onde entra o Ministério Público? Entra se e quando o sistema de legitimação ordinária falhar: é o que decorre da análise sistemática da questão. Com efeito, não é o Ministério Público advogado da Fazenda – perdeu ele, na Constituição de 1988, esse papel que já fez parte da história da instituição. Não pode, pois, o membro do Ministério Público ser colocado como cobrador de impostos da Fazenda em juízo, nem ser o encarregado ordinário da responsabilização do servidor ou do cidadão que causaram dano ao erário, mas cuja responsabilidade o administrador não quer fazer promover pelos seus advogados. Nesse caso, se isso acontecer, quem precisa ser responsabilizado é, antes de tudo, o próprio administrador. O papel do Ministério Público é compatível com a defesa do erário, sim, mas por meio de legitimação extraordinária (daquele que, em nome próprio, defende direito alheio), não por meio da legitimação ordinária (daquele que, em nome próprio, defende direito próprio); e só deve empreendê-la quando houver uma razão especial para isso: quando o sistema de legitimação ordinária não funcione. Nesse sentido, admite-se até mesmo o litisconsórcio facultativo entre o Ministério Público e a Fazenda no pólo ativo, na defesa do patrimônio público.

E quando é que não funciona o sistema de legitimação ordinária para defesa do patrimônio público? O sistema não funciona quando o administrador não o deixa funcionar. É o que ocorre, por exemplo, quando é o próprio administrador em exercício que cometeu o ato de improbidade que gerou dano à Fazenda Pública. O sistema de legitimação ordinária não vai funcionar: estando em exercício o administrador que nomeou e pode demitir *ad nutum* o chefe

³⁹ Por todos, vide DALLARI, 2003, p. 34: “O interesse público que cabe ao Ministério Público defender é o da coletividade, do conjunto de cidadãos, na medida em que se configure como um interesse coletivo ou difuso – o que não acontece com os interesses patrimoniais de determinada pessoa jurídica”.

da Procuradoria da Fazenda, dificilmente deixará que a máquina administrativa se movimente contra ele próprio. Também não funcionará o sistema de legitimação ordinária quando o administrador anterior cometeu o ato de improbidade, e é aliado político do atual administrador; também poderá não funcionar em casos de compadrismo político ou conivências ou fraudes conjuntas, entre outras hipóteses⁴⁰.

A repercussão prática da tese da subsidiariedade é a seguinte: comete-se ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, a aferição da presença das circunstâncias especiais a legitimar a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público. De conseguinte, deveria o *Parquet*, já no ajuizamento da ação, demonstrar sua legitimidade ativa, podendo o réu, em defesa, contestá-la. Veja-se, a propósito, o que diz Pedro Lenza:

Esse posicionamento (legitimação subsidiária do Ministério Público) resguardaria a parte final do art. 129, IX, da CF/88, já que o surgimento do interesse social a justificar a atuação ministerial somente se consubstancia se demonstrada a inércia do Poder Público, muitas vezes motivada por interesses políticos [...].

Acima de tudo, o Ministério Público deve demonstrar na petição inicial a efetiva conveniência social e a expressividade para a coletividade lesada de sua atuação. Como se disse, isso se dá ou pela demonstração da inércia do Poder Público, ou mesmo em razão da natureza e abrangência do dano, a fim de se conciliar a primeira e a segunda parte do art. 129, IX, da CF/88⁴¹.

Eis, em síntese, as correntes restritivas à atuação ministerial na tutela do patrimônio público e suas respectivas fundamentações. De modo geral, no entanto, o Poder Judiciário, sintonizado à vontade da Constituição, passou a repelir quejandas teses. Nas Cortes Estaduais, os acórdãos restritivos são de absoluta excepcionalidade. Nos Tribunais Regionais Federais, rareiam ainda mais decisões nesse sentido.

⁴⁰ MAZZILLI, 2003, p. 179.

⁴¹ LENZA, 2005, p. 101-102.

Nos tribunais superiores, conforme visto, a jurisprudência é no sentido da plena e irrestrita legitimidade do Ministério Público, a defender o patrimônio público. No Supremo Tribunal Federal, até o presente, simplesmente *todos* os julgados relativos ao tema conferem a mais ampla legitimidade à instituição ministerial. O Pretório Excelso jamais discriminou do patrimônio público o interesse patrimonial dos entes públicos, bem como jamais estabeleceu critérios de legitimação subsidiária do Ministério Público.

Outrossim, desde sua instituição, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado, com zelo, não só a legitimidade, mas também a imprescindibilidade da tutela do patrimônio público, em toda sua extensão, pelo Ministério Público. Identifica-se, à leitura dos incontáveis arestos nesse sentido, a lídima expressão do espírito público.

Entretanto, de permeio a toda essa jurisprudência, o STJ prolatou, recentemente, *pela primeira vez em toda a sua história*, decisão restritiva à atuação do *Parquet* na defesa do patrimônio público. No julgamento do Recurso Especial n. 246.698/MG, de que foi relator um dos mais ilustres membros daquela Corte Superior, o ministro Teori Albino Zavascki, deliberou:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMITES.

1 – A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou consultor jurídico das pessoas de direito público.

2 – Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio

público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade.

3 – No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória de sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela⁴².

Impende frisar que (ainda) se trata de julgado isolado, e que, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a proferir diversas decisões no sentido da plena legitimidade do Ministério Público no resguardo do patrimônio público. O risco de retrocesso, no entanto, lateja.

Com efeito, em substanciosa obra recém-publicada, o ministro Teori Albino Zavascki passou a desenvolver essa nova tese restritiva, já debuxada no referido acórdão. Vale conferir um excerto de seu arazoado:

Não pode ser aceita, todavia, a posição que vai ao extremo de negar, taxativamente, a legitimação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, ou de limitá-la às hipóteses de tutela dos interesses difusos e coletivos. Tal negação importaria fazer tábula rasa da norma constitucional do art. 129, III, que prevê expressamente tal legitimação, tanto em defesa dos interesses difusos e coletivos, quanto do patrimônio público e social, considerados, um em relação ao outro, categorias jurídicas distintas e autônomas.

Ordinariamente, é inegável, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial

⁴² REsp n. 246.698/MG, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 15.3.2005, *DJ* de 18 abr. 2005, p. 213.

em defesa do patrimônio público, se pode identificar um interesse superior, como tal considerado aquele que, por alguma razão clara e objetiva, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa ou pela magnitude das conseqüências, ou pelas pessoas envolvidas ou outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas ao restrito domínio patrimonial da pessoa jurídica, mas também a outros valores especialmente protegidos, de interesse de toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa), ou quando os órgãos ordinários da tutela judicial do patrimônio público se mostrarem omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública)⁴³.

Exposta a tese, cumpre tirar algumas ilações.

Verifica-se, primeiramente, que ela se aparta das correntes “restritivas absolutas”. A uma, porque rejeita a alegação de que, em face da natureza difusa da tutela do patrimônio público, estabelecida no art. 129, III, da CR, a atuação ministerial ficaria adstrita às hipóteses em que os interesses em jogo não se identificassem com os dos entes públicos. A duas, porque não distingue o Erário do patrimônio público. Por outro lado, bastante se aproxima das correntes que vislumbram a legitimação subsidiária do Ministério Público na defesa do patrimônio público.

3.3 Da unidade da tutela do patrimônio público

Sob o pretexto de solucionar uma antinomia inexistente (CR, art. 129, III e IX), as correntes elencadas no item 3.2 alinhavam restrições à legitimação constitucional do Ministério Público na tutela do patrimônio público. Sem embargo, tais correntes restritivas revelam-se estruturalmente insubsistentes – além do notório *déficit* republicano e democrático.

⁴³ ZAVASCKI, 2006, p. 145-146.

Quanto às correntes “restritivas absolutas”, pode-se dizer que seu equívoco consiste em partir da falsa premissa de serem distintos o interesse da coletividade e o interesse da Administração Pública – reflexo da distorção da doutrina dos interesses públicos primários e secundários. Conforme sobejamente demonstrado *supra*, o *interesse dos entes públicos, institucionalmente considerado, coincide com os interesses da coletividade. Logo, coincidentes tais interesses, cai por terra o argumento de que, pela natureza difusa e coletiva dos interesses que incumbe ao Ministério Público tutelar, não poderia tal instituição defender o patrimônio público quando identificado com o interesse de determinada entidade estatal.*

Não que o patrimônio público integre categoria jurídica distinta daquela dos interesses coletivos e difusos (como pretende o ministro Zavascki) e que, por isso, legitimar-se-ia o Ministério Público, ante a expressa dicção do art. 129, III, da Lei Maior. Infirmo-o a própria fórmula utilizada pelo constituinte, no aludido dispositivo legal. *É necessário compreender que o patrimônio público, a um tempo, consubstancia interesse dos entes públicos (como titulares imediatos de prerrogativas jurídicas) e da coletividade de pessoas (titular da coisa pública). Ou seja: na mesma extensão e na mesma intensidade, o patrimônio público interessa aos entes estatais e à coletividade – portando, aí, sua natureza difusa.*

Outrossim, não se sustentam as correntes “restritivas relativas”, ou de legitimação subsidiária do Ministério Público.

De início, a serem exigidas circunstâncias “especiais” ou “extraordinárias” para positivar a legitimidade ativa do Ministério Público, estar-se-ia instituindo *nova condição de procedibilidade, não prevista no Ordenamento Jurídico* e ao arpejo da Constituição da República.

E, se se acatasse tal parâmetro, quais seriam os parâmetros para identificar esses “interesses superiores”, “interesses da sociedade como um todo”, que justificariam a atuação do Ministério Público? Múltiplos parâmetros poderiam ser propostos, mas a

questão da legitimação ministerial à tutela do patrimônio público ficaria sempre em aberto – e, certamente, em todas as lides, a matéria seria debatida, até as últimas instâncias do Poder Judiciário. Não seriam poucas as demandas em que, obtido o acerto do direito, após anos e anos de disputa judicial, fossem resolvidas com decisões de extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa. *Inadmissível insegurança jurídica em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional.*

Por outro lado, fala-se que uma das hipóteses a atrair a legitimidade ativa do Ministério Público seria a omissão das vias ordinárias da Administração Pública. Como identificá-la, todavia? Seria necessária a expedição de ofícios, notificações, recomendações etc.? Seria pelo tempo decorrido, a partir da efetiva ciência dos órgãos públicos competentes? Enfim, qual seria o critério? Ademais, como querer erigi-lo à condição da ação?

De toda sorte, embora com maiores requintes de sutileza que as correntes “restritivas absolutas”, *o vício central das teorias que defendem a legitimação subsidiária do Parquet também consiste na cisão do conceito de patrimônio público.* Ainda aqui, pretende-se fazer a discriminação entre circunstâncias de especial interesse da coletividade e circunstâncias de interesse meramente ordinário dos entes públicos. Não obstante, conforme demonstrado ao longo de todo este arrazoado, *tal distinção é simplesmente infactível.*

A elucidar em definitivo a questão, nada melhor que proceder à análise do próprio aresto que acolheu a tese da legitimação subsidiária do Ministério Público, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 246.698/MG, supratranscrito. Mesmo sem se ter acesso aos autos do processo, é possível constatar – diretamente pela leitura do voto vencedor e da ementa do acórdão – que se está diante de uma grande aporia. Senão, vejamos.

Verifica-se, no caso em testilha, que o Ministério Público ajuizara ação civil pública pleiteando a reversão de bem imóvel ao domínio municipal ante o implemento de condição resolutória

da sua doação a clube recreativo. Entendeu-se que tal “se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela”.

Concessa maxima venia, tal julgado aparta-se da realidade dos fatos, e explicita o absoluto desacerto da malfadada cisão do conceito de patrimônio público. O que significa, para a municipalidade, a restituição de um bem imóvel? Afora seu valor econômico intrínseco – que, indiretamente, aproveita a toda a coletividade –, um bem imóvel pode representar a possibilidade única de instalação de uma creche ou abrigo de menores; de um hospital ou posto de saúde; de um asilo de idosos etc. Ou seja, *um único bem imóvel pode significar a implementação prática de anseios (rectius: direitos) fundamentais da coletividade de pessoas*.

Além disso, por variadas razões, poderia ser do interesse do agente público – *embora contrário ao interesse público* – que não ocorresse a reversão do bem ao domínio municipal. Entretanto, o móvel do agente ou mesmo a deliberada e injustificada omissão do Poder Público são questões de custosa averiguação e comprovação. Todavia, somente por isso, estaria inviabilizada a tutela do patrimônio público pelo Ministério Público, instituição naturalmente predisposta a fazê-lo? É evidente que não.

Volve-se, de conseguinte, à “tormentosa” harmonização dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República. *Trata-se, a todas as luzes, de um falso problema*. Tendo em vista a *unidade do patrimônio público*, atenta contra a Constituição toda e qualquer interpretação restritiva que deixe de reconhecer ao Ministério Público plena legitimidade. E como fica o inciso IX do art. 129? Fica em seus precisos lindes: ao Ministério Público continua vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas. No entanto, *quando patrocina em juízo a tutela do patrimônio público, o Parquet não está a representar a pessoa jurídica de direito público, e sim exercendo um múnus constitucional em benefício de toda a sociedade*.

Eis, na verdade, a única interpretação condizente com a forma republicana e o regime democrático. Na gestão da coisa pública, é

natural e salutar o recrudescimento da fiscalização e da vigilância. Excluir da tutela do patrimônio público precisamente a instituição que ostenta maior independência para implementá-la – o Ministério Público – trilha na contra-mão da história e representa considerável enfraquecimento dos mecanismos de controle da *res publica*.

Bem por isso, num dos acórdãos mais antigos do Superior Tribunal de Justiça, versando a matéria, ficou registrado:

Conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, uma vez que o Texto CF/88 (art. 129, III) ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania⁴⁴.

4 Conclusão

Ao cabo, nota-se que todas as discussões envolvendo a noção de patrimônio público e sua tutela pelo Ministério Público têm sua origem remota na insustentável cisão do conceito de interesse público, em interesse da coletividade e interesse dos entes públicos. Como substrato teórico, procede-se à distorção da doutrina italiana dos interesses públicos primários e secundários.

Todavia, considerando que, no sistema republicano, não se distingue o público do estatal, pois tudo aquilo que conforma o aparelho do Estado se consubstancia em *res publica*, isto é, pertence aos cidadãos; e tendo em vista que, no regime democrático, “todo o poder emana do povo”, de sorte que a existência do Estado, sua estrutura, seus princípios e seus objetivos são expressão da *vontade popular*; conclui-se que, institucionalmente considerados, os interesses estatais coincidem com os interesses da coletividade.

Tem-se, então, a unidade ontológica do interesse público – sem embargo da complexidade, da conflituosidade e do pluralismo pró-

⁴⁴ REsp n. 98.648/MG, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 10.3.1997, DJ de 28 abr. 1997.

prios da sociedade contemporânea. De igual modo, o patrimônio público, categoria jurídica tributária da noção de interesse público, é indivisível em sua natureza coletiva, visto que, sempre e sempre, direta ou indiretamente, interessa a todo o grupamento social.

Assim, verifica-se que a suposta necessidade de harmonização dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República não passa de um falso problema. O Poder Constituinte originário conferiu ao Ministério Público a grave missão de, no exercício de sua independência, promover a tutela do patrimônio público em toda sua plenitude. Não sendo possível cindir o conceito de patrimônio público, revela-se inconstitucional toda interpretação restritiva da legitimidade do *Parquet* no trato da matéria.

Nenhum óbice subsiste pela redação do inciso IX do art. 129/CR, pois, ao patrocinar em juízo a tutela do patrimônio público, o Ministério Público não está a representar a pessoa jurídica de direito público, e sim exercendo um múnus constitucional, em benefício de toda a sociedade.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: A. Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DALLARI, Adílson de Abreu. Limites à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública: gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas

Sérgio Bruno Cabral Fernandes*

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da separação dos poderes. 3 Poder Judiciário e democracia. 4 As limitações de ordem prática ao controle judicial de políticas públicas. 5 O papel dos juízes no Estado Democrático de Direito e a legitimidade das decisões judiciais. 6 Quando o “respeito à discricionariedade administrativa” transforma-se em omissão ao dever de zelar pelo (efetivo) cumprimento da Constituição. 7 Da necessidade da construção de uma teoria sólida sobre o tema.

1 Introdução

O papel do Poder Judiciário na implementação de direitos fundamentais que exijam prestações do Estado já foi objeto de longos debates por diversos autores, nacionais e estrangeiros, que se dedicam ao tema. Não obstante isso, o assunto continua atual e polêmico, seja porque envolve temas centrais do direito, como separação dos poderes, democracia e política, seja pela constante busca da melhor forma de se concretizarem os direitos fundamentais.

É corrente nos manuais de direito administrativo a lição segundo a qual o Poder Judiciário não deve substituir o administrador na avaliação do mérito (conveniência e oportunidade) do ato discricionário. Os fundamentos desse ensinamento estão calcados no princípio da separação dos poderes, bem como no argumento de que tal “invasão” seria antidemocrática, visto que os juízes não detêm mandato popular. Há, ainda, críticas de natureza

* Sérgio Bruno Cabral Fernandes é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

prática segundo as quais os recursos públicos são limitados (teoria da reserva do possível) e sua aplicação exige uma visão ampla do orçamento que só o administrador possui.

Qual o limite de atuação do Poder Judiciário diante da solução de casos que envolvem a discricionariedade da Administração Pública? Pode um juiz proferir decisão determinando ou impedindo a realização de determinada política pública?

Qual o papel dos juízes nas decisões ou omissões do Poder Executivo que afetem de alguma forma os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais? Qual a atitude do Poder Judiciário diante dos direitos fundamentais que, embora previstos na Constituição, não são implementados pelos demais poderes, em especial pelo Poder Executivo? Existe alguma esfera imune à análise judiciária quando se trata de defender direitos?

O presente trabalho procura abordar a questão do controle judicial das políticas públicas, dando ênfase àquelas políticas que envolvam direitos fundamentais de cunho prestacional.

2 O princípio da separação dos poderes

Em que pese a separação do poder político ser matéria tratada por Aristóteles desde a Antiguidade, foram Locke e Montesquieu os responsáveis pela formatação do princípio da separação dos poderes como é visto hoje.

O conceito de “separação” de poderes, contudo, necessita ser corretamente compreendido a fim de que sua literalidade não gere deturpações indevidas. Em primeiro lugar, cabe salientar que não é o poder em si que é repartido, mas sim as funções que integram o poder político. Além disso, cabe lembrar que a finalidade da separação das funções entre os poderes não se resume a um mero arranjo organizacional. Na realidade, seu objetivo primordial é evitar a concentração de poder e, por via de consequência, viabilizar o controle recíproco entre os três poderes.

A noção de freios e contrapesos (*checks and balances*), expressa no art. 2º da CF de 1988, reforça a idéia de que o controle recíproco entre os poderes é exigência constitucional da qual não se pode afastar.

Sob essa ótica é que deve ser compreendido o significado da expressão *harmônicos e independentes entre si*. Vale dizer, não há que se falar em partição de poder, no sentido de que cada um dos poderes exerça suas atividades de forma hermética e autônoma. Na verdade, as funções estatais distribuídas devem ser exercidas *predominantemente* por cada poder sem que isso acarrete exclusividade.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos exemplos que demonstram essa assertiva, como o controle de constitucionalidade das leis exercido tanto pelo Poder Judiciário, por meio da ação direta de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, por meio do veto a projetos de lei do Poder Legislativo. Este, por sua vez, tem o poder de controlar e fiscalizar os atos dos demais poderes, em especial no campo financeiro e orçamentário, bem como interferir na nomeação feita pelo Poder Executivo para cargos no Poder Judiciário, como no caso de indicação de ministros para o Supremo Tribunal Federal.

Essa interação entre os poderes tende a variar de acordo com o momento histórico vivido¹.

¹ Sobre o tema, Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 98-99) leciona: “[...] o paradigma da separação de poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito tempo que entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram John Locke e Montesquieu, os seus formuladores históricos.

Ultrapassada essa fase de sua evolução – fase dialeticamente *cancelada, preservada e elevada (aufgehoben)* nas etapas seguintes do ininterrupto processo de sua realização histórica –, cumpre repensar a separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da constituição. Noutras palavras, impõe-se *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social e democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Exe-

Na vigência do Estado Liberal, idealizado no século XVIII, o Poder Legislativo teve papel de grande destaque, visto que o ideal de liberdade reclamava a elaboração de leis que protegessem o indivíduo da intervenção do Estado “Leviatã”. O papel do Judiciário nessa época resumia-se a declarar, de forma autômata, o direito. Este, por seu turno, nada mais era do que a letra da lei, despida de qualquer conteúdo moral ou de equidade.

Com a superação da idéia de um Estado Liberal que se limitava apenas a garantir direitos negativos do cidadão contra o Estado, teve início o processo de socialização dos direitos. Para os cidadãos já não bastava mais a simples abstenção do Estado garantindo a liberdade individual de cada um. Passou-se, então, a se exigir do Estado uma postura ativa em relação às desigualdades existentes.

Diante da crescente reivindicação por direitos prestacionais, houve o alargamento da esfera de atuação do Estado que, além de assegurar as liberdades individuais, também tinha de implementar direitos de cunho social.

O Estado passou então a ser, ao mesmo tempo, prestador de serviço, empresário e investidor, visto que necessitava intervir na ordem econômica e social. Esse grande volume de atribuições assumidas foi concentrado nas mãos do Poder Executivo, o qual não podia mais depender do complexo e demorado procedimento legislativo para implementar seus objetivos. Daí o surgimento dos instrumentos normativos utilizados pelo Poder Executivo (decreto autônomo, decreto-lei, medida provisória, lei delegada).

O crescimento desmesurado do Estado, focado essencialmente no bem da coletividade, fez com que os ideais do Liberalismo passassem para segundo plano, acarretando o comprometimento de direitos individuais. O princípio da legalidade, nesse período, era visto mais sob o aspecto formal do que substancial.

cutivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, politicamente engajadas no *alargamento* da cidadania e na *realização* dos direitos fundamentais”.

O conceito de justiça, até então reinante no período pós-Revolução Francesa, cedeu terreno para o da legalidade formal.

O Estado Social de Direito, contudo, ficou grande e ineficiente, não sendo capaz de cumprir com todas as promessas assumidas. Além de implementar os anseios sociais reclamados, precisava preservar os direitos individuais conquistados. Havia, portanto, necessidade de reformulação do modelo então vigente.

Assim, aos conceitos de Estado de Direito – garantidor das liberdades individuais – e de Estado Social – protetor da coletividade – foi agregada também a idéia de Estado Democrático².

Com a explicitação desse novo elemento surge a concepção de controle da Administração Pública e a participação popular no processo político. O princípio da supremacia do interesse público (primário), o qual não se confunde necessariamente com interesse governamental (interesse público secundário), ganha dimensão.

Como consequência dessa mudança de paradigmas, passou-se a exigir do Poder Judiciário que não se limitasse a ser “a boca da lei”, mas sim um poder dinâmico apto a interpretar e dizer o direito aplicado ao caso.

Modernamente, com a criação de diversos direitos sociais, bem como o aprimoramento dos instrumentos de controle por parte da sociedade, o Poder Judiciário assumiu papel de destaque na vigência do Estado Democrático.

Cumprido ao Poder Judiciário, atualmente, não só resguardar os direitos e garantias individuais, mas também buscar a necessária efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição, exercendo sua função de forma criativa e concretizadora, a fim de que os direitos constitucionais não se tornem meras “promessas vazias”.

Percebe-se, assim, a relevância que o Poder Judiciário assume no controle dos atos dos demais poderes, notadamente no que diz

² Hoje já se fala também em Estado de Direito Democrático Social e *Ambientalmente Equilibrado*. Cf. CANOTILHO, 1999, p. 21, apud SOUZA NETO, 2006, p. 39.

respeito aos atos que carregam em si altas doses de discricionariedade por parte do agente responsável.

O controle judicial das políticas públicas, contudo, não se justifica apenas no controle mútuo entre os poderes. O controle judicial dos atos ou omissões do Poder Executivo está ligado à própria razão de ser do Poder Judiciário, qual seja, garantir os direitos fundamentais e fazer cumprir a Constituição.

Dessa forma, quando o Poder Judiciário exerce controle sobre atos discricionários do Poder Executivo, não está exercendo uma função atípica ao seu mister ou “imiscuindo-se”³ em outra seara, mas sim desempenhando o seu papel constitucional.

Aliás, a própria positivação de alguns princípios, como o da moralidade e eficiência, já demonstra que a Constituição exige uma maior amplitude do controle exercido pelo Poder Judiciário. Com efeito, a constitucionalização de tais princípios não tem outro propósito senão fornecer instrumentos de controle ao Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes.

Como se nota, o princípio da separação de poderes está intimamente ligado à idéia de controle mútuo, não sendo fator limitante ao controle judicial dos atos dos demais poderes. Antes, pelo contrário, o princípio em tela apresenta-se como fundamento para que o Poder Judiciário exerça o referido controle.

3 Poder Judiciário e democracia

Os críticos da possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle sobre atos discricionários do Poder Executivo também argumentam que a tese é antidemocrática, visto que os juízes care-

³ O termo, de utilização freqüente na doutrina e jurisprudência que tratam do tema, significa “intrometer-se”, “dar opinião sobre algo que não lhe diz respeito”. O vocabulário utilizado traduz, por si só, o pensamento equivocadamente de que o Judiciário deve permanecer distante de tais temas, como um *voyeur* que gosta de assistir, mas não quer participar.

ceriam de legitimidade para controlar o mérito dos atos daqueles que foram democraticamente eleitos pelo voto popular.

A alegação seduz, mas não convence. Em primeiro lugar, é necessário lembrar que o sufrágio não configura uma delegação incondicionada de poder. O conceito de democracia vai muito além de uma maioria ocasional que elege seus representantes. Democracia passa, antes de tudo, pela garantia e concretização de direitos, em especial no que diz respeito aos direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais.

Assim, democracia não pode ser vista como sinônimo de eleição popular (democracia representativa). Até porque, não é despidendo lembrar, “no mundo real”, os atos discricionários do Poder Executivo são praticados por diversos integrantes da gigante máquina estatal (presidentes de estatais, diretores de agências, secretários de Estado etc.) que, assim como os juizes, não foram eleitos para os cargos que ocupam. Dir-se-á, então, que a legitimidade democrática desses agentes está no fato de que exercem suas funções por delegação do detentor do mandato conferido pelo povo. Porém, sob esse prisma, também se pode argumentar que a legitimidade dos juizes adviria da própria Constituição, votada pelos mandatários do povo.

Some-se a isso o fato de que os integrantes do Poder Judiciário são democraticamente recrutados por meio de concursos públicos, o que permite o ingresso de pessoas integrantes de diversos estratos sociais e com visões de mundo variadas.

Existem, ainda, algumas peculiaridades do Poder Judiciário que, no nosso entender, conferem um caráter democrático ao seu funcionamento. Em primeiro lugar, o acesso ao Poder Judiciário é um direito individual previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), o que garante que todos aqueles que o procurarem terão seus pleitos analisados. Além disso, o juiz é inerte e só age quando provocado. Quando isso ocorre, o juiz é obrigado a decidir a questão que lhe é apresentada visto que não se admite o *non liquet*. Somado a isso, a independência funcional e a vitaliciedade dos magistrados favorecem a tomada de decisões de forma isenta.

O caráter dialógico do processo judicial, no qual as partes envolvidas expõem suas razões para que um terceiro desinteressado decida a questão, mostra-se altamente democrático quando comparado com a forma como as decisões são, às vezes, tomadas nos demais poderes, os quais estão sujeitos a maiores influências dos grupos de pressão, *lobby* e reivindicações político-partidárias.

Ademais, as decisões dos juízes são públicas e devem ser obrigatoriamente fundamentadas, o que garante sempre a possibilidade de questionamento e revisão por outro órgão. A presença do Ministério Público nos processos, seja como autor, seja como fiscal da lei, também revela-se importante fator de controle das decisões judiciais.

Todas as características salientadas, aliadas ao princípio da legalidade e ao devido processo legal, fazem parte do próprio “*ethos* profissional dos juízes”⁴ e reforçam o caráter democrático do processo judicial, na medida em que propiciam maior transparência e controle das decisões.

Percebe-se, pois, que o simples fato de os juízes não serem eleitos não retira o caráter democrático do Poder Judiciário, nem tampouco é apto a afastar o controle judicial de políticas públicas. Mais que isso, esse controle é consequência natural de um Estado Democrático de Direito.

4 As limitações de ordem prática ao controle judicial de políticas públicas

Além de questões relacionadas à separação dos poderes e à democracia, existem também críticas que passam por aspectos de ordem operacional que fatalmente surgirão por ocasião do controle judicial de políticas públicas. São eles: a questão orçamentária e o conhecimento técnico dos juízes.

⁴ SARMENTO, 2006, p. 194.

Entendemos que as duas objeções têm maior relevância procedimental do que substancial. Ou seja, as dificuldades apontadas, a nosso ver, dizem respeito mais à forma, à executoriedade, ao “como fazer”, do que propriamente a um impedimento de ordem ontológica.

Se, por um lado, esses dois pontos impõem, de fato, uma dificuldade ao tema, por outro lado não são aptos a, de antemão, afastar a atuação do Poder Judiciário. Vejamos.

Com relação ao orçamento, não se desconhece que se trata de instrumento fundamental para a realização dos fins do Estado e que nem todos esses objetivos podem ser alcançados simultaneamente, dada a escassez de recursos. Por essa razão é importante que sejam eleitas prioridades. Essas prioridades, de ordinário, são eleitas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, não se deve perder de vista que o orçamento não é um fim em si, mas um meio para se atingir os desideratos previstos na Constituição. Portanto, não seria lógico que, numa perspectiva de *checks and balances*, a Constituição previsse diversos objetivos a serem alcançados (v.g., art. 3º, art. 196, art. 205 e art. 225) e, ao mesmo tempo, não permitisse que se controlasse os meios para atingir tais fins. Em outras palavras, não é razoável que a Constituição confira ao Poder Judiciário a tarefa de zelar e fazer cumprir a Constituição e, ao mesmo tempo, retire do seu âmbito de controle o principal meio para implementar os direitos constitucionais.

Assim, o constituinte conferiu ao Poder Executivo a prerrogativa de elaborar a lei orçamentária, o que é natural, haja vista que é ele quem detém maior conhecimento sobre a situação financeira do Estado. Conferiu também competência ao Poder Legislativo de influir nessas escolhas por meio de emendas parlamentares, o que também parece lógico, considerando que, em tese, é o Parlamento quem melhor conhece as necessidades de seus representados (o povo).

Essas assertivas, todavia, não são incompatíveis com um controle por parte do Poder Judiciário, notadamente quando se tratar

de fazer cumprir os ditames constitucionais. Afirmar que o Poder Judiciário é incompetente para exercer o controle do orçamento, o qual, repita-se, é *meio* para se atingir os *fins* do Estado, equivale a permitir que se viole impunemente, por via sub-reptícia, os direitos previstos na Constituição.

Deveras, com base em juízos de razoabilidade e proporcionalidade é perfeitamente viável ao Poder Judiciário concluir que uma determinada omissão do administrador, calcada em argumentos financeiros, não se sustenta diante da situação fática encontrada, ou, ainda, que a alocação de recursos públicos para uma determinada obra, por exemplo, esteja em desacordo com o princípio constitucional da moralidade ou eficiência.

Destarte, percebe-se que a afirmação de que o Poder Judiciário não deve exercer o controle de políticas públicas quando estiverem em jogo questões orçamentárias não deve ser tida como dogma.

Com efeito, não há nenhuma justificativa plausível para que se afaste, *a priori*, determinados assuntos da apreciação judicial. Se isso vale para controvérsias que envolvam o orçamento público, com muito mais razão vale também para lides que exijam conhecimento técnico.

Deveras, a falta de conhecimentos técnicos por parte dos juízes para lidar com determinados assuntos não deve levar à apressada conclusão de que algumas matérias deveriam ficar adstritas aos demais poderes e, portanto, serem excluídas da apreciação judicial.

Em primeiro lugar, vale lembrar que quando a Constituição Federal prevê que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário, não faz ressalvas do tipo “salvo quando se tratar de temas que envolvam conhecimentos técnicos”. Ou seja, a eventual falta de conhecimentos técnicos em determinada área não constitui fundamento válido para se afastar o tema da apreciação judicial.

É certo que não há como se exigir que os juízes dominem todas as áreas do conhecimento. Todavia, não se pode olvidar que

o juiz pode e deve valer-se de auxiliares técnicos e peritos para fornecerem subsídios para solução de conflitos que envolvam temas que extrapolem o aspecto jurídico. Essa ajuda técnica pode até mesmo ser requisitada de entidades vinculadas ao Poder Executivo, como universidades, agências e autarquias.

A figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas também são instrumentos úteis ao Poder Judiciário na solução de conflitos que necessitem conhecimentos específicos sobre determinada área e demonstram que isso não é fator limitante à atuação do Poder Judiciário.

Utilizando-se de tais instrumentos, quando necessário, o juiz poderá, dentro do processo, ponderar e avaliar os argumentos das partes envolvidas e dizer se há ou não violação à Constituição.

Vale lembrar que se é certo que os juízes não detêm qualificação técnica para tratar de todos os assuntos que abrangem a área do conhecimento, não menos certo é que os ocupantes dos demais Poderes também não dispõem de tal sabedoria. Portanto, não é incomum que órgãos ou entidades da Administração ou membros do Poder Legislativo tenham de se valer de conhecimentos técnicos encontráveis fora do seu âmbito de atuação.

Se a falta de onisciência coloca os três Poderes, por vezes, em pé de igualdade no que se refere à qualificação técnica, o mesmo não ocorre quando analisamos o ambiente mais propício à solução de conflitos.

De fato, a natureza pública do processo, a possibilidade de recurso contra as decisões e as garantias constitucionais de que dispõem os membros do Judiciário, conforme já salientado, são fatores que conferem ao Poder Judiciário o ambiente ideal para a solução de conflitos.

Não olvidamos as mazelas de que padece o Poder Judiciário, cujo exemplo maior é a morosidade. Contudo, parece não haver, ainda, espaço mais adequado do que o processo judicial para a solução de conflitos que envolvam direitos fundamentais.

5 O papel dos juízes no Estado Democrático de Direito e a legitimidade das decisões judiciais

O controle judicial que ora se defende não deve ser confundido com uma caprichosa escolha pelo juiz da melhor opção entre as existentes para o caso, como se administrador fosse.

Ou seja, não se pretende aqui defender a figura do “Juiz Administrador”, mas sim deixar clara a importância de um “Juiz Garantidor” que exerça seu poder-dever constitucional com responsabilidade social e criatividade, sem abrir mão dos instrumentos e poderes que lhes foram dados pelo constituinte.

Por essa razão, não parece apropriado falar na substituição da “discricionariedade administrativa” pela “discricionariedade judicial”. A atividade judicial está sempre “vinculada” ao cumprimento da Constituição, vale dizer, não há “margem de escolha” entre uma ou mais opções⁵.

Assim, não se pretende que o Poder Judiciário assumira as funções de administrador público na gestão orçamentária ou nas escolhas políticas. Tampouco se tem a ilusão de que o juiz é um ser divino que detém conhecimento em todas as searas, estando, assim, apto a decidir sobre todos e quaisquer assuntos.

O que ora se procura demonstrar é que certos obstáculos postos ao controle judicial das atividades do Poder Executivo, e tratados como axiomas, na realidade não resistem a uma análise mais aprofundada. Em outras palavras, há determinadas questões que são subtraídas do controle judicial (na maioria das vezes pelo próprio Judiciário) sob alegação de que aquele tema foge às atribuições (*rectius*: competência) do Poder Judiciário.

⁵ Cf. GRAU, 2005, p. 209: “O que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação de *norma jurídica* que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade* (não de *oportunidade*). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto e, naturalmente, pelos fatos”.

Diante disso, surge a pergunta muitas vezes não respondida: até onde vai essa “atribuição”? Qual o limite? Como estabelecer a linha que divisa a atuação de um Poder Judiciário garantidor dos direitos fundamentais de um Poder Judiciário autoritário e despótico?

Como se percebe, o tema é indissociável do debate sobre a função dos juízes num Estado Democrático de Direito, em especial no que concerne à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa discussão, todavia, deveria ser feita sob a ótica do contexto brasileiro, levando em conta as vicissitudes e as peculiaridades de um país periférico. Entretanto, o que se nota é que grande parte dos argumentos utilizados em contraposição à possibilidade de análise do mérito das ações governamentais pelo Poder Judiciário são “contrabandeados” da doutrina estrangeira⁶.

Exemplo é a teoria da “reserva do possível” de origem alemã, segundo a qual o administrador público só poderá ser compelido a dar efetividade aos direitos fundamentais caso haja disponibilidade financeira para tanto. Ora, por razões óbvias, a reserva do possível, cunhada com enfoque na realidade alemã, não pode simplesmente ser transplantada para países onde ainda não há garantia de um mínimo social⁷.

⁶ Pertinente o alerta de Luís Roberto Barroso (2005, t. 3, p. 62): “No Brasil dos últimos anos, tem-se verificado um vertiginoso progresso na produção científica do Direito, em quantidade e qualidade. Mas não há, ainda, suficiente massa crítica. Em razão disso, o debate acadêmico segue pautado por referências teóricas estrangeiras, notadamente americanas e alemãs. É saudável ter janelas para o mundo. Mas aqui surge o segundo risco: por descuido ou fantasia, passa-se a viver a vida dos outros, incorporando seus projetos e seus temores, com perda da capacidade de refletir sobre si e sobre a própria realidade. E esta é a verdadeira função social do conhecimento.

Quando isso ocorre, a produção acadêmica se transforma em uma novela de época, ambientada em algum lugar distante”.

⁷ Nesse sentido, Krell (2002, p. 51 e s.) sustenta a impossibilidade da aplicação da reserva do possível no Brasil, nos moldes alemães, ante o déficit social existente no país.

Admitindo-se que a limitação orçamentária seja uma realidade a impedir a implementação de direitos fundamentais no Brasil (será mesmo essa a principal razão?), deverão os atores do processo buscar uma solução para tal deficiência, e a discussão não pode passar pela simples não concretização dos direitos (*Sinto muito, passe outro dia!*). A discussão deve envolver, antes, eleição de prioridades (quanto o governo vem gastando com publicidade?); desperdício de recursos públicos; sonegação fiscal; corrupção; incompetência administrativa etc.⁸.

Por essa razão, entendemos que o Poder Judiciário deve ter papel ativo nesse processo e não de mero expectador. Esse “ativismo”, contudo, deve ter parâmetros.

O Poder Judiciário deverá sempre avaliar a escolha do administrador e verificar a sua compatibilidade ou não com a Constituição. É precisamente essa a função do Poder Judiciário. Não se trata aqui, repita-se, de substituir a discricionariedade do administrador pela do juiz, mas sim de garantir o cumprimento da Constituição, vale dizer, o juiz não avaliará a “conveniência” do ato, mas sim se ele pode ser sustentado diante dos preceitos constitucionais.

O papel do juiz em casos tais é de verificar a compatibilidade dos atos estatais, ou ausência deles, com o próprio Direito, tendo sempre em mente o percuciente alerta de Roberto Lyra Filho, que, com clareza, ensina:

A grande inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e da classe e grupo que o dominam⁹.

Destarte, o parâmetro de controle judicial deve ser a própria Constituição. Se uma determinada opção do administrador vier a

⁸ O caso do Distrito Federal é paradigmático. Em que pese a carência de recursos para áreas essenciais como saúde, habitação e educação, o último governo só no exercício de 2005 gastou com publicidade R\$ 155.818.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões, oitocentos e dezoito mil reais) (fonte: TCDF – Processo 29.450/2006).

⁹ LYRA FILHO, 1991, p. 84.

ferir o ordenamento jurídico, deve, sim, o Poder Judiciário intervir, ainda que a opção tenha sido tomada em nome de uma alegada discricionariedade administrativa.

Numa primeira análise parece óbvio que seja assim, entretanto ainda é comum encontrar decisões judiciais deixando de realizar a prestação jurisdicional no que concerne à implementação de políticas públicas, sob o argumento de que “o Poder Judiciário não deve invadir o mérito do ato administrativo”.

O que torna a situação dramática é que a assertiva é comumente repetida sem maiores fundamentações, como se fosse um “mantra” que, ao ser reproduzido, tornasse qualquer outro argumento secundário.

Enquanto isso, direitos individuais são ignorados; princípios constitucionais seguem sendo violados e a Constituição “de papel” preconizada por Lassalle¹⁰ mostra-se mais presente do que nunca.

6 Quando o “respeito à discricionariedade administrativa” transforma-se em omissão ao dever de zelar pelo (efetivo) cumprimento da Constituição

A complexidade do debate, por óbvio, não reside nos casos extremos, mas sim nas zonas cinzentas que surgem no dia-a-dia. Ou seja, em casos nos quais o controle judicial é feito sobre atos discricionários em que há flagrante desvio de finalidade ou violação ao princípio da legalidade não há grande divergência. A controvérsia surge quando o ato, embora formalmente legal, viola uma norma constitucional, notadamente se essa norma for tida como “programática” ou dispuser sobre direitos prestacionais. Ilustremos com um exemplo hipotético.

Tome-se uma pequena cidade do interior na qual não haja escola de ensino médio. O prefeito, em razão de uma “folga no

¹⁰ LASSALLE, 1998.

caixa” da prefeitura, decide fazer uma obra pública visando à melhoria da cidade. Reúne seu secretariado e, dentro das sugestões apresentadas, valendo-se do seu poder discricionário, opta por encomendar a um renomado artista plástico uma bela e cara estátua de bronze do fundador da cidade para ser colocada na praça municipal. Entre as opções sugeridas pela assessoria do prefeito estava também a construção de uma escola para atender os jovens que desejassem cursar o ensino médio, visto que a cidade só contava com uma escola de ensino fundamental. O valor entre as duas obras era equivalente, de modo que a construção da escola seria financeiramente viável. Supondo que o prefeito já esteja gastando o mínimo legal com educação e considerando, ainda, que a contratação da obra tenha ocorrido dentro da lei e que não tenha havido desvio de finalidade, indaga-se: seria viável o juiz da comarca exercer o controle de compatibilidade com a Constituição do ato do prefeito, caso o Ministério Público se insurgisse contra a obra?

Sobre o tema, a Constituição prevê que o *ensino fundamental* é “obrigatório e gratuito” e que o acesso a ele “é direito público subjetivo” (CF, art. 208, inciso I e § 1º). Por outro lado, com relação ao *ensino médio* diz apenas que é dever do Estado garantir sua “progressiva universalização” (inciso II).

Estaria, então, o “ato discricionário” do prefeito fora da esfera de controle judicial? O caráter programático da norma que trata do ensino médio impediria o juiz de analisar o fato concreto trazido na ação? Seria lícito ao juiz deixar de verificar se a escolha do administrador está em consonância com a Constituição, sob a alegação de que se trata de uma “opção política”?

Ora, o fato de o constituinte não ter dado ao ensino médio o mesmo tratamento dado ao ensino fundamental (direito público subjetivo) não impede que, diante do fato concreto, o juiz avalie a compatibilidade da opção do prefeito com a Constituição.

Ao optar por construir uma estátua quando poderia com a mesma verba construir uma escola, está o prefeito cumprindo o dever de promover a “progressiva universalização do ensino médio

gratuito”? Seria razoável gastar o dinheiro público com uma obra de embelezamento quando há direitos sociais ainda carentes de concretização? E mais, estaria a decisão administrativa em conformidade com os princípios da moralidade e eficiência?

Interpretando a Constituição ver-se-á que a escolha do administrador não foi razoável, visto que o direito à educação, ainda não plenamente concretizado, deve preceder o aformoseamento da praça. *A lei permite* que o prefeito faça a obra, contudo *o direito exige* que, antes disso, ele construa a escola.

Nesse caso, não vemos impedimento a que o juiz, verificando o descumprimento da Constituição, profira decisão determinando que o prefeito se abstenha de contratar a confecção da estátua. Não haverá por parte do magistrado violação à separação de poderes nem tampouco invasão da discricionariedade administrativa do prefeito.

O contrário, sim, configuraria odiosa omissão ao dever constitucional de zelar pelo efetivo cumprimento da Constituição.

7 Da necessidade da construção de uma teoria sólida sobre o tema

A defesa que ora se faz da possibilidade de o Poder Judiciário atuar ativamente na seara da implementação de políticas públicas não ignora os riscos de um ativismo judicial irresponsável ou de uma “ditadura” do Judiciário.

Assim, mais importante do que simplesmente defender uma postura mais ativa do Poder Judiciário é tentar estabelecer alguns parâmetros para que isso seja feito.

O controle judicial das políticas públicas é feito hoje, na maior parte dos casos, de forma intuitiva e sem maiores fundamentações.

O exemplo da saúde permite confirmar isso. Uma breve análise da jurisprudência sobre ações ajuizadas em face da omissão do poder público no fornecimento de remédios permite constatar

que o Judiciário vem atendendo aos pedidos que lhe chegam sem grandes indagações sobre separação dos poderes, discricionariedade administrativa ou restrições orçamentárias.

Contudo, em casos em que não há uma morte iminente batendo à porta, o Poder Judiciário não tem demonstrado a mesma sensibilidade (ressalvadas as exceções). Isso ocorre principalmente porque a maioria das decisões favoráveis que existem nesse campo não dispõe de bases teóricas que lhes dê sustentação. São, na prática, tomadas em razão da urgência ou gravidade do caso. Quando essa urgência e gravidade não são imediatamente sentidas, retomase o bordão da “sagrada” discricionariedade administrativa.

Nessa linha, alguns juízes deixam de analisar temas que envolvem questões econômicas, culturais e ambientais sob o (falso) pensamento de que não se tratam de assuntos sindicáveis pelo Poder Judiciário, visto que estariam na órbita da discricionariedade do Poder Executivo.

Ora, o controle de políticas públicas não pode ser feito apenas quando um paciente moribundo cai, em forma de processo, sobre a mesa do magistrado. Se o controle judicial de políticas públicas que envolvem a saúde é feito, ainda que de modo esparso, por que não fazer o mesmo no caso de outros direitos com a mesma estatura constitucional, como a educação, o meio ambiente, a dignidade da pessoa humana, a moralidade e eficiência administrativa?

Entendemos que esse controle judicial é possível e obrigatório por exigência constitucional. Não obstante, é necessário que seja feito com base em algumas premissas que ainda carecem de amadurecimento e aprimoramento.

Em primeiro lugar, é imperioso que as decisões sobre políticas públicas sejam cuidadosamente fundamentadas. A fundamentação confere legitimidade e, em consequência, credibilidade à decisão. Uma decisão bem fundamentada, etapa por etapa, permite que o jurisdicionado percorra o caminho utilizado pelo juiz para chegar àquela conclusão. Se esse caminho tiver coerência e racionalidade,

ainda que não se concorde no mérito, a decisão será tida como legítima (proferida por um poder no uso de sua competência). Com isso, afasta-se a nociva impressão de que o Poder Judiciário esteja simplesmente trocando a escolha do administrador pela sua própria por mero capricho ou usurpação de poder.

Além disso, é importante que o controle das opções do administrador seja feito de forma proporcional à relevância do direito que se procura tutelar. Quanto mais relevante o bem tutelado, maior deverá ser a atuação do Poder Judiciário na defesa desse direito¹¹.

Por outro lado, diante de opções técnicas (verdadeiramente técnicas) do administrador, cuja escolha encontra-se devidamente justificada e não importe em violação a direitos fundamentais, deve o juiz buscar prestigiar o ato da Administração. Assim, quanto menor a restrição a direitos, ou menor for a estatura do direito atingido, mais tímida deverá ser a interferência judicial.

Esses parâmetros, a nosso ver, permitem ao juiz trilhar um caminho menos movediço no controle de implementação de políticas públicas.

Consoante já ressaltado, essas observações ainda carecem de desenvolvimento e aperfeiçoamento. Não obstante, nos parece ser o início de um caminho mais estável para a busca de um controle judicial responsável e eficiente.

Por fim, não custa repetir: não se pretende que o Poder Judiciário passe a ser o *protagonista* na execução das políticas públicas. Não se trata disso (os atores principais aqui são, sem dúvida, os Poderes Executivo e Legislativo).

A atuação do Poder Judiciário, impulsionado – visto que inerte – pela sociedade e pelo Ministério Público, buscando reparar o déficit social existente no País, bem como as promessas constitucionais inconclusas, é o que se espera dos juízes. Nem protago-

¹¹ SARMENTO, 2006, p. 194.

nista, nem tampouco platéia. Um contra-regra atento e eficiente já estaria de bom tamanho. Se puder ser um diretor chato e exigente, tanto melhor.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 68, n. 1, p. 190-203, jan./mar. 2002.

———. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Breves comentários ao art. 10 da Lei n. 7.347/1985

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior*

Sumário: 1 Introdução. 2 Objetividade jurídica. 3 Sujeitos. 4 Condutas. 5 Concurso de crimes. 6 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXV, previu o acesso à justiça como direito fundamental. A temática referente ao acesso à justiça compreende diversos aspectos. Um deles diz respeito à possibilidade de se levar a juízo os chamados direitos metaindividuais. Deveras, a ampla judiciabilidade dos direitos metaindividuais, no Brasil, é fenômeno relativamente recente, que somente emergiu depois da conscientização de que o acesso à justiça, para ser amplo e efetivo, teria de abranger, também, tais espécies de direitos.

Muito pouco significaria a ampliação do conceito de acesso à justiça para alcançar os direitos metaindividuais se aos legitimados a postular em juízo sua tutela não fossem assegurados todos os meios necessários à efetiva comprovação das lesões ou ameaças de lesões aos direitos metaindividuais, bem como todos os meios hábeis a que se verifique a melhor forma de prevenção ou reparação dessas lesões.

É nesse contexto que se enquadra o inquérito civil, previsto no art. 129, III, primeira parte, da Constituição da República, e regrado infraconstitucionalmente pelos arts. 8º, § 1º, e 9º da Lei n. 7.347/1985¹. O inquérito civil objetiva, sinteticamente, munir

* Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior é Procurador da República; graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

¹ Há outros dispositivos de leis específicas que igualmente cuidam do inquérito civil. Citem-se, apenas como exemplo, os arts. 6º da Lei n. 7.853/1989, 223 da

o Ministério Público, que é um dos legitimados à defesa dos direitos metaindividuais, de elementos probatórios que servirão para que firme seu convencimento sobre a necessidade ou não de instauração da ação coletiva, sendo que, eventualmente, tais provas também poderão servir de base às decisões judiciais.

O art. 10 da Lei n. 7.347/1985, como abaixo se mostrará, prevê como crime a sonegação de dados técnicos indispensáveis ao ajuizamento da ação civil quando tais dados tiverem sido requisitados pelo Ministério Público. Trata-se de dispositivo que almeja proteger penalmente a autoridade do Ministério Público, na qualidade de único ente legitimado diretamente pela Constituição à promoção da ação civil pública (art. 129, III), e a boa instrução da ação civil pública, punindo aquele que desobedece à requisição do Ministério Público, sonegando dados técnicos indispensáveis a sua propositura.

O presente estudo consiste em uma primeira leitura de alguns aspectos jurídicos concernentes ao crime do art. 10 da Lei n. 7.347/1985. Não se trata de exame definitivo sobre o assunto, mas de artigo que, assumidamente, tende a ser novamente analisado no futuro, para cotejo de seu conteúdo com idéias que porventura surjam na doutrina e/ou na prática dos operadores do Direito a respeito do tema.

2 Objetividade jurídica

O tipo penal do art. 10 da Lei n. 7.347/1985 diz constituir crime “a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

O crime em análise tem como objeto jurídico a administração da justiça e a autoridade das requisições ministeriais. Em razão de

Lei n. 8.069/1990, 90 da Lei n. 8.078/1990, 6º, VII, e 7º, I, da Lei Complementar n. 75/1993, 9º, IX, d, 25, IV, 26 e 80 da Lei n. 8.625/1993 e 92 da Lei n. 10.741/2003.

sua relevância e da dimensão que o chamado Direito Processual Coletivo legitimamente adquiriu, tutela-se também a eficácia, a eficiência e a celeridade da ação coletiva prevista na Lei n. 7.347/1985, meio processual para defesa dos direitos metaindividuais. Isso porque, sem que o Ministério Público tenha acesso aos dados técnicos indispensáveis, a propositura da ação civil pública pode restar prejudicada ou, mesmo se ajuizada, pode ser ineficaz ou ineficiente precisamente por força da ausência dos dados sonegados. Pode, ainda, deixar de ser célere, se tiverem de ser buscados, em juízo, os dados sonegados ao Ministério Público ou se se tiver que proceder à instrução probatória bem mais complexa para se conseguir provar, total ou parcialmente, aquilo que os dados sonegados bem comprovariam.

O crime guarda sintonia com a particular importância do Ministério Público na defesa dos direitos metaindividuais e no prestígio dado à instituição para esse fim, o que se apreende não só da Constituição (arts. 127, *caput*, e 129, III, p. ex.) como também de vários dispositivos legais (p. ex.: Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º; Lei n. 7.347/1985, arts. 5º, *caput* e §§ 1º e 3º; 6º e 7º; Lei n. 7.853/1989, arts. 3º, *caput*, e 5º; Lei n. 7.913/1989, art. 1º; Lei n. 8.069/1990, arts. 201, V, 210, I, 220, 221; Lei n. 8.078/1990, arts. 82, I, 91 e 92; Lei n. 8.429/1992, art. 17, *caput* e § 4º; Lei Complementar n. 75/1993, arts. 5º e 6º; Lei n. 8.625/1993, arts. 25, IV, e 80; e Lei n. 10.741/2003, arts. 81, I e § 1º, 84, parágrafo único, 87, 89 e 90).

3 Sujeitos

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime do art. 10 da Lei n. 7.347/1985, quer sejam os dados públicos ou privados (Lei n. 7.347/1985, art. 8º, § 1º), desde que detenha as informações técnicas requisitadas ou possa influir de alguma forma no processo de sua entrega ao Ministério Público (crime comum)². Sujeito passivo

² Rodolfo de Camargo Mancuso tem entendimento conforme o qual, no caso do “retardamento” previsto como crime pelo art. 10 da Lei n. 7.347/1985, o crime é próprio, somente podendo ser praticado por funcionário público. O autor faz

é o Estado, por ser o titular do princípio da autoridade, e que é representado, nesse crime, pelo Ministério Público, instituição da qual provém a requisição que enseja a recusa, o retardamento ou a omissão dos dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil coletiva e cuja autoridade é contestada com a desobediência à requisição. Indiretamente, também podem ser tidos como sujeito passivo o representante do Ministério Público que requisita os dados e a coletividade que eventualmente seria beneficiada com a ação civil a ser instruída com os dados requisitados.

4 Conduta

O tipo objetivo consiste em recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. Recusar é rejeitar, não dar, não fornecer. Retardar significa demorar, adiar, atrasar. Omitir é sonegar, silenciar a respeito, calar-se.

A recusa pode ser expressa, assumida, realizada mediante uma ação, ou velada, praticada por meio de uma omissão, como, p. ex.,

remissão ao núcleo “retardar”, previsto no crime de prevaricação (Código Penal, art. 319), que é crime praticado por funcionário público contra a administração em geral, e conclui que também o retardamento previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985 apenas pode ser praticado por funcionário público (MANCUSO, 2004, p. 518 e 526).

Como o crime do art. 10 da Lei n. 7.347/1985 – e, de igual maneira, os crimes dos arts. 8º, VI, da Lei n. 7.853/1989 e 100, V, da Lei n. 10.741/2003, que têm conteúdo normativo idêntico, apesar da redação ligeiramente diferenciada – não exigiu qualquer qualidade especial do sujeito ativo (diversamente do que fez o Código Penal em relação ao crime do art. 319, que expressamente só pode ser praticado por funcionário público, por estar incluído no Capítulo I do Título XI do Código Penal) nem contém em sua redação a expressão “ato de ofício” (referida também no crime de prevaricação – art. 319 do Código Penal), ato que, este sim, só pode ser praticado por funcionário público, não há motivo para se exigir a qualidade de funcionário público do sujeito ativo desse crime, notadamente porque particulares podem retardar o envio de dados requisitados pelo Ministério Público. Se podem se recusar a enviar tais dados ou mesmo omiti-los, por idêntica razão também podem retardar sua remessa. Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 429), Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (2003, p. 1339, comentário 2 ao art. 10 da Lei n. 7.347/1985) também defendem tratar-se de crime comum.

quando não há a resposta no prazo ordenado. O crime, assim, é de forma livre. Para esse núcleo do tipo, o crime é de mera conduta, isto é, o agente recusa, e aí o crime estará consumado, ou não o faz, e não haverá que se falar em crime, sequer tentado.

No caso do retardamento o crime também é de forma livre, isto é, o sujeito ativo pode atrasar o envio dos dados requisitados em razão de uma inação sua (omissão) como também praticando atos inúteis (ação) apenas para postergar o envio. Aqui o crime é material, somente se consumando quando o sujeito ativo concretamente retarda o envio dos dados técnicos indispensáveis requisitados pelo Ministério Público. Relativamente ao núcleo retardar, a tentativa será admissível nos casos em que a conduta for realizada por ação (p. ex., alguém esconde os documentos em que estão contidos os dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, no intuito de adiar o atendimento da requisição formulada, mas terceiro os encontra e atende, no prazo, à requisição ministerial).

Já o núcleo omitir consubstancia uma conduta negativa, praticável exclusivamente por omissão (crime omissivo próprio). Ocorre, p. ex., quando o sujeito ativo tem pleno conhecimento da informação requisitada pelo Ministério Público, mas a sonega, ou informa os dados técnicos de maneira lacunosa, omitindo-os parcialmente. Não é cabível a tentativa. Nenhuma das condutas previstas no art. 10 da Lei n. 7.347/1985 é punível a título de culpa (Código Penal, art. 18, parágrafo único).

A recusa, o retardamento ou a omissão tem de dizer respeito a dados “requisitados pelo Ministério Público”. Requisição é a exigência formal de algo, sem que exista a possibilidade de sua recusa. Trata-se, na verdade, de uma ordem, de uma determinação³. A requisição ministerial tem de ser individualizada, vale dizer,

³ “Requisitar é o poder jurídico de exigir uma prestação, de determinar que algo se faça. Quem requisita determina, exige, não pede. É poder sem intermediários para seu exercício, vinculando diretamente o expedidor ao destinatário, tendo por objeto uma atividade deste. Possui o atributo da auto-executoriedade” (PROENÇA, 2001, p. 65).

dirigida diretamente a alguém, que deve comprovadamente ter recebido a requisição. A comunicação da requisição ao sujeito ativo pode se dar por diversas maneiras (por escrito, verbalmente, por intermédio de terceira pessoa). É preciso que inequivocamente se trate de requisição, e não mero pedido ou solicitação, que podem ser recusados. Exige-se, também, que o sujeito ativo efetivamente saiba que a requisição provém do Ministério Público. A requisição há de ter por objeto dados concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Se a requisição cuidar de dados para a defesa não de direitos metaindividuais, mas de outra espécie de direitos, seu não-atendimento poderá configurar o crime de prevaricação ou o de desobediência (Código Penal, arts. 219 e 330, respectivamente). P. ex., se a requisição almejar dados para o ajuizamento de ação de interdição (Código Civil, arts. 1.768, III, e 1.769; Código de Processo Civil, arts. 1.177, III, e 1.178) ou para o ajuizamento de ação civil *ex delicto* (Código de Processo Penal, art. 68).

A requisição tem de se referir a “dados técnicos indispensáveis”, devendo tal elementar do tipo estar devidamente comprovada. Dados são informações, esclarecimentos. Técnicos são os dados dos quais o membro do Ministério Público não pode ter pleno conhecimento senão por meio de informações e esclarecimentos prestados por terceiro, destinatário da requisição⁴. Indispensáveis são aqueles dados sem os quais a ação civil não pode ser proposta ou o arquivamento do inquérito civil não pode ser feito (Lei n. 7.347/1985, art. 9º), tudo de forma fundamentada (Constituição, art. 129, VIII, última parte; Lei n. 8.625/1993, art. 43, III, e Lei n. 7.347/1985, art. 9º, *caput*, última parte). Exige-se do Ministério Público responsabilidade tanto no ajuizamento de ação civil pública quanto no arquivamento do inquérito civil que pode lhe servir de base, de modo que são considerados indispensáveis

⁴ A expressão “dados técnicos”, para o Superior Tribunal de Justiça, refere-se “a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão” (RHC n. 12.359/MG, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, unânime, j. em 28.5.2002, *DJ* de 1º jul. 2002, p. 355).

aqueles dados sem os quais o Ministério Público não pode decidir – pelo menos não de forma fundamentada e criteriosa – pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do inquérito civil (ou do procedimento administrativo que lhe faça as vezes).

Ao falar em dados técnicos indispensáveis à *propositura* da ação civil, o art. 10 da Lei n. 7.347/1985 não descarta dos dados imprescindíveis ao arquivamento do inquérito civil, na medida em que o arquivamento é precisamente o outro lado da propositura da ação civil. Se esta não tiver sido proposta é porque o arquivamento foi realizado. Se os dados são realmente indispensáveis é porque sem eles o Ministério Público não tem como saber se é caso de propositura de ação coletiva ou se é caso de arquivamento, de modo que as duas possibilidades estão contempladas pelo crime citado no art. 10 da Lei n. 7.347/1985. Se a convicção do Ministério Público já estiver formada em um ou em outro sentido é porque os dados não são indispensáveis, cabendo ao representante do Ministério Público arquivar o inquérito civil ou propor a ação coletiva. Nesse último caso (propositura da ação), os dados *dispensáveis* ainda podem ser requisitados pelo Ministério Público – hipótese em que a desobediência à requisição configuraria, em tese, não o crime elencado no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, mas sim o tipo do art. 319 ou o do art. 330, ambos do Código Penal – ou podem ser pedidos em juízo, porquanto os dados tidos por dispensáveis à *propositura* da ação não necessariamente também são dispensáveis para o *juízo* da causa.

Não obstante as considerações acima, afigura-se perfeitamente possível situação em que o Ministério Público requisita determinados dados técnicos realmente indispensáveis à propositura da ação civil, a requisição não é atendida por recusa, retardamento ou omissão no envio dos dados e mesmo assim, apesar do contido no art. 283 do Código de Processo Civil, a ação civil é proposta. É que, em razão não só do princípio da obrigatoriedade, que impõe ao Ministério Público a defesa responsável dos direitos metaindividuais, desde que presentes elementos fáticos e jurídicos mínimos que demonstrem

sua agressão⁵, como igualmente em atenção à relevância do direito material envolvido (que, no caso da ação civil em análise, concerne a direitos metaindividuais), o Ministério Público pode entender cabível a propositura da ação mesmo sem os dados indispensáveis, podendo fazer referência à requisição desobedecida na petição inicial e pedir em juízo seja tentada a obtenção dos dados. Como já foi dito, se os dados são realmente indispensáveis é porque sem eles o Ministério Público não tem como saber se é caso de propositura de ação coletiva ou se é caso de arquivamento e o representante do Ministério Público, mesmo sem sua convicção plenamente formada por causa da desobediência à requisição, pode preferir submeter o caso ao Poder Judiciário, com os devidos esclarecimentos⁶.

Em tal hipótese, apesar de a ação civil ter sido proposta, não se pode negar a ocorrência do crime descrito no art. 10 da Lei n. 7.347/1985. O caráter indispensável dos dados não se mostra apenas pela total impossibilidade no ajuizamento da ação. Pode se apresentar, de acordo com o caso concreto, também com a propositura de ação incompleta ou imperfeita, ou seja, a propositura da ação, por si só, não é suficiente para afastar a indispensabilidade dos dados requisitados. Não seria razoável se entender que em todos os casos nos quais alguém desobedeça à requisição do Ministério Público relativamente a dados indispensáveis o direito material deixe de ser protegido. Há casos em que a ação poderá ser proposta, ainda que com lacunas ou defeituosa, sem que seja irresponsável, e a indispensabilidade dos dados técnicos seguirá presente, podendo mesmo restar até mais evidente. Vale dizer: os dados técnicos continuam sendo indispensáveis à propositura da ação civil. Essa é que foi proposta sem tais dados⁷.

⁵ “Por força da legitimidade ativa, a nosso ver, o Ministério Público tem o dever de propor a ação civil pública todas as vezes que essa se coloque como possível e plausível. É direito indisponível do Ministério Público, pois que a competência deve ser exercitada. Toda competência é dever, relembramos” (FIGUEIREDO, 2001, p. 484-502).

⁶ É o caso de se aplicar, por semelhança, o § 2º do art. 8º da Lei n. 7.347/1985.

⁷ Com esse entendimento, Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 431). O Superior Tribunal de Justiça, apreciando hipótese na qual a ação civil pública foi proposta apesar

De acordo com a jurisprudência, não se podem considerar indispensáveis dados que poderiam, sem recusa, ser facilmente obtidos em outro órgão⁸. Não há crime se a pessoa a quem incumbia o envio dos dados requisitados os envia mesmo depois de ultrapassado o prazo concedido, justificando a impossibilidade do encaminhamento dos documentos requisitados no prazo estipulado pelo Ministério Público⁹, ou se deixa de enviar os dados requisitados, justificando a impossibilidade do envio¹⁰. Em princípio, também não é crime enviar resposta ao Ministério Público solicitando, fundamentadamente, um maior prazo para o atendimento da requisição, desde que tal pedido não tenha a finalidade de retardar o envio dos dados, hipótese esta em que o crime estaria configurado.

É mister que o sujeito ativo tenha conhecimento de que os dados requisitados são indispensáveis à propositura da ação civil pública prevista na Lei n. 7.347/1985, devendo, ao requisitar os dados, fazer o representante do Ministério Público expressa menção a essa circunstância. Sem o comprovado conhecimento de tal circunstância pelo destinatário da requisição não se pode entender presente o crime descrito no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, embora a obrigatoriedade do atendimento à requisição permaneça. Na requisição, para que o destinatário saiba que espécie de dados

de omissão na prestação de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público, decidiu que “o documento requisitado pelo *Parquet* não se mostrou indispensável à propositura da ação civil pública, eis que referida ação foi ajuizada” (HC n. 14.927/RN, 5ª T., rel. min. Jorge Scartezzini, unânime, j. em 18.12.2001, *DJ* de 2 set. 2002, p. 210). Lendo-se o inteiro teor do acórdão, porém, vê-se que, no caso concreto, os dados requisitados pelo Ministério Público não eram mesmo indispensáveis e a ação civil pública foi ajuizada normalmente. Na denúncia pelo crime descrito no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, a indispensabilidade dos dados não restou evidenciada. O precedente, contudo, não serve para desautorizar a tese aqui perfilhada, porquanto segue sendo possível caso em que a imprescindibilidade dos dados fique comprovada mesmo com a propositura da ação.

⁸ Superior Tribunal de Justiça, HC n. 15.951/DF, 5ª T., rel. min. Felix Fischer, unânime, j. em 27.11.2001, *DJ* de 25 fev. 2002, p. 412.

⁹ TRF da 1ª Região, HC n. 01.000.715.467/TO, 3ª T., rel. juiz Candido Ribeiro, unânime, j. em 7.12.1999, *DJ* de 4 fev. 2000, p. 240.

¹⁰ TRF da 1ª Região, HC n. 01.000.715.453/TO, 3ª T., rel. juiz Candido Ribeiro, unânime, j. em 9.11.1999, *DJ* de 4 fev. 2000, p. 239.

Ihe estão sendo requisitados, o representante do Ministério Público deve se referir a sua indispensabilidade. Não é necessário, porém, que já a requisição *fundamente* tal indispensabilidade. Nela basta a alusão¹¹. Em eventual denúncia pelo crime exposto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, diversamente, é imperiosa a comprovação da imprescindibilidade dos dados.

Apesar do conteúdo dos arts. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993, 26, § 2º, e 80, da Lei n. 8.625/1993, que têm lastro no inciso VI do art. 129 da Constituição, a jurisprudência predominante tem entendido que o Ministério Público não pode requisitar diretamente dados bancários¹². Nesse passo, não pratica o crime sob comentário aquele que se nega a cumprir requisição que determina o envio de dados protegidos pelo sigilo bancário, já que o poder de requisição do Ministério Público não abrangeria tais dados.

Como se vê do art. 129, VI, da Carta Magna, art. 8º, II a IV e §§ 1º a 3º, da Lei Complementar n. 75/1993, arts. 26, I, b, II, e §§ 2º e 3º, e 80 da Lei n. 8.625/1993, a regra é a inexistência de sigilo oponível ao Ministério Público. Por força dessa premissa, se houver dúvida sobre serem ou não sigilosos os dados desejados pelo Ministério Público na requisição, deve seu destinatário atendê-la. Se não o fizer, o crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985 pode se configurar, já que ele é praticável também por dolo eventual (Código Penal, art. 18, I, última parte). Se o destinatário da requisição deixa de atendê-la sabendo que os dados podem não ser sigilosos, assume o risco de eles realmente não serem e, conseqüentemente, de praticar o crime.

A requisição tem de ser ministerial, ou seja, proveniente de representante do Ministério Público regularmente investido no

¹¹ O art. 8º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985 preconiza que é ao interessado na petição inicial, e não ao destinatário da requisição, que compete o julgamento daquilo que é necessário para sua instrução.

¹² Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal, RE n. 215.301/CE, 2ª T., rel. min. Carlos Velloso, j. em 13.4.1999, unânime, DJ de 28 maio 1999, p. 24. No Superior Tribunal de Justiça, HC n. 2.019/RJ, 5ª T., rel. min. Fláquer Scartezini, unânime, j. em 13.3.1994, DJ de 9 maio 1994, p. 10881.

cargo. Igualmente, tem a requisição de ser emanada em razão do ofício ministerial (*propter officium*), ou seja, se representante do Ministério Público requisita dados em situação divorciada de sua função ministerial, não há requisição hábil para a configuração do crime em análise.

Só é válida a requisição se emanada de representante do Ministério Público no exercício regular de suas atribuições, não sendo crime a desobediência à requisição expedida por quem não possui atribuição. Sem atribuição o Ministério Público não pode requisitar, salvo delegação de atribuição formal e expressa, possível dentro de um mesmo ramo do Ministério Público ou entre seus diversos ramos. Assim, p. ex., para investigação sobre possíveis desvios de recursos do patrimônio da União que se destinavam à construção, pelo Governo Federal, de obras para a recomposição de uma área de preservação ambiental gerida pela União, o Ministério Público Federal é que detém atribuição para requisitar dados. Para instruir um inquérito civil cujo objeto é apurar eventuais omissões de um município em relação à conservação do patrimônio histórico municipal, a atribuição para requisições é do Ministério Público Estadual. Se empresa pratica condutas discriminatórias contra seus empregados, o Ministério Público do Trabalho possui atribuição e poderá requisitar dados para apurar os fatos e sua autoria.

É possível, como anteriormente afirmado, a delegação de atribuições, como se dá, p. ex., quando representante do Ministério Público Federal solicita a membro do Ministério Público Estadual a realização de determinados atos para instruir inquérito civil (p. ex., por questões geográficas: inexistência de sede do Ministério Público Federal na localidade onde os atos de instrução devem ser realizados). Se para essa instrução delegada pelo representante do Ministério Público Federal ao membro do Ministério Público Estadual é necessária a expedição de alguma requisição por parte deste, essa requisição é lícita, apesar do objeto do procedimento não dizer respeito ao Ministério Público Estadual. A recíproca é verdadeira para todos os ramos do Ministério Público. Para instruir um inquérito civil cujo objeto está restrito a determinado Estado-

Membro, pode se mostrar necessária a prática de atos de instrução em outro Estado, sendo legítima a solicitação da realização de tais atos por um membro do Ministério Público de um Estado ao membro do outro.

Há casos de falta de atribuição dentro de um mesmo ramo do Ministério Público. Se for em determinado município que está acontecendo malversação das verbas destinadas às políticas públicas voltadas para a habitação da população carente, o membro do Ministério Público Estadual que atue em outro município não tem atribuições para requisitar informações referentes a tais fatos (ressalvada, sempre, a possibilidade de tais fatos dizerem respeito de alguma forma a outros para cuja apuração tenha atribuição). Os arts. 8º, § 4º, da Lei Complementar n. 75/1993 e 26, § 1º, da Lei n. 8.625/1993 determinam que *o encaminhamento* das requisições destinadas às autoridades que mencionam são de atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República e do Procurador-Geral de Justiça. Em razão desses dispositivos, somente quem detém atribuição para encaminhar requisições para as autoridades neles mencionadas são os Procuradores-Gerais. Se a requisição for proveniente de quem não detém atribuição para expedi-la ou se não for ela encaminhada como determina a lei, sua desobediência não configura o crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985¹³.

Registre-se que a atribuição é aferida não pelos dados requisitados nem pelo destinatário da requisição, mas sim pelo objeto da investigação. O Ministério Público Estadual pode requisitar dados de entes federais, bem como o Ministério Público da União pode destinar requisição a entes estaduais e municipais¹⁴.

¹³ Diz Hugo Nigro Mazzilli, quanto aos inquéritos civis, que eles “devem ser instaurados pelo Ministério Público Federal ou Estadual conforme seja a respectiva distribuição de atribuições para propor a correspondente ação civil pública” e que “a instauração e a presidência do inquérito civil competem ao membro do Ministério Público que tenha em tese atribuições para a propositura da ação civil pública correspondente” (MAZZILLI, 2000, p. 90).

¹⁴ “Destinatária da requisição pode ser qualquer autoridade municipal, estadual ou federal, ainda que o requisitante seja membro do Ministério Público Estadual. Da

Se houver dúvida sobre a existência de atribuição do representante do Ministério Público autor da requisição, deve seu destinatário atendê-la. Se não o fizer, o crime elencado no art. 10 da Lei n. 7.347/1985 pode se configurar, já que ele é praticável também por dolo eventual (Código Penal, art. 18, I, última parte). Se o destinatário da requisição deixa de atendê-la sabendo que o representante do Ministério Público pode deter atribuição para expedí-la, assume o risco de ele realmente ser autoridade com atribuição e, conseqüentemente, de praticar o crime.

O art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 estatui que a requisição do Ministério Público pode ter como destinatário “qualquer organismo público ou particular”. Em razão disso, a requisição pode ter como destinatário qualquer ente particular ou público, dependendo, nesse caso, de se tratar de ente do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou mesmo do próprio Ministério Público, de qualquer esfera política (federal, estadual ou municipal)¹⁵. Nem

mesma forma, o Ministério Público Federal pode expedir requisições não só destinando-as a autoridades federais, como também a autoridades municipais ou estaduais; não estará havendo violação ao princípio federativo, desde que o presidente do inquérito civil esteja investigando fatos de sua alçada funcional: este, sim, é o limite para a atuação ministerial, não a natureza federal ou estadual da autoridade investigada” (MAZZILLI, 2000, p. 213). No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (2003, p. 1332-1333, comentário 9 ao art. 8º da Lei n. 7.347/1985). Ver, ainda, a nota 15, abaixo.

¹⁵ O art. 26, I, b, e seus §§ 1º e 3º, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) é explícito ao permitir a requisição a “qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985, ao falar em “qualquer pessoa, *organismo* público ou particular”, também prevê a possibilidade de requisição a qualquer dos poderes e mesmo ao Ministério Público. De igual maneira, o § 4º do art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), ao mencionar autoridades de todos os Poderes da República. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que o Ministério Público pode requisitar dados de qualquer dos Poderes da República, sem que isso signifique agressão ao princípio da separação dos poderes. Assim o RHC n. 12.359/MG, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, unânime, j. em 28.5.2002, *DJ* de 1º de jul. 2002, p. 355, e o RHC n. 11.888/MG, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, unânime, j. em 18.10.2001, *DJ* de 19 nov. 2001, p. 291. Ver, ainda, a nota 14, acima. Em sentido contrário, sem abordar os pontos aqui suscitados, ATALIBA (1992).

poderia ser diferente, tendo-se em conta que a Constituição de 1988 impõe ao Ministério Público a função institucional de fazer com que todos os Poderes Públicos efetivamente respeitem os direitos nela assegurados, promovendo todas as medidas, judiciais ou não, para a garantia de tais direitos e para seu efetivo respeito pelos Poderes Públicos (art. 129, II).

Do que até aqui foi mostrado, conclui-se que a denúncia pelo crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, para atender às exigências do art. 41 do Código de Processo Penal pertinentes à exposição do fato apontado como criminoso, deve evidenciar que: a) a requisição tinha por objeto dados concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹⁶; b) ela proveio de representante do Ministério Público no exercício regular de suas atribuições¹⁷; c) efetivamente chegou ao conhecimento do destinatário; d) este sabia tratar-se de dados indispensáveis; e e) especificar em que consiste a indispensabilidade dos dados e porque sem eles o Ministério Público não pôde decidir, de maneira fundamentada e criteriosa, pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do inquérito civil¹⁸.

5 Concurso de crimes

Quando a requisição disser respeito à ação civil de que cuida a Lei n. 7.853/1989, a qual trata dos direitos metaindividuais das pessoas portadoras de deficiência, pode haver, em tese, o crime descrito no art. 8º, VI, da Lei n. 7.853/1989.

Já se a requisição concernir a direito difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual indisponível dos idosos, o crime

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 66.854/DF, 6ª T., rel. min. Vicente Cernicchiaro, unânime, j. em 17.9.1986, *DJ* de 16 dez. 1996, p. 50960.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, RHC n. 11.367/PE, 5ª T., rel. min. Edson Vidigal, unânime, j. em 2.4.2002, *DJ* de 29 abr. 2002, p. 259.

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça, HC n. 14.927/RN, 5ª T., rel. min. Jorge Scartezzini, unânime, j. em 18.12.2001, *DJ* de 2 set. 2002, p. 210.

poderá ser o do art. 100, V, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Relativamente a esse crime, percebe-se uma ampliação na abrangência do tipo penal. O inciso V do art. 100 do Estatuto do Idoso trata da ação civil prevista na Lei n. 10.741/2003. Esta, por sua vez, no *caput* de seu art. 81, expressamente consignou que a ação civil de que ela cuida abarca, também, os direitos individuais indisponíveis das pessoas idosas, diversamente do que se dá na Lei n. 7.347/1985, que não alcança tais espécies de direitos, ficando restrita aos direitos metaindividuais propriamente ditos (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O art. 8º, VI, da Lei n. 7.853/1989 apresenta pena mais severa que o crime apresentado no art. 10 da Lei n. 7.347/1985. Já o art. 100, V, da Lei n. 10.741/2003, por sua vez, comina pena mais branda (reclusão, de seis meses a um ano e multa). Verifica-se, aí, uma incoerência legislativa, já que as ações civis coletivas envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas idosas, bem como as ações civis em defesa dos direitos individuais indisponíveis dos idosos carecem, como regra, de maior celeridade, eficácia e eficiência, sendo que, por isso, a recusa, o retardamento ou a omissão dos dados requisitados pelo Ministério Público guardam maior relevância, de modo que a pena deveria ser pelo menos igual à prevista no art. 10 da Lei n. 7.345/1985 (um a três anos de reclusão), que ainda é menor que a do art. 8º, VI, da Lei n. 7.853/1989 (um a quatro anos de reclusão).

Ainda sobre a Lei n. 10.741/2003, observa-se que ela, pelo art. 74, V, VI e VII, deixou inequivocamente expressos, embora não de forma exaustiva, os meios de que o Ministério Público pode lançar mão na investigação diretamente realizada pela instituição para apurar os crimes em que o sujeito passivo seja idoso. Assim, uma crítica que se pode lançar ao crime descrito no art. 100, V, da Lei n. 10.741/2003 é ter ficado restrito à recusa infundada de dados destinados à “ação civil”, quando as requisições ministeriais referentes à ação penal podem ser tão ou mais importantes que aqueles voltados à ação civil. Fica a proposta para que, *de lege ferenda*, seja feita a alteração ampliativa.

Se o não-fornecimento de dados ao Ministério Público se dá por meio de conduta que não seja recusa, retardamento ou omissão, se os dados não são indispensáveis à ação civil (se forem apenas úteis, auxiliares ou complementares, p. ex.), se não são concernentes a direitos metaindividuais de nenhuma espécie ou se dizem eles respeito à ação penal, o crime pode ser, em tese, o do art. 319 ou o do art. 330, os dois do Código Penal, que apresentam apenamento bem mais brando (respectivamente, detenção, de três meses a um ano, e multa, e detenção, de quinze dias a seis meses, e multa).

Relativamente ao crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal e que guarda alguma semelhança com o crime do art. 10 da Lei n. 7.347/1985, discute-se se o funcionário público pode ser seu sujeito ativo ou se só o particular tem tais condições para tanto. O motivo da controvérsia reside em que o art. 330 do Código Penal está elencado entre os crimes praticados por particular contra a administração pública e não entre os crimes praticados por funcionário público. A maioria doutrinária entende que o funcionário público pode ser o sujeito ativo do crime de desobediência, desde que não realize a conduta no exercício das funções ou em razão delas¹⁹. Assim também é o entendimento jurisprudencial, que acresce os argumentos de que o funcionário público pratica o crime de desobediência quando descumpre qualquer determinação que não seja ordem administrativa *interna corporis* porque aí estaria agindo como qualquer outro cidadão e que o Código Penal, ao se referir a crimes praticados por particular contra a administração, apenas indica que tais crimes são comuns, e não próprios, passíveis de serem praticados, inclusive, por funcionários públicos²⁰. E. Magalhães Noronha, comentando os crimes do Capítulo II (dos

¹⁹ JESUS, 2000, p. 947; MIRABETE, 2001, p. 366; DELMANTO, 2002, p. 657; e NUCCI, 2003, p. 889.

²⁰ No Superior Tribunal de Justiça: RHC n. 7.844/PA, 5ª T., rel. min. Felix Fischer, unânime, j. em 6.10.1998, *DJ* de 3 nov. 1998, p. 182; RHC n. 7.990/MG, 6ª T., rel. min. Fernando Gonçalves, unânime, j. em 29.10.1998, *DJ* de 30 nov. 1998, p. 209; HC n. 12.008/CE, 5ª T., rel. min. Felix Fischer, unânime, j. em 6.3.2001, *DJ* de 2 abr. 2001, p. 313; e RHC n. 12.780/MS, 5ª T., rel. min. Felix Fischer, unânime, j. em 27.5.2003, *DJ* de 30 jun. 2003, p. 266. No Tribunal Regional Federal da

crimes praticados por particular contra a administração em geral) do Título XI do Código Penal, no qual está inserido o crime de desobediência (Código Penal, art. 330), esclarece que os crimes previstos nesse capítulo são crimes comuns, em contraposição aos crimes previstos no Capítulo I do mesmo título, que são crimes próprios e só podem ser praticados por funcionários públicos. Conclui dizendo que os crimes do Capítulo II também podem ser praticados por funcionários públicos²¹.

A discussão não tem cabimento no caso do crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, porque o tipo penal não faz qualquer exigência quanto a quem seja capaz de praticá-lo, podendo qualquer pessoa, inclusive o funcionário público que pratica a conduta no exercício das funções, ou em razão delas, ser sujeito ativo. Como afirmado no item 3, o crime é comum.

6 Conclusão

O crime apresentado no art. 10 da Lei n. 7.347/1985, assim como aqueles previstos no art. 8º, VI, da Lei n. 7.853/1989 e no art. 100, V, da Lei n. 10.741/2003, que lhe são semelhantes, possui, ainda que indiretamente, berço constitucional, na medida em que significa a tutela penal da ação coletiva a ser manejada pelo Ministério Público em defesa de direitos metaindividuais, e tal defesa, como visto, representa importante faceta do acesso à justiça contemplado pelo inciso XXXV do art. 5º da Carta Política.

Seu estudo, assim, adquire significativo relevo porque, embora sua aplicação na prática não seja desejada (o ideal seria que o Ministério Público não encontrasse qualquer embaraço em sua atuação), o tipo penal em comentário protege um direito fundamental e, por isso, deve ser aplicado com apuro e técnica.

1ª Região: HC n. 01.000.352.779/MG, 4ª T., rel. juiz Carlos Olavo, unânime, j. em 16.3.2004, *DJ* de 2 ago. 2004, p. 79.

²¹ NORONHA, 1998, p. 298 e 308.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. Relações entre poderes: Ministério Público: inquérito civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 199-212, jan./mar. 1992.
- CAMPOS, Wanderley. Requisição do Ministério Público: reflexos penais de seu indeferimento. *Justitia*, São Paulo, v. 52, n. 152, p. 58-60, out./dez. 1990.
- COSTA JUNIOR, Paulo José. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação civil pública: gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MESTIERI, João. Aspecto penal da Lei n. 7.853/89. In: TEPERINO, Maria Paula (Coord.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo Atlas, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual*

civil extravagante em vigor. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SICA, Ana Paula Zomer; SICA, Leonardo. Comentários ao estatuto do idoso – arts. 100 a 109. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patricia. *Reforma criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A nova contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006)

Thiago André Pierobom de Ávila*

O presente artigo visa analisar as inovações legislativas introduzidas pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ao dar nova definição jurídica ao preceito secundário da conduta de portar droga para consumo pessoal.

No dia 23 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.343, que 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. Conforme seu art. 75, a nova lei revoga expressamente a Lei n. 6.368/1976, que definia os crimes ligados ao porte e tráfico de entorpecentes, bem como a Lei n. 10.409/2002, que definia o procedimento para apurar esses crimes. A nova lei possuiu *vacatio legis* de 45 dias e entrou em vigor em 9 de outubro de 2006.

Entre as inovações da nova lei estão a elevação da pena para os crimes de tráfico de entorpecentes, a criminalização autônoma de condutas antes punidas a título de participação (como o financiamento ao tráfico ou a colaboração como informante), e o novo tratamento da conduta de portar substância entorpecente para consumo pessoal. Este artigo analisará esta última inovação apontada.

* Thiago André Pierobom de Ávila é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); mestre em Direito pela UnB; professor de Direito Processual Penal na pós-graduação *lato sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).

Anteriormente, a Lei n. 6.368/1976 criminalizava, em seu art. 16, o porte de substância entorpecente para uso próprio, nos seguintes termos:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A nova lei criminalizou a mesma conduta em seu art. 28, tendo alterado completamente o regramento das penas aplicáveis à espécie.

A preocupação central da nova legislação com o dependente químico não é mais a repressão à conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, e sim conferir-lhe atenção e reinserção social. Essa nova visão está expressa no art. 4º, X, ao estabelecer que são princípios do Sisnad:

X – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; [...].

Assim, estabelece a lei que a conduta do usuário de drogas deverá receber reinserção social, enquanto a conduta de produção e tráfico deverá receber repressão. Tanto assim o é que o crime do art. 28 da nova lei está inserto no Título III, que trata “das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, enquanto as condutas de produção, tráfico e afins estão disciplinadas no Título IV, nominado “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Portanto, a nova lei retira o regramento do porte de drogas do paradigma repressivo e insere-o no paradigma de justiça restaurativa, na qual deve-se dar preponderância à conscientização

dos problemas enfrentados e à proposta de alternativas construtivas à superação dos problemas.

Nesse sentido, estabelece o art. 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O preceito primário repetiu os núcleos típicos constantes da lei anterior, apenas acrescentando-lhes os verbos “tiver em depósito” e “transportar”. Também alterou as expressões “uso próprio” para “consumo pessoal”, e “substância entorpecente” para “drogas”, o que não altera a definição típica. O fato de a nova definição típica exigir o elemento objetivo “drogas” no plural não implica que será necessário que o agente tenha mais de uma droga para que haja o crime; ao contrário, ainda que tenha apenas uma substância entorpecente consigo haverá o crime. Certamente, em um cigarro de maconha há mais de uma molécula do princípio ativo tetra-hidro-cannabinol (THC), ou em uma pequena quantidade de cocaína em pó haverá mais de uma molécula do seu princípio ativo cloridrato de cocaína, de forma que se houver volume suficiente para indicar que seria possível o consumo pessoal haverá “drogas” para efeito do enquadramento típico. O termo é utilizado de forma genérica. De qualquer sorte, se no mesmo ato o agente portar mais de uma espécie de droga para consumo pessoal, haverá apenas um delito.

A conduta de portar droga para consumo pessoal não é mera infração administrativa, mas delito, conforme sinaliza o título do Capítulo III, onde está inserida: “Dos crimes e das penas”. Assim, a lei faz a opção de continuar tratando a conduta do porte de drogas dentro do Sistema de Justiça Criminal. Também não se pode falar

em *abolitio criminis*, pois a nova lei manteve a descrição dos mesmos fatos criminalizados na legislação anterior, apenas minorando sua sanção. Trata-se de *novatio legis in melius*, que, após sua vigência, terá aplicação retroativa a todos os condenados pelo antigo delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, a fim de fazer cessar os efeitos da pena privativa de liberdade e convertê-la em uma das medidas educativas do preceito secundário do novo crime, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Em relação aos investigados e acusados de violar o art. 16 da Lei n. 6.368/1976, a lei também é aplicável retroativamente aos fatos praticados antes da vigência. Durante o período da *vacatio legis* a lei já deve ser aplicada, pois como a vigência da lei é iminente e será retroativa, é possível desde já a aplicação imediata da nova lei, pois seria um contra-senso condenar o réu a uma pena privativa de liberdade para, logo após a vigência da nova lei, revogar essa pena e substituí-la pela medida alternativa prevista para o novo crime. O tempo da *vacatio legis* é para o conhecimento e adaptação às novas disposições. Se já há conhecimento do novo regramento e sua aplicação é inevitável, não há justificativa para não aplicá-lo desde já.

O preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não prevê a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao condenado, mas tão-somente há previsão de três “penas alternativas”. A própria terminologia de pena deve ser revista, pois, apesar de preceito primário do *caput* e de os §§ 3º e 4º do art. 28 da lei conceituarem tais medidas como penas, logo em seguida o § 1º afirma que se trata de “medidas”, e o § 6º define-as como “medidas educativas”. Apesar da aparente contradição conceitual, depreende-se do novo diploma que as “penas” do novo crime de porte de drogas para consumo pessoal são, na verdade, “medidas educativas”, destinadas a auxiliar o dependente a superar seu vício. Novamente, reforça-se a introdução do paradigma restaurativo em superação ao paradigma repressivo.

Em relação à medida educativa de advertência sobre os efeitos das drogas, é recomendável que a aplicação dessa medida se dê de

forma organizada e profissional. Para tanto, é de bom alvitre que sejam marcadas várias audiências preliminares relativas a essa contravenção para o mesmo dia e se convide profissional especializado no tema para ministrar uma palestra. Caso não seja possível essa palestra no fórum, deverá o autor do fato ser encaminhado a uma instituição especializada para comparecer à palestra. Devem-se evitar meras admoestações verbais genéricas pelo juiz ou promotor de justiça que não sejam aptas a alcançar efetivamente a finalidade da lei, de proporcionar a conscientização sobre os malefícios das drogas.

Conforme o § 6º do art. 28, caso não haja o cumprimento voluntário das medidas educativas determinadas, é possível ao juiz utilizar instrumentos de coação para o adimplemento das medidas: advertência verbal e multa.

A natureza jurídica do delito previsto no art. 28 da nova lei é de uma contravenção penal. Isso porque o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece o seguinte:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

É certo que a nova infração penal não possui pena privativa de liberdade, seja reclusão, detenção ou prisão simples. Todavia, a multa também não é uma pena principal, mas instrumento de coação ao cumprimento da pena ou medida principal.

Talvez se argumentasse que o fato de o título do Capítulo III, onde se encontra o novo delito, estabelecer “dos crimes e das penas” induziria à classificação do novo delito como crime e não como contravenção penal. Todavia, uma interpretação sistemática desse novo delito com os demais crimes e contravenções deve necessariamente classificá-lo ao lado das contravenções penais. Não é possível que haja uma contravenção com pena de prisão simples

de até dois anos (LCP, art. 24) e exista um crime sem pena privativa de liberdade.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a nova infração não é crime nem contravenção penal, mas uma infração *sui generis*, e não se trata de direito penal, mas de direito judicial sancionador¹. Posteriormente, esclareceu sua posição para afirmar que se trata de uma infração de caráter penal, ainda que *sui generis*². A assertiva é correta do ponto de vista de reconhecer, no aspecto prático, que a nova infração possui um regramento próprio muito diverso daquele utilizado tradicionalmente no direito penal, que possui caráter repressivo e atributivo de responsabilidade. Todavia, não resolve os problemas, pois, nos termos do art. 1º da LICP apenas há duas espécies de infração penal: crimes e contravenções. Para o novo delito ainda é possível a aplicação de pena de multa, ainda que sua aplicação não seja direta, como pena principal, mas de forma sucessiva (Lei n. 11.343/2006, art. 28, § 6º). A nova lei expressamente determina a aplicação do procedimento da Lei n. 9.099/1995, dos Juizados Especiais Criminais, com peculiaridades (art. 48, § 1º). Interpretar que a nova contravenção não é mais direito penal é afirmar que toda a Lei de Contravenções Penais também não representa mais direito penal. Deve-se recordar que há várias contravenções penais que possuem previsão de sanção de apenas pena de multa (e.g., LCP, arts. 20, 22, 29, 30, 32, 37, 38, 43, 44, 46, 49, 50, § 2º, 57, 58, parágrafo único, 61, 66 e 68), para as quais não há sequer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, à luz do atual art. 51 do CP, mas que ainda assim são infrações penais. Não há motivo para não se conferir o mesmo tratamento à conduta do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Apesar dessas considerações, razão assiste ao ilustre doutrinador ao reconhecer que os efeitos práticos desse novo delito são muito diferenciados dos demais, inclusive das contravenções penais com pena de multa exclusiva.

Todavia, o STF proferiu decisão recente em sentido contrário ao do texto. Conferir:

¹ GOMES, 2006.

² GOMES; SANCHES, 2006.

EMENTA: I. *Posse de droga para consumo pessoal* (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência” também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. *Prescrição*: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. *Recurso extraordinário julgado prejudicado* (STF, 1ª T., RE-QO 430105/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 13 fev. 2007, DJ de 27 abr. 2007, Seção 1, p. 69, Ementário v. 2273-04, p. 729).

Analisando a argumentação do voto, parece-nos que a decisão procurou, em verdade, afastar a corrente doutrinária da descriminalização do porte de droga, sustentada acima por Luiz Flávio

Gomes. Todavia, uma análise coerente não pode afastar a natureza de contravenção penal ao porte de droga, especialmente considerando que há outras contravenções penais, com pena de prisão, bem mais severas que essa infração.

Por ser uma contravenção penal, a condenação por porte de drogas para consumo pessoal não mais gerará reincidência, pois o art. 63 do Código Penal prevê a condenação anterior por *crime*. Apenas haverá reincidência caso posteriormente o autor do fato cometa uma nova contravenção penal, nos termos do art. 7º da LCP. Também será inadmissível a prisão preventiva, pois o art. 313, *caput*, do CPP exige que se trate de crime doloso, bem como a medida atentaria contra a instrumentalidade hipotética das medidas cautelares, pois se mesmo com a condenação principal não é admissível a prisão, com muito mais razão não será admissível para a tutela cautelar. A condenação pela nova contravenção não permitirá que posteriormente se decrete a prisão preventiva do autor do fato caso este cometa crime apenado com detenção, pois para essa hipótese exige-se condenação anterior por crime doloso, conforme art. 313, III, do CPP. A condenação pelo novo delito de porte de drogas também não impedirá, por si só, a concessão de transação penal em eventual infração penal de menor potencial ofensivo (IPMPO) cometida após os fatos, pois o art. 76, § 2º, I, da Lei n. 9.099/1995 exige condenação por crime, à pena privativa de liberdade, para impedir o benefício; a não ser que se considere essa condenação em conjunto com outras informações para denegação da transação penal com fundamento nas condições subjetivas do autor do fato, conforme permite o inciso III do mesmo dispositivo.

Todavia, ainda é possível a expedição de um mandado de busca e apreensão domiciliar de droga. O porte de droga não foi legalizado e continua sendo uma infração penal. Sua posse possui potencialidade lesiva, pois é possível, em tese, que o usuário ainda pratique a conduta de ceder gratuitamente a droga a outrem, para consumo conjunto, incidindo no crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006. Há interesse social de que a droga ilícita seja

apreendida e retirada do meio social, inclusive como instrumento de defesa do próprio usuário. De qualquer sorte, o art. 240, § 1º, alínea *e*, do CPP estabelece que “proceder-se-á à busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem, para descobrir objetos necessários à prova de *infração* ou à defesa do réu”. Portanto, o código não exige que se trate de crime para que haja a diligência, apenas *infração*, sendo certo que a nova contravenção ainda é uma *infração* penal.

Em suma, a condenação pela contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal gerará doravante apenas maus antecedentes, para fins de consideração na fixação da pena-base de eventual delito posterior, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal.

A competência para processar essa contravenção penal será dos Juizados Especiais Criminais (JEC), conforme o art. 48, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. Antes do advento da nova lei, o STJ já entendia que os JEC eram competentes para processar o delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, pois, apesar de esse possuir procedimento especial, tal circunstância não impediria o processamento perante o JEC. Ainda que existisse Vara Especializada (como é o caso do DF), decidia o STJ que a competência para processar o delito de porte de drogas era dos JEC, sob o argumento de que se tratava de competência absoluta³.

Dessa forma, a imposição coativa das medidas previstas no preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 são, a princípio, destinadas à condenação criminal, após a denúncia e regular processamento. Todavia, como tal delito é uma IPMPO da competência do JEC, também será admissível a concessão de transação penal. Como o acordo não pode ser mais oneroso que a condenação, em regra, deverão ser concedidas as mesmas medidas educativas previstas para a condenação, com os mesmos limites, como, por exemplo, a limitação temporal máxima de cinco meses para

³ Nesse sentido: STJ, 5ª T., HC 37.346/DF, rel. min. Gilson Dipp, j. em 28.9.2004, DJU de 3 nov. 2004, p. 223.

o cumprimento das medidas (art. 28, § 3º) e o limite mínimo e máximo para o valor da multa, no caso de descumprimento das medidas, de R\$ 466,66 (quarenta trinta avos do salário mínimo) a R\$ 105.000,00 (trezentos salários mínimos), conforme dispõe o art. 29, *caput*, da lei.

A multa cominatória estabelecida no § 6º do art. 28 deverá ser creditada em favor do Fundo Nacional Antidrogas, conforme determina o parágrafo único do art. 29. Segundo o STJ, a atribuição para a execução da pena de multa é da Fazenda Nacional, pois a nova redação do art. 51 do CP afastou a atribuição do Ministério Público para a execução⁴. Deve-se registrar que apenas haverá a inscrição da multa na Dívida Ativa da União e posterior comunicação ao Cadin se os valores foram superiores a R\$ 1.000,00 e o devedor possuir CPF. Não serão objeto de execução fiscal pela Fazenda Nacional as dívidas de valores inferiores a R\$ 10.000,00, nos termos do art. 28 da Lei n. 10.522/2002 com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004, *in verbis*:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Deve-se registrar que a Portaria n. 49, de 1º de abril de 2004, do Ministro da Fazenda, autoriza o não-ajuizamento de execução fiscal abaixo do valor de R\$ 10.000,00, excepcionando desse limite as multas criminais. Conferir:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA [...] RESOLVE:

Art. 1º Autorizar:

I – a não-inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos

⁴ Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp 286.889/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, j. em 6.12.2005, DJU de 1º fev. 2006, p. 475.

com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II – o não-ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º Não se aplicam os limites de valor para inscrição e ajuizamento quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal.

[...]

ANTONIO PALOCCI FILHO

Deve-se registrar que essa Portaria é anterior à Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que alterou o limite mínimo para a execução fiscal de R\$ 2.500,00 para R\$ 10.000,00 e não excepcionou as multas criminais, de sorte que seria questionável a legalidade de uma execução fiscal em valor inferior ao legalmente estabelecido. Segundo o STJ, analisando caso anterior à elevação do valor mínimo, deve ser extinta a execução fiscal proposta em valor inferior ao mínimo legal por ausência de interesse em agir (execução antieconômica)⁵.

Com essas considerações, é possível afirmar que toda multa cominatória estabelecida em valor inferior a R\$ 10.000,00 não será objeto de execução fiscal, o que diminui muito a efetividade do estabelecimento da referida multa.

Como a finalidade da nova lei não é punir, mas conduzir o dependente químico à superação de seu problema, e os objetivos que se poderiam alcançar com a condenação criminal são exatamente os mesmos que podem ser alcançados com a transação penal, conclui-se que, sempre que o autor do fato estiver disposto a aceitar a medida educativa prevista em lei e adequada ao caso, será lícito ao Ministério Público ofertar a proposta de transação penal, ainda que eventualmente o autor do fato não preencha os tradicionais requi-

⁵ Nesse sentido: STJ, 1ª T., REsp 652.793/RS, rel. min. José Delgado, j. em 16.11.2004, DJU de 1º fev. 2005, p. 442.

sitos para esse benefício. Essa é a interpretação que deve ser dada ao art. 48, § 5º, da Lei n. 11.343/2006, que estabelece:

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n. 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Por exemplo, caso o autor do fato seja uma pessoa já com três condenações criminais e, na audiência preliminar, externar sua concordância com a proposta de submeter-se às medidas educativas, poderá validamente o Ministério Público ofertar-lhe a transação penal com esse conteúdo. Não há lógica em negar-lhe esse benefício em sede de autocomposição extraprocessual para submetê-lo a um processamento criminal, gastar a energia de trabalho do Poder Judiciário com marcação de audiência, intimações por oficial de Justiça, retirar em média três policiais das ruas para servirem de testemunhas ao processo, entulhar as prateleiras judiciais com mais um processo, todo esse esforço para aplicar uma medida educativa que o autor do fato já está disposto a cumprir. Ademais, a sentença condenatória não gerará nenhum efeito adicional de reincidência para os crimes cometidos após, não permitirá posterior prisão preventiva por crime punido com detenção, nem vedará transação penal. O ganho processual na documentação de maus antecedentes ou na criação de reincidência exclusivamente para as contravenções penais posteriores é tão diminuto que não justifica o sacrifício dos demais valores em jogo. O princípio constitucional da eficiência não justifica tamanha burocracia. Nessa situação, o ajuizamento da ação seria inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, em seu subprincípio da necessidade, pois há restrição de três princípios fundamentais, quais sejam, o direito à tranquilidade do acusado (*right to be let alone*), o princípio da eficiência (mínimo de gasto e máximo de resultado) e o princípio da economia processual. Essa restrição não é necessária ao fim que se pretende, i.e., a imposição da medida educativa, pois o próprio autor do fato já concorda com o cumprimento do programa terapêutico; há um meio menos oneroso para se alcançar o mesmo objetivo, a auto-submissão.

A aceitação da admissibilidade da transação penal mesmo na hipótese de o autor do fato não preencher os tradicionais requisitos da medida justifica-se como mecanismo de obtenção da solução processual menos violenta, fortalecendo a legitimidade do procedimento de solução penal.

Como se verá adiante, haverá situações nas quais não haverá interesse em agir para ajuizar a ação penal, quando o autor do fato não possuir condições financeiras para arcar com a eventual pena de multa. Nessas situações, se não há interesse em agir para ajuizar a ação penal, afigura-se injusto celebrar a transação penal, sendo mais adequado simplesmente celebrar um acordo processual inominado. Se o autor do fato coopera com a justiça aceitando o acordo, receberia uma transação, com o respectivo gravame de ser impedido de usufruir novamente esse benefício no prazo de cinco anos. Todavia, se o autor não coopera com a justiça, esta ficará de mãos atadas e deverá, após reiteração da tentativa de conscientização para a importância do acordo, arquivar o procedimento (veremos a argumentação completa mais abaixo). Não é justo. Assim, se não haverá interesse em agir para ajuizar ação penal, é mais adequado celebrar um acordo processual inominado para possibilitar a submissão imediata às medidas educativas previstas na lei sem o gravame da transação penal, atuando-se exclusivamente no paradigma terapêutico.

Para a contravenção penal de porte de drogas, os princípios da inevitabilidade e essencialidade da jurisdição penal sofrem mitigação. Enquanto para os crimes apenados com pena privativa da liberdade é impossível ao réu subordinar-se à pretensão acusatória sem o processo penal, pois o encarceramento está ligado a uma faceta indisponível do direito à liberdade, a submissão a uma medida educativa de tratamento, a frequência a curso educativo, a prestação de serviços à comunidade ou o recebimento de advertência sobre os efeitos das drogas são medidas que envolvem direitos plenamente disponíveis. Mesmo que não houvesse a descoberta da infração penal, poderia o autor do fato procurar voluntariamente instituições educativas e solicitar a inclusão em seus programas.

A resolução do caso penal em sede de transação penal faz-se de forma menos onerosa tanto ao autor do fato quanto ao Estado, já que não haveria nenhum ganho adicional da sociedade com a condenação por uma contravenção penal sem pena privativa de liberdade e sem multa como pena principal.

Caso a transação penal seja descumprida, a lei prevê a possibilidade de aplicação sucessiva de advertência verbal e de multa como instrumentos de coação para o cumprimento das medidas educativas. A lei não limita a aplicabilidade do dispositivo apenas a situações de decisão penal condenatória, mas afirma ser aplicável o novo instituto “para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*”. Assim, caso as medidas educativas sejam pactuadas em sede de transação penal, é plenamente aplicável o dispositivo para a hipótese do inadimplemento. A multa não é uma pena em si, mas possui natureza jurídica assemelhada à das *astreintes* previstas nos arts. 461, § 4º, e 465 do CPC, como instrumento de coação à execução da obrigação de fazer. Nesse caso, a lei penal regulamenta a forma de execução do acordo para que o acusado efetivamente cumpra sua obrigação de fazer pactuada na transação penal. E o faz na linha dos modernos instrumentos de efetividade da tutela já adotadas no processo civil, na finalidade de conduzir o autor do fato a submeter-se às medidas educativas que havia anteriormente aceitado no acordo. A medida confere seriedade ao acordo de transação penal.

É possível que se argumente que a multa apenas seria aplicável após a sentença condenatória. Esse entendimento peca por retirar efetividade a um acordo que visa exatamente evitar o processo criminal, conferindo agilidade à solução do caso penal. Deve-se recordar que o entendimento restritivo do STF sobre a impossibilidade de execução específica da transação penal foi justificado pela ausência de critérios concretos, legalmente estabelecidos, que permitissem a sua execução, bem como a possibilidade de conversão, sem critérios, da transação penal em pena de prisão. A nova lei regulamenta esse critério de execução da obrigação de fazer, sem o risco de sua conversão em pena privativa de liberdade.

De qualquer sorte, é conveniente, para que não se perca tempo com argüição de nulidades, que, além do estabelecimento da medida educativa com que concorda o autor do fato a se submeter, já venha estabelecido na transação penal que, na hipótese de descumprimento do acordo, o autor será advertido e, sucessivamente, será adicionada à sua obrigação o pagamento de multa, fixando-se desde já seu valor, segundo os parâmetros estabelecidos no art. 29 da lei. Assim, essas condições já farão parte do acordo da transação penal a ser executado.

Caso o autor do fato esteja preso, será necessário que exista no estabelecimento prisional um programa educativo destinado à conscientização sobre os problemas das drogas e auxílio à superação do vício para que ele receba a transação penal ou cumpra a sentença condenatória. Caso não exista, o preso ficará impossibilitado de cumprir qualquer medida educativa por culpa que não lhe pode ser atribuída, pois é dever do Estado disponibilizar-lhe um programa de atendimento, nos termos do art. 26 da lei:

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

Assim, se o Estado não dispuser do programa educativo nos estabelecimentos prisionais, deverá o Ministério Público analisar se a medida educativa de advertência sobre os efeitos das drogas é suficiente para o caso. Caso o seja, poderá validamente conceder a transação penal apenas com esse conteúdo. Para tanto, é conveniente que as audiências preliminares para as contravenções de porte de drogas sejam reunidas em um único dia, de forma que uma única palestra ou exposição sobre tais problemas possa ser ministrada a vários autores. Todavia, caso se entenda, pelas circunstâncias, que a medida será insuficiente, poderá o Ministério Público ajuizar ação penal a fim de que a condenação seja executada após o término do cumprimento das penas privativas de liberdade, pois a prescrição não corre durante o cumprimento da pena (CP, art. 117, V).

Deve-se reconhecer, todavia, que essa última opção é contrária à finalidade da lei, que é proporcionar condições imediatas de ressocialização ao autor do fato, mesmo que preso. Para que a lei tenha efetividade, deve-se agilizar a implementação de programas educativos nos estabelecimentos prisionais, sendo nesse ponto relevante a atuação extrajudicial do Ministério Público na fiscalização da concessão desse direito assegurado no art. 26 da Lei n. 11.343/2006.

Deve-se analisar a situação de o autor do fato não ser localizado para intimação para a audiência preliminar. Nessa situação, a regra geral seria o oferecimento de denúncia, tentativa de citação e, caso frustrada, o encaminhamento dos autos ao juízo comum, para citação por edital e, se for o caso, produção antecipada de provas e eventual medida cautelar para sua localização, nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995 e art. 366 do CPP. Todavia, entendemos que esse procedimento perde sua lógica a partir do momento em que se compreende que o procedimento para o delito em comento não visa mais a repressão à conduta, mas a oferta de condições de atenção e reinserção social do usuário de drogas. Não possui mais lógica denunciar e remeter os autos ao juízo comum, para citação fictícia por edital, se o verdadeiro espírito da lei é apenas localizar o acusado para possibilitar-lhe o acesso à conscientização sobre os problemas das drogas e oferecer-lhe condições de superação da dependência química.

Ademais, a remessa do feito ao juízo comum irá acarretar mais trabalho desnecessário ao Judiciário, incrementando sua lentidão. O delito prescreverá em dois anos e não se mostra compatível com os princípios constitucionais da eficiência, da duração do processo em prazo razoável e da dignidade da pessoa humana (norte maior para a nova disciplina legal da contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal) a remessa do feito ao juízo comum.

Assim, conclui-se que o procedimento mais adequado ao novo espírito da lei será a expedição, pelo Juizado Especial Criminal, de um *Mandado de Localização* do autor do fato. Esse mandado deverá conter a informação de que a autoridade policial deverá enviar

esforços para a localização do autor do fato e, caso não logre êxito, deverá arquivar o respectivo mandado em seu sistema de informática e encaminhar a informação à Polinter (à semelhança dos mandados de prisão), para que, posteriormente, quando o autuado for localizado (num registro de ocorrência, e.g.), seja, *se necessário*, detido, conduzido à delegacia de polícia para atualização de seu endereço e posteriormente liberado, encaminhando-se a informação atualizada para esse Juizado, a fim de designar-se audiência preliminar para oferta de transação penal. Registre-se que esse é o procedimento que seria adotado quando da lavratura do termo circunstanciado, nos termos do art. 48, § 2º, da lei, não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade na medida.

Deve-se registrar que a medida requerida é apenas uma aplicação do princípio da proporcionalidade. Em tese, o art. 366 do CPP permitiria a decretação da prisão preventiva do autuado para a garantia de aplicação da lei penal, já que sua situação jurídica seria a de foragido. O art. 48, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 impede apenas a prisão em flagrante, mas não a prisão preventiva. Essa lei não regulamenta a situação de não-localização do autuado, sendo aplicável por analogia o procedimento do CPP nas situações não disciplinadas, nos termos do art. 48, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; portanto é admissível, em tese, a decretação da prisão preventiva na hipótese do art. 366 c/c art. 312, ambos do CPP. Todavia, a prisão não seria proporcional em razão do subprincípio da necessidade, pois há outro meio menos gravoso para atingir-se exatamente o mesmo fim, que é a simples expedição de um Mandado de Localização do autor do fato (bem como não haveria homogeneidade entre a medida cautelar e a eventual condenação). A medida respeitaria o direito fundamental da liberdade do autor do fato, maximizando a efetividade da proteção que a lei determina que seja oferecida ao autuado e à sociedade.

Finalmente, deve-se analisar a hipótese de o autor do fato recusar submeter-se às condições impostas em sede de transação penal. Nessa situação, não será admissível a imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 da lei, pois o autor do fato não acei-

tou a transação e sua responsabilidade penal ainda é incerta, sendo possível que seja absolvido da imputação e, portanto, não mereça a medida educativa.

Em regra, nessa situação deve ocorrer o prosseguimento do processo, com o oferecimento de denúncia, processamento e eventual condenação. Todavia, a condenação será para submeter-se às mesmas condições a que o acusado já se recusa a submeter. A forma de coação para o cumprimento da obrigação será, em último nível, a pena de multa, cuja fixação se dá de acordo com a capacidade econômica do autor do fato e cujo limite mínimo para execução fiscal pela Fazenda Nacional é de R\$ 10.000,00. Nessa situação, apenas haverá interesse em agir para o ajuizamento da ação penal em duas hipóteses: caso o autor do fato não tenha maus antecedentes, ou caso tenha capacidade financeira para o adimplemento de eventual multa e esta supere o valor mínimo para execução fiscal. Se o acusado não tiver capacidade financeira de suportar o pagamento de eventual multa e já tiver maus antecedentes, não haverá nenhuma utilidade prática no ajuizamento da ação penal, pois a condenação não agravará a situação do réu e não será possível a execução de nenhuma multa. Como visto anteriormente, haverá um enorme gasto processual para nenhum resultado prático. No máximo, um mero efeito simbólico de declarar que alguém praticou uma contravenção penal, sem nenhuma execução de medida educativa ou sanção. Nessa situação, melhor será ao Ministério Público reconhecer que falta uma das condições da ação, qual seja, o interesse em agir, e requerer o arquivamento do feito. Apenas haverá interesse em agir caso o autor do fato recuse a transação penal mas tenha bons antecedentes, pois a condenação maculará tais antecedentes (hipótese de diminuta utilidade prática), ou, ainda que não os tenha, caso possua recursos financeiros para permitir fixar a multa em valor executável pela Fazenda Pública e possibilitar a expropriação coativa pelo credor.

Ajuizar uma ação penal que não será apta a alcançar seus objetivos é inconstitucional por violação ao princípio da proporção-

nalidade, em seu subprincípio da adequação (ou idoneidade). A possibilidade da realização do prognóstico de eficiência da medida restritiva de direitos fundamentais é inerente à própria idéia de razoabilidade ou proporcionalidade. Sobre a adequação, *vide* lição de Gonzalez-Cuellar Serrano⁶:

O princípio de idoneidade constitui um critério de caráter empírico, inserto na proibição constitucional de excesso, que faz referência, tanto desde uma perspectiva objetiva como subjetiva, à causalidade das medidas em relação com seus fins e exige que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação.

Como acrescenta Gonzalez-Cuellar Serrano, a análise da adequação possui sempre caráter empírico, o que implica a análise do caso concreto. A análise da relação de meio-fim envolve inevitável prognóstico sobre o êxito da medida restritiva de direito fundamental. Se já se vislumbra que o meio (ação penal) é inapto a alcançar o fim desejado (aplicação efetiva da medida educativa), então a restrição ao direito fundamental do acusado (e aos recursos materiais e humanos do Estado) é desproporcional e, portanto, inconstitucional. Nesse sentido, a adequação corresponde à condição da ação do interesse em agir, em sua modalidade da utilidade do provimento jurisdicional.

Talvez se argumente que, assim agindo, o Sistema de Justiça Criminal será injusto ao excluir da responsabilização coativa os pobres e punir apenas os abastados. Ao contrário, estar-se-á fazendo justiça, ao diminuir a incidência do sistema naqueles que já são vítimas de sua seletividade, pela maior incidência de criminalização em condutas típicas das classes mais desfavorecidas, quando o sistema não criminaliza ou é ineficiente para a repressão às condutas desviantes das classes mais abastadas. Aliás, essa idéia de diminuir a incidência da punição penal para as classes desfavoreci-

⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 154.

das não é de todo estranha à doutrina penal, como bem assinalam Zaffaroni⁷ e Baratta⁸.

Em conclusão, ao verificar um policial que alguém se encontra em situação de flagrante de porte de drogas, deverá apreender o produto e encaminhar o autor do fato à delegacia de polícia para lavratura de termo circunstanciado. Mesmo que o autor do fato, em tese, se recuse a comparecer ao JEC, não será admissível a imposição da prisão em flagrante, pois a contravenção penal não admite pena privativa de liberdade.

Ainda que o autor do fato não se enquadre nos tradicionais requisitos objetivos e subjetivos da transação penal, deve-se permitir a transação caso o autor aceite as medidas educativas propostas pelo Ministério Público entre as previstas na lei, tendo em vista que a transação penal permitirá as mesmas conseqüências da condenação criminal. Caso o autor do fato recuse a transação penal, já possua maus antecedentes e não tenha capacidade financeira de arcar com eventual multa cominatória, não haverá interesse processual no ajuizamento da ação penal.

O novo delito de porte de drogas para consumo pessoal possui a natureza jurídica de contravenção penal por não possuir previsão de pena privativa de liberdade, sendo que sua condenação não mais gerará reincidência para os crimes posteriores nem impedirá transação penal. Com o advento da nova definição típica prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 houve *novatio legis in melius* para a conduta de porte drogas para consumo pessoal, que, ainda quando de seu período de *vacatio legis*, permitiu a aplicabilidade imediata das disposições benéficas pela iminente aplicação retroativa.

⁷ Zaffaroni propõe que se utilize a “Teoria do Delito” como instrumento de limitação da violência seletiva do sistema penal, de forma que haja uma diminuição da resposta penal àqueles que partem de uma situação social que os condiciona a uma alta vulnerabilidade à seletividade do sistema. Ver ZAFFARONI, 1991, cap. 6, passim, especialmente p. 264-281.

⁸ Ver BARATTA, 2002, cap. 15, passim.

Considerando que o instrumento de coação para o adimplemento das medidas educativas acordadas ou impostas é apenas a multa e que o valor mínimo para o ajuizamento de execução fiscal pela Fazenda Nacional é de R\$ 10.000,00, é possível afirmar que ocorreu uma descriminalização virtual da conduta de porte de drogas para consumo pessoal para as classes mais pobres. Nesses casos, há aplicação das medidas educativas previstas apenas se o autor do fato quiser efetivamente cumpri-las, em seu próprio benefício. O Sistema de Justiça Criminal apenas procurará conscientizar o autor do fato acerca da necessidade do tratamento, possibilitando seu encaminhamento ao programa educativo se este aquiescer. Aliás, é mesmo questionável a efetividade de uma submissão coativa a um programa educativo para dependentes químicos.

O novo regramento jurídico da contravenção penal de porte de drogas para consumo pessoal revela uma alteração de paradigmas no sistema de justiça penal: sai-se do paradigma da repressão e ingressa-se no paradigma da restauração. Continua-se exercendo o controle social por meio da solução do caso no sistema penal, mas ocorreu inegavelmente uma mutação desse sistema penal para algo diferente. Realmente, não é fácil aos operadores do direito acostumar-se com um direito penal não-coativo, em que o juiz e o promotor de justiça, ao invés de punir, convidam a pessoa a tomar consciência e superar seus problemas, propondo soluções restaurativas. Um direito penal que, ao invés de decidir conflitos, procura resolver conflitos. Um direito penal que não trabalha mais com pena e, portanto, não é mais o direito penal tradicional, mas um misto de direito administrativo com assistência social.

Se a opção de política criminal escolhida pelo legislador foi a mais acertada apenas o tempo o dirá. Caso o tempo a demonstre frutífera, talvez seja um primeiro passo rumo à humanização do controle social e à construção de respostas alternativas e restaurativas à solução dos conflitos sociais.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova lei de tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal*. 2006. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 set. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* 2006. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2006.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A revisão do arquivamento da persecução penal eleitoral

Francisco Dias Teixeira*

1 É sabido que a Constituição Federal promulgada em 1988 outorgou ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, que será exercida na forma da lei (art. 129, I)¹. Isso implica que, diante de um suposto fato criminoso sujeito à ação penal pública (que, conforme se sabe, é a regra, com poucas exceções), o Ministério Público (por meio de seus membros e órgãos) é a única instituição investida de poder para decidir sobre a promoção da respectiva ação penal.

Mas, por outro lado, conforme se sabe, em nosso sistema jurídico, a ação penal pública é indisponível². Ou seja, se, por um lado, ao Ministério Público é outorgado o poder de emitir juízo *positivo* sobre a *processabilidade* do fato que lhe é apresentado como criminoso³, à Instituição não é dado poder para decidir sobre a conveniência e a oportunidade do processo penal; nem a qualquer outro órgão do Estado é outorgado semelhante poder. O *juízo sobre a processabilidade* é de natureza predominantemente técnica (não se incursionará aqui sobre aspectos políticos desse juízo técnico); o *juízo sobre conveniência e oportunidade do processo* é eminentemente político. Todavia, toda decisão, mesmo as de natureza técnica, no âmbito e em nome do Estado (e, por pressuposto, em última ins-

* Francisco Dias Teixeira é Subprocurador-Geral da República.

¹ Aboliram-se, assim, as raras hipóteses em que a ação penal pública iniciava-se por determinação de autoridade estatal que não membro do MP, conforme era, p. ex., a hipótese prevista no art. 26 do CPP, que foi revogado.

² Princípio atenuado pela Lei n. 9.099/1995, que admite a supressão do processo, com a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (art. 76), e a suspensão condicional do processo (art. 89).

³ Exercendo o MP o *juízo positivo*, abre a possibilidade de o Judiciário exercer o *juízo negativo*; mas, exercendo o MP *juízo negativo*, o Judiciário não poderá exercer *juízo positivo*. Daí por que apenas o *juízo positivo* é competência exclusiva do MP.

tância, em nome da *sociedade*), por definição, tem consequência política, porque, direta ou indiretamente, atinge a outros membros da comunidade. A decisão pela não-promoção de uma ação penal, diante de um fato supostamente criminoso, interessa especialmente à sociedade. Assim, por mais que sejam os parâmetros legais dessa decisão, exigem-se mecanismos para seu controle, porque é a própria observância desses parâmetros que deve ser controlada. Entretanto, sendo o Ministério Público o titular do *juízo de processabilidade do fato* (CF, art. 129, I), esses mecanismos de controle devem existir no âmbito do próprio Ministério Público.

2 A lei básica relativa ao exercício da ação penal (pública ou privada) continua sendo o Código de Processo Penal, editado pelo Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, tanto no que se refere ao *juízo positivo* quanto no que diz respeito ao *juízo negativo*⁴. Interessa, aqui, o *juízo positivo*.

Já em 1941, o Código de Processo Penal previu que o controle prévio da obrigatoriedade da ação penal pública (*juízo positivo*, portanto) faz-se no âmbito do Ministério Público, e segundo a regra prevista no art. 28 do CPP:

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e esse oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Uma vez iniciada a ação, o controle se faz pelo Judiciário, que assegurará o trâmite do processo, pois, de acordo com o art. 42 do CPP, “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”⁵.

⁴ Conforme é proverbial, o CPP encontra-se derogado em grande parte pela Constituição Federal, pródiga em normas de natureza processual penal, especialmente no que se refere ao *juízo negativo*.

⁵ Uma vez que, em juízo, o Ministério Público fala por seu membro que officie perante o órgão jurisdicional, é esse membro que não poderá desistir da ação já instaurada.

3 O § 1º do art. 357 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) traz norma quase idêntica à do art. 28 do CPP. Diz o Código Eleitoral:

Art. 357. [...] § 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual então estará o juiz obrigado a atender.

A solução prevista na Lei Eleitoral não difere, essencialmente, daquela apontada pela Lei Processual Penal. Apenas substitui o *Procurador-Geral* (de Justiça) pelo *Procurador Regional* (Eleitoral). Todavia, em ambos os processos (penal comum e penal eleitoral), estabelece-se o poder revisional da decisão de arquivamento da persecução penal: a) no âmbito do Ministério Público, b) em instância superior à do promotor do arquivamento e c) em órgão monocrático.

À época da edição do Código de Processo Penal (1941), o Ministério Público não contava com uma lei orgânica que lhe conferisse estrutura semelhante à de hoje, formada por diversos órgãos, unipessoais e colegiados; sequer contava com uma lei orgânica nacional. No âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, acima do Promotor de Justiça, pairava a figura do Procurador-Geral, e, no Ministério Público Federal, acima do Procurador da República, era só o Procurador-Geral da República que havia. Assim, a regra contida no art. 28 do CPP aplicava-se, indistintamente, tanto aos Ministérios Públicos Estaduais quanto ao Ministério Público Federal.

O Código Eleitoral, promulgado em época na qual ainda era essa a estrutura do Ministério Público (1965), adotou sistemática semelhante à prevista no CPP, mandando que, na hipótese

Conseqüentemente, em princípio, aqui não há ensejo para aplicação analógica do art. 28 do CPP, pois a escusa do membro do MP a impulsionar a ação já iniciada, fora de hipóteses previstas em lei (p. ex., impedimento e suspeição), também em princípio, constitui falta disciplinar.

de dissídio entre o Promotor de Justiça Eleitoral e o Juiz Eleitoral quando da instauração da ação penal, a questão fosse remetida ao Procurador Regional Eleitoral, que, em tal circunstância, ocupava posição simétrica à do Procurador-Geral de Justiça do estado, a quem, ordinariamente, estava sujeito o Promotor de Justiça, mas, em função eleitoral, e no que se refere à revisão da promoção de arquivamento da persecução penal, vinculava-se ao Procurador Regional Eleitoral, membro do Ministério Público Federal, já que a esse ramo do Ministério Público da União compete, originariamente, a persecução penal eleitoral, por simetria à Justiça Eleitoral, que também está afeta à União Federal.

4 Conforme é proverbial, depois da edição daqueles diplomas legais (CPP e CE), e especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público cresceu, evoluiu, teve ampliadas suas atribuições e, conseqüentemente, sua estrutura foi modificada. É relevante anotar, já nessa passagem, que, a par de consagrar os princípios institucionais do Ministério Público, relativamente ao exercício de suas atribuições (*unidade, indivisibilidade e independência funcional*), a Constituição de 1988 assegurou à própria Instituição, como órgão estatal, a garantia da *autonomia funcional*. Com base em sua autonomia funcional, o Ministério Público pode dispor sobre a organização de seus serviços destinados à realização de suas funções constitucionais, obedecidos, por certo, os parâmetros legais. E ainda: a Constituição conferiu ao chefe da Instituição o poder de iniciativa de lei complementar estabelecendo “a organização, as atribuições e o estatuto” do Ministério Público (art. 128, § 5º).

A primeira questão que se impõe consiste, pois, em saber se a norma contida no § 1º do art. 357 do Código Eleitoral, ao *especificar* que a função revisional relativamente à titularidade da ação penal eleitoral será exercida pelo *Procurador Regional Eleitoral*, tem essa norma natureza *processual* ou trata-se de uma norma atinente à *organização* (distribuição de competências) do Ministério Público Eleitoral.

Tenho que o dispositivo do § 1º do art. 357 do CE contém uma norma de natureza processual e outra de natureza organizacional. A norma de natureza processual assegura o controle prévio de indisponibilidade da ação penal eleitoral (que é pública), ao estabelecer que, na hipótese de o juiz não vislumbrar juridicidade na promoção de arquivamento formulada pelo Promotor de Justiça Eleitoral (e não podendo ele – juiz – proferir *juízo positivo prévio de processabilidade*), deve remeter a questão ao órgão superior da instituição titular da ação. Já a norma de natureza organizacional diz que é para o Procurador Regional Eleitoral que os autos serão remetidos.

Mas não é relevante, sob o enfoque das garantias processuais asseguradas ao investigado/réu e à sociedade, a explicitação do órgão, no âmbito do Ministério Público Federal, que procederá à reavaliação daquela promoção de arquivamento. Essa é uma questão – conforme já firmado – que diz com a organização do Ministério Público Federal, organização esta que, àquela época, praticamente não existia. Daí por que, à falta de uma organização adequada prevista em lei específica, tanto o Código de Processo Penal quanto o Código Eleitoral, ao estabelecerem norma garantidora da indisponibilidade da ação penal pública, tiveram que se reportar também ao órgão do Ministério Público que exerceria tal controle.

Mas, no caso do Ministério Público Federal (que aqui interessa, já que o Procurador Regional Eleitoral é um membro desse ramo do Ministério Público da União), atualmente conta-se com uma Lei Orgânica, complementar à própria Constituição Federal, dispondo sobre sua “organização” e suas “atribuições” (art. 129, § 5º).

5 Em cumprimento ao comando contido no § 5º do art. 129 da Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, que “dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”.

Essa lei complementar instituiu nova organização ao Ministério Público da União, e, no que interessa aqui, ao Ministério Público

Federal. Indo diretamente ao ponto que interessa, a Lompu, em seus arts. 58 a 62, instituiu as Câmaras de Coordenação e Revisão, atribuindo-lhes a função de revisão de promoção de arquivamento da persecução penal, formulada pelo membro da instituição que seria o promotor natural. Essa função revisional, conferida a órgãos colegiados do MPF, não se refere somente às questões penais, mas também às questões civis públicas, relativamente às quais a atuação do Ministério Público vem-se incrementando desde a edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.1985), ou seja, já antes da promulgação da Constituição de 1988.

Com efeito, o art. 62, IV, da LC n. 75/1993 prevê que compete às Câmaras de Coordenação e Revisão “manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”.

Assim, no âmbito do Ministério Público Federal, está hoje assentado que a função de revisão de promoção de arquivamento em matéria penal não mais compete ao Procurador-Geral da República, conforme se fazia à luz do art. 28 do CPP, mas compete à Câmara de Coordenação e Revisão em matéria penal, no caso a 2ª Câmara do MPF, salvo as hipóteses em que o PGR seja o promotor natural da ação penal⁶.

Pelas mesmas razões jurídicas que se conclui pela derrogação do art. 28 do CPP pelo art. 62, IV, da Lompu, no que se refere à matéria afeta à organização e às atribuições da instituição, há que se concluir pela derrogação do § 1º do art. 357 do CE, no que se refere à mesma matéria.

É de se anotar que, nos termos do art. 9º da Lei de Ação Civil Pública, que se aplica tanto aos Ministérios Públicos Estaduais quanto ao Ministério Público Federal, a promoção de arquivamento

⁶ Ver artigo de minha autoria intitulado: O artigo 28 do CPP e o artigo 62, IV, da LC 75/93 à luz do artigo 129, I, da CF. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília: ANPR, ano 3, n. 35, mar. 2001.

do inquérito civil público será reanalisada pelo Conselho Superior do Ministério Público. Diferentemente do que ocorria nos estados, à época da edição dessa lei, o Ministério Público Federal não dispunha de um Conselho Superior; assim, a reanálise da promoção de arquivamento no MPF dava-se pela Secretaria de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos, órgão previsto em regimento interno. Com a edição da LC n. 75/1993, não obstante agora criado o Conselho Superior do Ministério Público Federal, essa atribuição não passou a recair sobre o Conselho Superior (conforme prevê a Lei Nacional n. 7.347/1985 e se faz nos estados), mas passou a pertencer à Câmara de Revisão afeta à matéria, conforme dispõe a lei específica sobre a organização e as atribuições do MPF: LC n. 75/1993.

6 O denominado Ministério Público Eleitoral não constitui instituição independente, senão é uma das funções do Ministério Público, mais especificamente do Ministério Público Federal.

Com efeito, a LC n. 75/1993, em seus arts. 37, I, e 72 a 80, explicita que as funções atinentes à matéria eleitoral serão exercidas pelo Ministério Público Federal. Esses dispositivos da Lei Orgânica do Ministério Público da União estão em harmonia com a Constituição Federal, pois ela, em seu art. 128, I, diz que o Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A Constituição Federal não faz referência a Ministério Público Eleitoral, nem diz qual daqueles ramos do Ministério Público da União exercerá as funções relativas à matéria eleitoral (cuja jurisdição pertence à União). Daí por que, sob o aspecto formal, é plenamente válida a norma da Lei Orgânica do Ministério Público da União que insere entre as funções do Ministério Público Federal aquelas atinentes ao “Ministério Público Eleitoral”; e essa solução da Lei Orgânica do MPU é de evidente razoabilidade, pois desarrazoado seria conferir a função eleitoral ao Ministério Público do Trabalho, ou ao Ministério Público Militar, ou ao Ministério Público do Distrito Federal

e Territórios (considerando-se a especificidade da matéria afeta aos dois primeiros e a estatura do terceiro, equivalente aos Ministérios Públicos Estaduais).

Mas não é só. A LC n. 75/1993 dispôs de forma bastante minuciosa sobre as especificidades das funções ministeriais em matéria eleitoral (arts. 72 a 80), traçando, inclusive, normas quanto à sua peculiar estrutura, p. ex., aquelas relativas à titularidade da Procuradoria-Geral Eleitoral e respectivas funções, à designação do Vice-Procurador-Geral Eleitoral, dos Procuradores Regionais Eleitorais e dos Promotores Eleitorais, e respectivas funções.

Ou seja, naquilo que se entendeu por peculiar às funções de Ministério Público Eleitoral, especialmente quanto à sua estrutura e à divisão de atribuições, a Lei Orgânica do Ministério Público da União dispôs.

Nada disse, porém, quanto à função revisional do exercício da titularidade da ação penal eleitoral.

Assim, e ressaltando-se que as funções de Ministério Público Eleitoral, na concepção da LC n. 75/1993, são próprias do Ministério Público Federal, é de se concluir que, naquilo em que a LC n. 75/1993 não dispôs em sentido contrário, aplicam-se-lhe as normas gerais relativas ao Ministério Público Federal. Por consequência lógica e pela mesma razão que se atribui à Câmara Criminal do MPF a atribuição antes conferida (com base no art. 28 do CPP) ao Procurador-Geral da República, é de se concluir que recai sobre a Câmara a atribuição que o Código Eleitoral previu como pertencente ao Procurador Regional Eleitoral.

Além de a interpretação sistemática da Lompu com a norma contida no § 1º do art. 357 do CE levar à conclusão de que a função revisional do arquivamento da persecução penal eleitoral pertence à Câmara Revisional do MPF, existe também um fundamento de ordem principiológica a impor tal conclusão.

É o princípio (ao menos no âmbito do Ministério Público da União) segundo o qual a função revisional deve ser exercida por

órgão colegiado. Não há, na Lompu, a figura do órgão unipessoal revisor, no que se refere ao exercício das funções institucionais do Ministério Público; quanto a isso, a revisão se faz por Câmaras. É muito justificável que assim o seja. Com efeito, maior ainda do que acontece com a decisão pela não-promoção da ação civil pública são as conseqüências da decisão de não se ajuizar a ação penal pública. É que, com relação à primeira, existem outros entes, órgãos e instituições, públicos ou privados, legitimados a tanto; já com relação à ação penal pública, somente o Ministério Público está legitimado a emitir *juízo positivo prévio de processabilidade*. Ora, se o *juízo negativo de processabilidade* de competência do Judiciário (em benefício do indivíduo) está sujeito à revisão por um órgão colegiado do próprio Judiciário, o *juízo positivo prévio de processabilidade* (em benefício da sociedade), de competência exclusiva do Ministério Público, também deve estar sujeito à revisão por um órgão colegiado da instituição titular da ação, pois, em princípio, o órgão colegiado permite maior racionalidade, e objetividade, em tal controle, que o órgão unipessoal – no caso o Procurador Regional Eleitoral.

7 Já em se tratando de promoção de arquivamento pelo próprio Procurador Regional Eleitoral, o Código Eleitoral não prevê órgão no Ministério Público que exercerá a função revisional. Por outro lado, a LC n. 75/1993, conforme visto, também não prevê órgão específico, entre aqueles relacionados à matéria eleitoral, para exercer tal função. Ora, sendo as funções eleitorais adstritas ao Ministério Público Federal e considerando-se que, no âmbito dele e em matéria penal, cabe à Câmara a função revisional das promoções de arquivamento, exceto nos casos em que o Procurador-Geral da República é o promotor natural, conclui-se que recai sobre a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (no caso, a 2ª Câmara) a atribuição para proceder à revisão das promoções de arquivamento também do Procurador Regional Eleitoral, conforme a ela compete a função revisional relativamente aos Procuradores Regionais da República.

Entretanto, outra razão jurídica, de maior força, impõe essa conclusão. É que, conforme já dito, a Lei Orgânica estabeleceu

um sistema para se decidir, em última instância, sobre o exercício da titularidade da ação pelo Ministério Público; e esse sistema contempla órgãos colegiados, organizados sob a forma de câmaras de revisão, ou seja, a Lompu não apenas estabelece um sistema de revisão da promoção dos arquivamentos (quer se trate de ação civil, quer se trate de ação penal pública), mas também estabelece o sistema colegiado para essa função revisional. Não é razoável que apenas em matéria eleitoral, e somente quando essa matéria é afeta à atribuição do Procurador Regional Eleitoral, essa relevante decisão de não se promover a ação penal fique à margem de revisão, ou que essa revisão fique a cargo de um órgão unipessoal (e qual seria ele, já que, se se excluir a Câmara, não se encontra outra previsão na Lompu?).

Essa solução não colidiria apenas com a sistemática da Lei Orgânica do Ministério Público da União mas com o próprio sistema constitucional, que preconiza a impessoalidade dos atos públicos (art. 37); colidiria com nosso sistema jurídico uma eventual conclusão no sentido de que a promoção de arquivamento pelo Procurador Regional Eleitoral não está sujeita a qualquer controle que possibilite sua revisão, já que essa revisão (que implica *juízo positivo de processabilidade*) não poderá ser exercida pelo Judiciário. Escapando do controle revisional da Câmara a promoção de arquivamento da persecução penal formulado pelo Procurador Regional Eleitoral, essa decisão unipessoal de um agente público, de tamanha relevância jurídico-social, seria imutável, já que o órgão jurisdicional – no caso, o Tribunal Regional Eleitoral – não pode determinar ao membro do Ministério Público a apresentação da denúncia.

8 Conclui-se assim que:

1) O art. 28 do CPP e o § 1º do art. 357 do CE contêm normas de natureza propriamente processual (asseguradoras de garantia da indisponibilidade da ação penal pública, que se faz mediante a reanálise da promoção de arquivamento da persecução penal pelo membro promotor natural) e norma de natureza organizacional, quanto ao Ministério Público, que diz qual órgão do MP tem atribuição para proceder a tal revisão.

2) A persecução penal eleitoral está afeta à União e compete ao Ministério Público Federal efetivá-la nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/1993).

3) No âmbito do Ministério Público Eleitoral, compete à Câmara de Coordenação e Revisão (no caso, a 2ª Câmara) proceder à reanálise da promoção de arquivamento da persecução penal.

4) Pelos mesmos fundamentos que se tem por derogada a norma contida no art. 28 do CPP, pelo art. 62 da LC n. 75/1993, no que se refere à atribuição, no âmbito do MPF, para se proceder à análise da promoção de arquivamento da ação penal comum, deve-se ter por derogada a norma de igual natureza contida no § 1º do art. 357 do CE, concluindo-se, assim, pela atribuição da Câmara para exercer a função antes exercida pelo Procurador Regional Eleitoral.

5) Relativamente à revisão da promoção de arquivamento da persecução penal pelo Procurador Regional Eleitoral, não há previsão no CE nem na LC n. 75/1993. No entanto, considerando-se que o Procurador Regional Eleitoral é um membro do MPF e compete à Câmara a reanálise da promoção de arquivamento da persecução penal de todos os membros do MPF (excetuando-se, apenas, o Procurador-Geral da República), a promoção de arquivamento do Procurador Regional Eleitoral também está sujeita à revisão da Câmara. Ademais, em face do princípio constitucional da impessoalidade, não se pode interpretar norma legal que leve a incontabilidade de decisão unipessoal de um agente público, decisão esta de alta relevância jurídico-social, que é o arquivamento de uma persecução penal.

Referência

TEIXEIRA, Francisco Dias. O artigo 28 do CPP e o artigo 62, IV, da LC 75/93 à luz do artigo 129, I, da CF. *Boletim dos Procuradores da República*. Brasília: ANPR, ano 3, n. 35, mar. 2001.

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Política econômica e Estado

Giovani Clark*

As políticas econômicas ditadas pelo aparelho estatal possuem seus fins, objetivos e princípios esculpido pelos textos constitucionais em geral, inclusive pela Carta Magna brasileira de 1988, por intermédio da consagrada, doutrinariamente, Constituição Econômica. Ensina o eminente jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza (2005) a respeito daquela:

A presença de temas econômicos, quer esparsos em artigos isolados por todo o texto das constituições, quer localizados em um de seus “títulos” ou “capítulos”, vem sendo denominada “Constituição Econômica”.

Significa, portanto, que o assunto econômico assume sentido jurídico, ou se “juridiciza”, em grau constitucional¹.

As políticas econômicas podem ser desenvolvidas tanto pelos poderes públicos quanto pela iniciativa privada. Invariavelmente elas se interpenetram e sujeitam aos planos. No caso das efetuadas pelo Estado, são ações coordenadas, ditadas por normas jurídicas, em que os órgãos públicos atuam na vida econômica presente e futura, e automaticamente nas relações sociais, em busca, hipoteticamente, da efetivação dos comandos da Constituição Econômica. Em síntese, política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com menor esforço, diante de um quadro de carência de meios. É, ainda, uma das espécies do gênero políticas públicas.

Definindo-se, políticas públicas é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a

* Giovani Clark é professor da PUC/MG, doutor em Direito (UFMG) e membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico (<www.fbde.org.br>).

¹ SOUZA, 2005, p. 209.

alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes².

Inúmeras podem ser as ações tomadas pelos poderes públicos na órbita econômica, entre elas: compra e venda de moeda estrangeira; elevação ou redução dos tributos; ampliação do volume da moeda nacional na economia; edição de normas legais de remessa de lucros ao exterior, de repressão do poder econômico e de defesa do consumidor; emissão de títulos públicos no sistema financeiro, que consequentemente influenciarão nos juros a serem pagos pelo Estado.

E, ainda, podem significar: concessão de créditos subsidiados a setores econômicos; cessão de terras públicas ou redução de exigências burocráticas a fim de incentivar o turismo; realização de obras governamentais em prol do crescimento modernizante; criação de agências reguladoras produtoras de marcos legais regulatórios de mercado; abertura de empresas estatais fabricantes de bens e prestadoras de serviços, voltadas ao desenvolvimento sustentável etc.

Logicamente, as políticas econômicas estatais não podem ser analisadas isoladamente, fora de um contexto internacional, porque se sujeitam às influências do poder econômico transnacional, dos Estados desenvolvidos e comunitários, entes internacionais (Organização Mundial do Comércio, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial), sem excluir, contudo, a interdependência daquelas com as políticas econômicas do capital privado nacional. Inclusive, as democracias contemporâneas vêm sofrendo abalos pelos desvirtuamentos das atuações econômicas estatais diante do poderio do setor privado.

A profunda crise que as nossas democracias liberais atravessam, marcada nomeadamente pela perda de confiança das populações no mundo político e o enfraquecimento dos poderes públicos face aos poderes privados, em geral multinacionais, conduziram a um receio do interesse geral face aos interesses particulares³.

² DERANI, 2004, p. 22.

³ REMICHE, 1999, p. 284.

Durante a Guerra Fria, no século passado (1945 a 1990), impuseram na economia de mercado as políticas econômicas neoliberais de regulamentação, em que o Estado nacional transfigurou-se em social, realizando a sua atuação direta, por intermédio de empresa pública, sociedade de economia mista e fundações; ou indireta, por meio das normas legais de direito, no domínio econômico, em nome do desenvolvimento ou do crescimento.

Naqueles tempos de regulamentação, os capitais privados eram investidos internacionalmente na indústria de consumo, mas também na rendosa indústria armamentícia. Assim sendo, o poder econômico privado nacional e internacional precisava da ação estatal em setores de baixa lucratividade, de riscos financeiros ou carentes de investimentos tecnológicos, como as áreas de infra-estrutura (energia, estradas, água potável, telefonia) e social (educação, saúde, previdência), a fim de possibilitar o progresso da economia de mercado, refrear os movimentos sociais reivindicativos (dos trabalhadores, por exemplo) e remover o fantasma do socialismo. Dessa forma, norteavam-se as ações econômicas públicas reservando à iniciativa privada a ampliação de seus ganhos.

No fim do século XX e no início do século XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da Guerra Fria, de queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos do capital. Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação, transferindo serviços e atividades para a iniciativa privada (por meio de privatização e desestatização) agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da Guerra Fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado.

A partir da regulação, usada como único remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos

do poder”⁴, o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, por meio de normas legais (leis, decretos, portarias), assim como por intermédio das agências de regulação. Diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, indicadores de reajuste de preços etc.

Todavia, é prudente frisar que a técnica intervencionista de regulação permite a existência de algumas empresas estatais, em menor número, atuando no âmbito do mercado. Contudo, sem desempenhar o papel anterior e possuindo uma reduzida capacidade de ingerência na vida econômica.

Diante das discussões alimentadas por defensores de uma “regulação”, como forma de “modernidade” (traduzindo as predomínias mais acentuadamente liberais) do Neoliberalismo, ante a figura da regulamentação (que seria comprometida com as técnicas intervencionistas menos acentuadas naquele sentido), deparamos com um panorama de oscilações próprio dessa ideologia mista. Por considerá-las como forma de “ação”, admitiremos, no máximo, que se diferenciam pelo grau assumido na relação Estado–Sociedade, ou nas formas de Estado Máximo e Estado Mínimo. A menos que se trate de Estado Zero, absolutamente absentéista (já desviado para a ideologia do Anarquismo), os instrumentos jurídicos utilizados por ambos afastam-se da hipótese do funcionamento auto-regulador do mercado. Em caso de opção pelo livre funcionamento das forças do mercado, contra a “regulamentação” ou a “regulação” que as direcionaria, o fundamento haverá de ser baseado na “ordem natural” (introduzida na doutrina econômica pelos Fisiocratas), que leva à “força jurídica do fato”. Mesmo assim, o “fato” dela decorrente deveria ser “juridificado” para legitimar os “efeitos jurídicos da abstenção”, ou seja, da “omissão”.

⁴ FAORO, 2000.

Em caso contrário, deixaria de produzir efeitos indispensáveis ao seu reconhecimento nas relações sociais, mesmo em termos de direitos das partes em negociação nos mercados.

Os “objetivos” da “regulação”, portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da “intervenção”. De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absentismo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de “ação” do Estado [...]⁵.

Mais uma vez, as políticas econômicas públicas são modificadas pelas influências do capital privado. O próprio Estado nacional sofre mutações em seu poder de influenciar e gerir a vida social e econômica dos povos com a passagem do neoliberalismo de regulamentação para o de regulação. Os poderes públicos minimizaram suas forças naquelas áreas e o regramento socioeconômico passou, parcialmente, para os Estados comunitários, entes internacionais e empresas transnacionais.

Todavia, dentro de um pensamento dialético e ciente de que as Cartas Magnas foram alteradas em nome da regulação, no plano nacional as políticas econômicas estatais contemporâneas devem seguir, também, os ditames da Constituição a fim de possibilitar sua eficácia. Assim sendo, a participação dos movimentos consumeristas, sindicatos de trabalhadores, associações ambientalistas e entidades empresariais na elaboração, execução e contestação das normas de política econômica são primordiais na construção do Estado e da Democracia.

As complexidades sociais, os antagonismos de interesses e os ventos democráticos, dentro da sociedade pós-moderna, não permitem mais a produção de normas jurídicas estatais, principalmente as de Direito Econômico, formuladas unilateralmente pelos governantes e seus estafes burocráticos, sempre sujeitos às influências de

⁵ SOUZA, 2005, p. 331.

“invisíveis” grupos de pressões. Porém, em relação à democracia não podemos esquecer de seus limites na atualidade.

Naturalmente, a presença de elites no poder não elimina a diferença entre regimes democráticos e regimes autocráticos. Sabia disso inclusive Mosca, um conservador que se declarava liberal mas não democrático e que imaginou uma complexa tipologia das formas de governo com o objetivo de mostrar que, apesar de não eliminarem jamais as oligarquias no poder, as diversas formas de governo distinguem-se com base na sua diversa formação e organização. Mas desde que parti de uma definição predominantemente procedimental de democracia, não se pode esquecer que um dos impulsores desta interpretação, Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular [...] ⁶.

Não existe democracia participativa se os segmentos sociais organizados, e até mesmo os desorganizados, não construírem coletivamente os parâmetros legais das políticas econômicas ditas pelo Direito Econômico. É nesse ramo do Direito que viabilizamos o desenvolvimento sustentável, ou, apenas, o crescimento modernizante das Nações; ou, então, optamos pelo incremento do mercado exportador em detrimento do nacional; ou, ainda, abraçamos os desafios de equalizar a distribuição de renda, ante sua histórica concentração, principalmente nos Estados em fase de desenvolvimento. Enfim, é o Direito Econômico que possibilita a efetivação dos direitos sociais, culturais e econômicos no tecido social, essenciais dentro de um real Estado Democrático de Direito ou qualquer outro tipo de Estado.

O Direito Econômico dita o “dever-ser” para as atividades econômicas, já que impõe normas jurídicas de comportamento para os agentes econômicos que atuam nessa órbita, motivados pelo imperioso interesse de estancar suas múltiplas necessidades/carências, individuais e coletivas, diante da raridade de recursos. Por certo, o Direito Econômico tem como objeto a regulamentação das políti-

⁶ BOBBIO, 2004, p. 39.

cas econômicas dos agentes econômicos (empresas, Estados, indivíduos, organizações não-governamentais) no intuito de que todos, ou pelo menos a maioria, possam suprir suas necessidades [...] ⁷.

Apesar do poderio do capital privado e de sua influência forte na engrenagem produtiva e nos mercados de consumo dos Estados nacionais, devido à “globalização”, existe a possibilidade da formulação de políticas econômicas endógenas por parte daqueles Estados, distintas das engendradas pelo poder econômico internacional, a serem construídas pelos atores sociais nacionais, dentro dos diversos espaços internos de poder (parlamentos, conselhos, fóruns, câmaras setoriais, judiciário), e afirmadas no plano internacional, a fim de que as ditas políticas econômicas estatais não se afastem dos comandos das Constituições Econômicas e das carências socioeconômicas dos povos.

Globalização é um mito que exagera o peso e o alcance das forças econômicas de âmbito internacional. Os Estados nacionais, sobretudo nos países bem-sucedidos, não estão indefesos diante de processos econômicos “globais” incontroláveis ou irresistíveis.

Ao contrário do que sugere o fatalismo associado à ideologia da globalização, o desempenho das economias e o raio de manobra dos governos continuam a depender crucialmente de escolhas nacionais.

O fascínio da “globalização” é revelador do estado de prostração mental e desarmamento intelectual em que se encontram países como o Brasil. Para superá-lo, poderíamos começar por uma reavaliação do quadro externo e do papel dos Estados nacionais, desenvolvendo, sem inibições, a nossa própria concepção dos rumos que devem tomar as relações internacionais da economia brasileira ⁸.

Capitalismo e Estado sempre foram interdependentes. Aliás, como ensina Huberman (1986) o Estado atual foi formatado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascentes, em síntese do capitalismo, sobretudo no velho continente europeu.

⁷ CLARK, 2001, p. 7.

⁸ BATISTA JR., 2005, p. 52.

O mais rico é quem mais preocupa-se com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança.

Para quem se poderia voltar? Quem, na organização feudal, lhe poderia garantir a ordem e a segurança? No passado, a proteção era proporcionada pela nobreza, pelos senhores feudais. Mas fora contra as extorsões desses mesmos senhores que as cidades haviam lutado. Eram os exércitos feudais que pilhavam, destruíam e roubavam. Os soldados dos nobres, não recebendo pagamento regular pelos seus serviços, saqueavam cidades e roubavam tudo o que podiam levar. As lutas entre os senhores guerreiros freqüentemente representavam desgraça para a população local, qualquer que fosse o vencedor. Era a presença de senhores diferentes em diferentes lugares ao longo das estradas comerciais que tornava os negócios tão difíceis. Necessitava-se de uma autoridade central, um Estado nacional. Um poder supremo que pudesse colocar em ordem o caos feudal. Os velhos senhores já não podiam preencher sua função social. Sua época passara. Era chegado o momento oportuno para um poder central forte⁹.

Assim sendo, existe uma simbiose entre Estado e economia de mercado. Não existe esta última sem o primeiro. Por intermédio de inúmeras ações realizadas através dos tempos, o Estado ora dilata sua intervenção no domínio econômico, como no período das políticas econômicas mercantilistas, patrocinadas pelos Estados absolutistas do século XVII, ora a restringe, como nas políticas econômicas liberais construídas pelos Estados de Direito do século XIX.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito do século XXI age “contidamente” na vida econômica, por intermédio da política econômica de regulação, diferentemente dos tempos do Estado Social do século XX, em que aquela era chamada de regulamenta-

⁹ HUBERMAN, 1986, p. 70-71.

ção e a atuação pública foi mais aguda. Contudo, historicamente, o Estado sempre agiu na vida econômica de diferentes formas e intensidade.

No Brasil, logicamente, a realidade não foi distinta. A construção do modelo econômico exportador dependente é implementado pelo Estado, em conjunto com as elites e o poder econômico internacional, desde os idos do Brasil Imperial, como ensina o saudoso Faoro (2000). Todavia, tal modelo, incluindo suas políticas econômicas, fora arquitetado e também executado em nosso período colonial.

Em discurso pronunciado na comemoração dos dez anos do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial – Iedi, o empresário José Ermírio de Moraes Filho contou que estava sendo leiloado o original do célebre alvará emitido em 1785 pela rainha portuguesa D. Maria I, que restringiu severamente a instalação de indústria no Brasil. Por essa decisão, ficaram proibidas todas as manufaturas de fios, panos e bordados na colônia, com a única exceção de fazendas grossas de algodão que serviam para vestuário dos escravos ou para empregar em sacaria.

D. Maria I acabou entrando para a história com a Rainha Louca. Em 1785, contudo, ainda estava em plena forma, defendendo a ferro e fogo a aplicação do sistema colonial. O famoso decreto era uma reação ao desenvolvimento incipiente de algumas fábricas no Brasil. Ao substituir importações, essas fábricas brasileiras acarretavam prejuízos às indústrias de Portugal e às receitas do governo metropolitano, que auferia direitos alfandegários sobre a entrada no Brasil de produtos têxteis da Inglaterra e de outros países¹⁰.

A intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico sempre perdurou ao longo dos tempos, independentemente de possuímos uma economia eminentemente agrícola ou industrial, como demonstra o professor Alberto Venancio Filho¹¹. Infelizmente, o referido intervencionismo sempre teve como marca

¹⁰ BATISTA JR., 2005, p. 103.

¹¹ VENANCIO FILHO, 1998.

registrada, em suas raízes históricas, a supremacia dos interesses privados sobre os sociais e os públicos.

Considerando ainda que durante a vida colonial e todo império podemos perceber uma predominância do poder privado sobre o poder público teremos, então, o quadro das características do Estado brasileiro como moldura do exame da intervenção no domínio econômico¹².

Não tardou muito para o tema da ação do aparelho estatal na vida econômica e outros chegarem de forma clara e articulada nas Cartas Magnas. Era o nascimento formal da consagrada Constituição Econômica, que fixa o dever-ser para a vida econômica, ou seja, estabelece os parâmetros constitucionais para as políticas econômicas do Estado e dos particulares.

Todavia, apesar dos Textos Constitucionais anteriores tratarem de forma fragmentada do tema econômico, até o início do século XX, isso não significou a inexistência de legislação infra-constitucional sobre aquele. Aliás, pelo contrário, a partir da Revolução Industrial, versar sobre política econômica passou a ser uma constância. Até as próprias Cartas Magnas liberais possuíam suas Constituições Econômicas.

[...] A Constituição Econômica não é uma inovação do “constitucionalismo social” do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX.

Durante o liberalismo, a visão predominante era da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídicas e políticas, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade¹³.

¹² VENANCIO FILHO, 1998, p. 38.

¹³ BERCOVICI, 2005, p. 32.

As primeiras Cartas Políticas a possuírem uma Constituição Econômica articulada foram a mexicana de 1917 e a alemã de Weimar em 1919, seguindo os ventos dos Estados sociais, com suas políticas econômicas neoliberais de regulamentação. O primeiro Texto Constitucional brasileiro a marchar nessa linha foi o de 1934, por intermédio do título da Ordem Econômica e Social, continuada com as demais Cartas Políticas, inclusive a de 1988, por meio do capítulo da Ordem Econômica e Financeira¹⁴.

Portanto, nesses tempos atuais são explícitos os contornos constitucionais da política econômica, sejam dos poderes públicos ou privados, com fins, princípios e objetivos a serem efetivados. Assim sendo, é um poder-dever para os legisladores ordinários, membros do Executivo e do Judiciário, bem como para a sociedade civil, retirar a Constituição Econômica do universo imaginário do dever-ser e implantá-la na difícil e complexa realidade do ser.

Versar sobre as políticas econômicas públicas pelo viés da obediência da Carta Magna é de fundamental importância nesses tempos atuais, em que se questiona o papel do Estado na economia, valoriza-se a participação social e descobre-se a magnitude do poder econômico privado, por vezes bem superior ao público.

Um “governo paralelo” que passa por cima da sociedade civil é estabelecido pelas instituições financeiras internacionais (IFIs). Os países que não aceitam as “metas de desempenho” são colocados na lista negra.

Embora adotado em nome da “democracia” e do chamado “bom governo”, o PAE requer o reforço do aparato de segurança interna: a repressão política – em conluio com as elites do Terceiro Mundo – apóia um processo paralelo de “repressão econômica”.

O “bom governo” e a manutenção de eleições multipartidárias são condições adicionais impostas pelos doadores e credores. Todavia a própria natureza das reformas econômicas impede uma genuína democratização – isto é, sua implementação requer (contrariando o *espírito do liberalismo anglo-saxão*) invariavelmente o apoio do Exército

¹⁴ Arts. 170 a 192 da CF.

e Estado autoritário. O ajuste estrutural promove instituições falsas e uma democracia parlamentar fictícia, que, por sua vez, patrocina o processo de reestruturação econômica (CHOSSUDOVSKY, p. 28, grifos todos meus).

Em todo o Terceiro Mundo, a situação é de desespero social e falta de perspectivas para uma população empobrecida pelo jogo interativo das forças do mercado¹⁵.

No Brasil, nação em desenvolvimento, as políticas econômicas públicas são produzidas prevalentemente pela União, grande responsável constitucional por aquelas, e realizadas em nome da coletividade, com o minguido dinheiro de nossos sacrificados contribuintes. Isso no intuito de efetivar, no cenário da realidade social, as imposições da atual Carta Magna de democracia participativa, justiça distributiva e soberania nacional. Infelizmente, as citadas imposições não são alçadas por diversos motivos, entre outros a concentração dos poderes de legislar nas mãos da esfera central do poder.

A Constituição de 1988, apesar de ter ampliado as competências e os poderes dos Municípios e dos Estados-Membros, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, com o seu “federalismo nominal” (SILVA, 1999), não o fez de modo suficiente para possibilitar a real autonomia daqueles em relação ao Poder Central.

A autonomia fica limitada, sobretudo, devido à dependência econômica dos Estados-Membros e Municípios em relação à União, em virtude das parcas receitas tributárias, pelas práticas demagógicas e antidemocráticas nas relações entre as instâncias de poder territorial e os governados, pelas políticas econômicas da União que destroem as finanças e a capacidade de execução de políticas públicas próprias por parte dos Municípios e Estados-Membros, pela efetiva falta de participação dos cidadãos nas decisões, devido à inexistência de instâncias alternativas de poder, e ainda, pelas restritas competências legislativas¹⁶.

¹⁵ DINIZ, 2005, p. 43.

¹⁶ CLARK, 2001, p. 87.

Na verdade, o Brasil e os Estados em desenvolvimento possuem uma realidade socioeconômica caótica e perversa à maioria do tecido social, promovida pelas “políticas econômicas genocidas”¹⁷, orquestradas pelas elites nacionais e estrangeiras, em nome da ditadura do mercado e da democracia do dinheiro. As políticas econômicas de regulação são distanciadas dos compromissos sociais e econômicos ditados pelas Constituições Econômicas, além de reforçarem, em bases pós-modernas, o antigo colonialismo.

Aquelas são esculpidas e impingidas, a ferro e a fogo, pelos donos do capital, multiplicando seus lucros, em uma disputa desigual entre as classes nos variados espaços sociais de poder. Contudo, a organização das forças sociais e o planejamento democrático poderão nos ajudar a engendrar caminhos para a extinção dos ciclos viciosos de ilegalidades, explorações e mortes.

Referências

BATISTA JR., Paulo Nogueira. *A economia como ela é*. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2005. 441 p.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005. 190 p.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. 207 p.

CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 266 p.

———. O genocídio econômico. *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, Brasília, n. 1, ano 16, p. 45-49, jan. 2004.

DINIZ, Arthur José Almeida. Direito internacional público em crise. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 46, p. 38-53, jan./jun. 2005.

¹⁷ CLARK, 2004.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. 2 v. 750 p.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. 313 p.

REMICHE, Bernard et al. Direito económico, mercado e interesse geral. Tradução Jorge Pinheiro. In: *Filosofia do direito e direito económico*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 281–288.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito económico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. 603 p.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio económico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 607 p.

Subsídios e direitos adquiridos

Sebastião Vieira Caixeta*

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução remuneratória dos agentes políticos. 3 Julgamento do MS n. 24.875. 4 Regime jurídico e direitos adquiridos. 5 Subsídios e direitos adquiridos. 6 Irredutibilidade remuneratória. 7 Conclusão.

1 Introdução

A implementação dos subsídios dos agentes políticos tem gerado sérias perplexidades e controvérsias. As dúvidas sobre quais as verbas do regime anterior que, não obstante a redação do art. 39, § 4º, da Constituição da República, coexistem no novo paradigma, de subsídio como parcela única, produzem disputas judiciais e questionamentos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A respeito, o CNJ editou as Resoluções n. 13 e 14. O CNMP está na iminência de disciplinar a matéria.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal também tratou parcialmente do tema no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.875, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, deferindo, parcialmente, a segurança aos ministros aposentados Djaci Alves Falcão e outros.

Dados os parâmetros delineados pelo STF e pelo CNJ, talvez o problema mais relevante e candente que remanesce para ser resolvido seja o pertinente aos direitos adquiridos ante o novo regime implantado.

* Sebastião Vieira Caixeta é especialista em Direito e Processo do Trabalho; professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

A questão das vantagens pessoais, que o STF expressamente reconheceu subsistirem no regime do subsídio, atormenta operadores do direito e, principalmente, servidores que anseiam pelo correto equacionamento do tema, à luz dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e aos direitos incorporados ao patrimônio jurídico individual.

Muitas interpretações têm invocado a firme jurisprudência da Excelsa Corte e dos demais tribunais pátrios no sentido da ausência de direito adquirido a regime jurídico para solapar parcelas historicamente pagas como vantagens pessoais, dando alcance indevido a tal entendimento.

Neste estudo analisaremos essas questões com a finalidade de contribuir para a correta percepção do tema, à luz dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. Para facilitar a compreensão, iniciaremos pela evolução remuneratória dos agentes políticos a partir da Carta de 1988, passando pela análise da decisão tomada no MS n. 24.875 e da jurisprudência relativa à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, até chegar propriamente ao tema direitos adquiridos e irredutibilidade remuneratória.

2 Evolução remuneratória dos agentes políticos

A Constituição Federal de 1988, na sua redação original, estabeleceu limites máximos de remuneração diferenciados para os três poderes e também para as esferas de governo¹.

¹ Art. 37, XI: “a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”.

Intentou o legislador constituinte originário estabelecer limites máximos que não poderiam ser excedidos, nem mesmo sob a alegação de direito adquirido, consoante expressamente determinou no art. 17, *caput*, do ADCT².

Dessa forma, quaisquer valores que estivessem sendo percebidos além dos limites estabelecidos pelo art. 37, XI, da Carta de 1988 foram reduzidos imediatamente, não se admitindo, nesse caso, a invocação de direito adquirido.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando tais normas em conjunto com o art. 39, § 1º, da Carta na redação original, entendeu que não se incluíam no teto “as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho”, no julgamento da ADI 14/DF, Pleno, ministro Célio Borja, *DJU* de 1º dez. 1989, p. 17759:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Federal n. 7.721, de 6 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal – “computados os adicionais por tempo de serviço” – a remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, par. 1º, “in fine”, da Constituição, que sujeita a tal limite apenas os “vencimentos”, excluídas as vantagens “pessoais”. Compatibilidade do conceito de “vencimentos” estabelecidos na Lei Complementar n. 35/79 e em outros artigos da Lei Maior com a exegese do aludido dispositivo constitucional. Procedência parcial da ação para declarar inconstitucionais as expressões “[...] e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço) [...]”, constante do par. 2º, art. 2º, da Lei n. 7.721/89.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 trouxe relevantes modificações nesse sistema. Em primeiro lugar, instituiu como

² “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

teto único o subsídio mensal pago, em espécie, aos ministros do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação ao art. 37, XI, da Carta Política³.

A Emenda ainda introduziu a remuneração por intermédio de subsídio, que consiste em parcela única, vedado o acréscimo de quaisquer outras parcelas remuneratórias, conforme a nova redação conferida ao art. 39, § 4º, da Constituição Federal⁴.

O art. 29 da Emenda determinava a adequação dos valores percebidos à guisa de remuneração ao teto único fixado, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título⁵.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Emenda Constitucional n. 19/1998, entendeu não serem

auto-aplicáveis as normas dos artigos 37, XI, e 39, § 4º, da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, *porque* a fixação de subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal – *que servirá de teto* –, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional n. 19, *depende de lei formal* (STF, Pleno, Sessão Administrativa de 24.6.1998, Ata da 3ª Sessão Administrativa – grifos do original).

³ “[...] a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

⁴ “O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.”

⁵ “Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.”

O art. 37, XI, da Constituição foi novamente modificado, agora pela Emenda Constitucional n. 41/2003, passando a ter a seguinte redação:

a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

O art. 8º dessa Emenda estabeleceu o teto provisório do serviço público, definido pelo Supremo Tribunal Federal em R\$ 19.115,19 (STF, Pleno, Sessão Administrativa de 5.2.2005), equivalente ao valor da maior remuneração dos Ministros daquela Corte⁶.

⁶ “Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos” [grifamos].

O art. 9º, por sua vez, pretendeu aplicar o art. 17 do ADCT à sistemática remuneratória modificada⁷.

Os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que correspondem ao teto do serviço público, e do Procurador-Geral da República foram fixados, respectivamente, pelas Leis n. 11.143/2005 e 11.144/2005. Com a publicação das referidas leis, estabeleceram-se os subsídios dos Membros da Magistratura e do Ministério Público da União em parcela única, conforme determina o art. 39, § 4º, da Constituição.

3 Julgamento do MS n. 24.875

Como se sabe, no último dia 11 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do MS n. 24.875, impetrado por ministros aposentados daquela Corte, deferindo, em parte e por maioria, a segurança, para admitir a permanência, no caso concreto, da vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990, até que o valor correspondente seja absorvido pelo subsídio. No dia 9 de março de 2006, o Tribunal, por unanimidade de votos, já havia rejeitado o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo “pessoais”, inserido no inciso XI do art. 37 da Constituição, na redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional n. 41/2003, e da expressão “e da parcela recebida em razão de tempo de serviço”, contida no art. 8º da referida emenda.

Nesse julgamento o STF definiu algumas premissas em matéria de remuneração da Magistratura, que terão reflexos na aplicação da Lei do Ministério Público, ante a paridade de tratamento em matéria de remuneração ratificada pela Emenda Constitucional n. 45.

⁷ “Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

A primeira premissa revela a extinção do Adicional de Tempo de Serviço (ATS) sob a fundamentação de sua absorção pelo subsídio. Restou claro que o STF entendeu, por unanimidade, que ficaram absorvidos pelo subsídio o vencimento básico, as verbas de representação e o adicional de tempo de serviço, nos exatos termos do art. 8º da Emenda Constitucional n. 41, cuja constitucionalidade foi confirmada nesse julgamento.

A segunda é a necessidade de respeito absoluto ao teto remuneratório decorrente da fixação do subsídio, somente admitindo-se sua extrapolação em respeito à garantia da irredutibilidade nominal de remuneração e às parcelas que não são com ele cotejadas, como, por exemplo, as verbas indenizatórias.

A terceira – e de extraordinária relevância para o tema em tela – é o reconhecimento expresso pelo STF, pela unanimidade de seus Ministros, da coexistência das vantagens pessoais com os subsídios.

O próprio ministro relator, Sepúlveda Pertence, acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Celso de Mello, reconheceu a manutenção do acréscimo de 20% sobre os proventos de aposentadoria a título, evidentemente, de vantagem pessoal. O ministro Ricardo Lewandowski, ao desempatar a votação, também acompanhou esse entendimento.

Além do voto do ministro Marco Aurélio, que foi enfático na defesa dos direitos adquiridos, vão na mesma linha os votos dos ministros Eros Grau, Carlos Britto, César Peluso e Nelson Jobim, que acompanharam a tese defendida pelo ministro Joaquim Barbosa, que não rechaça o direito adquirido como vantagens pessoais, ao contrário, reconhece-o explicitamente mas limitado ao teto. Ressalta Sua Excelência:

deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, do direito adquirido a uma remuneração que ultrapasse o limite do que o país considera como remuneração justa para a função pública⁸.

⁸ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CO_DIGO=182375>. Acesso em: 30 maio 2006.

É imprescindível destacar, ainda, que o STF não afastou a possibilidade de reconhecer-se direito adquirido ante o regime do subsídio, ao contrário, sinalizou no sentido inverso. Conquanto a tônica do voto vencedor do ministro Sepúlveda Pertence, relator, seja no sentido de reconhecer somente direitos adquiridos de matriz constitucional – enfoque, além de inovador, destoante da doutrina dominante, como admite o próprio –, o cerne da discussão levava em conta a ponderação com a instituição do próprio teto constitucional pelas Emendas Constitucionais n. 19 e 41, que foram promulgadas com o declarado intuito de modificar a jurisprudência do STF firmada no julgamento da ADI n. 14, em que se excluía do teto as vantagens pessoais. Frise-se, por oportuno, que, de qualquer sorte, a tese defendida pelo ministro Sepúlveda Pertence somente alcançou a maioria com a soma, pelo critério médio, do voto do ministro Marco Aurélio, que adotou o entendimento diametralmente oposto – reconhecimento amplo do direito adquirido.

4 Regime jurídico e direitos adquiridos

Com freqüência, vêm-se pronunciamentos invocando a jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico como justificativa para solapar parcelas legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico dos servidores. Mais recentemente, tivemos o voto do ministro Ricardo Lewandowski, desempatando o MS n. 24.875, que reafirma a tese⁹.

Tal jurisprudência, no entanto, não milita em desfavor das vantagens legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico individual, ao revés, explica e fortalece a tese do direito adquirido. E não afasta a percepção das vantagens pessoais no novo regime dos subsídios.

Sem dúvida o art. 39, § 4º, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, instituiu novo regime

⁹ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ms24875.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2006.

remuneratório para os membros de poder e agentes políticos, consubstanciado nos subsídios como parcela única.

Todavia, quando passou a vigorar, a lei de fixação dos subsídios encontrou situações jurídicas definitivas decorrentes de atos jurídicos perfeitos, cristalizados de acordo com a legislação então vigente, constituindo-se, portanto, direitos adquiridos.

Como é curial, a lei, inclusive a Emenda Constitucional, vige para o futuro, não podendo retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. A normatividade das emendas (e das leis) já nasce etiquetada com o timbre do “doravante”, e jamais com o timbre do “desde sempre”¹⁰.

A função específica da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Trata-se de garantia ocupada com os efeitos concretos da lei. Não se destina a inibir a evolução da legislação, a modificação ou a revogação das leis preexistentes, mas a fazer perdurar os efeitos individuais e concretos da lei alterada ou suprimida mais vantajosa na nova ordem legal. Direitos adquiridos são direitos subjetivos estabilizados no patrimônio jurídico individual e protegidos da aplicação da lei nova. Não são direitos vocacionados a impedir a inovação abstrata da lei. Na verdade, a garantia do direito adquirido pressupõe, como condição para ser aplicada, a efetiva ocorrência de processos de reforma legislativa. Se não há sucessão legislativa, modificação da norma jurídica anterior por norma superveniente mais gravosa, a garantia não tem oportunidade de incidir¹¹.

Portanto, da mudança do regime jurídico é que surge o direito adquirido. Desse modo, como bem adverte o ministro Carlos Ayres Britto,

ainda que se afirme a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, não se pode negar esta verdade: há direito adquirido em

¹⁰ BRITTO; PONTES FILHO, 1996.

¹¹ MODESTO, [s.d.].

qualquer regime jurídico, no interior dele. Seja o celetista, seja o estatutário¹².

A propósito, confira-se novamente o ensinamento de Paulo Modesto¹³:

Essa orientação doutrinária e jurisprudencial, específica quanto ao tema da revisão do regime jurídico do servidor público, não impede a consolidação de vantagens ou a formação de direitos adquiridos frente a inovação legislativa na relação do servidor com o Estado.

Além das vantagens consumadas, isto é, aquelas que produziram no patrimônio individual todos os efeitos de que eram susceptíveis no tempo (ex., férias gozadas), dos *facta praeterita*, como as gratificações devidas *pro labore facto*, a exemplo da gratificação por substituição em cargo em comissão, anteriormente vencida mas eventualmente ainda não paga, é reconhecida a possibilidade de constituição de direitos adquiridos face à lei quando na situação jurídica individual o fato aquisitivo já tenha decorrido por inteiro sem que tenham se exaurido os seus efeitos, a exemplo do direito à qualificação de certo tempo como tempo de serviço público (STF, RE n. 82.881, rel. min. Eloy da Rocha, j. em 5.5.1976) e do direito ao cálculo dos proventos em conformidade com a lei vigente ao tempo em que o servidor preencheu os requisitos para a aposentadoria (STF, RE n. 92.638, rel. min. Moreira Alves, RDA n. 145/56, j. em 6.7.1980).

É o que se dá em relação às vantagens pessoais, por exemplo, relativas à incorporação de gratificação de chefia, direção ou assessoramento (quintos/décimos) e à vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990 (há norma equivalente no art. 232, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/1993).

Temos aí típicas vantagens pessoais de regimes revogados, que foram legitimamente incorporadas ao patrimônio jurídico de membros da Magistratura e do Ministério Público e cujos efeitos

¹² Aparte ao voto vencido do ministro Marco Aurélio na ADI n. 3.105. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/29954,1>>. Acesso em: 30 maio 2006.

¹³ Loc. cit.

subsistem no regime do subsídio, devendo a parcela correspondente somar-se a este. Não se quer o prosseguimento ou o direito adquirido ao regime revogado, mas tão-somente a preservação dos seus efeitos.

Esclarecedora é a lição de Alexandre de Moraes¹⁴ sobre o tema:

[...] A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência, não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas.

Como bem ressaltado por Hugo Nigro Mazzilli, os precedentes do STF sobre inexistência de direito adquirido e emendas constitucionais diziam respeito a pretensa existência de direito adquirido contra a imutabilidade de regime jurídico do servidor, concluindo o referido autor que “ora, não se admitindo direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, obviamente tanto o poder constituinte originário como o derivado podem o alterar livremente, respeitados, neste último caso, apenas os efeitos válidos já consumados sob a ordem jurídica anterior”. Assim, por exemplo, um servidor público que tenha ingressado na carreira sob a vigência de determinado regime jurídico que lhe garantisse a percepção de quinquênios, ou seja, acréscimo à sua remuneração de determinada verba, como adicional por tempo de serviço, a cada 5 anos, após 10 anos de efetivo serviço terá adquirido pelo transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*) direito a integralização ao seu patrimônio desses dois quinquênios. Se, futuramente, houver alteração no regime jurídico regente da carreira desse servidor público, ele não mais fará jus à aquisição de novos quinquênios a cada 5 anos de efetivo serviço, em face do posicionamento da Corte Suprema pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico; porém, em relação aos valores equivalentes aos dois quinquênios incorporados aos

¹⁴ MORAES, 2000, p. 352-353.

seus vencimentos, já se constituiu direito adquirido uma vez que já se haviam completado os requisitos legais e de fato para a integralização patrimonial. Como observa Carlos Maximiliano, “se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.

Portanto, em relação à situação ora tratada, afirma Hugo Mazzilli que, “havendo direito adquirido, o poder de emenda à CF e a ordem infraconstitucional devem-lhe respeito”.

Dessa forma, nenhum servidor público poderá, a partir da regulamentação da EC n. 19/98, adquirir qualquer vantagem pessoal ou de qualquer outra natureza, nos termos da nova redação do inciso XI, do art. 37, que exceda ao teto salarial do funcionalismo público, correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente será o tratamento jurídico-constitucional dos servidores públicos que já têm incorporadas ao seu patrimônio vantagens pessoais juridicamente reconhecidas. Em relação a esses, não haverá possibilidade de retroatividade do presente art. 29, continuando os mesmos a perceberem integralmente seus vencimentos, em face da existência do direito adquirido e a impossibilidade de reconhecer-se uma retroatividade que desconstitua uma situação jurídica perfeita e acabada, consolidada na vigência da norma constitucional originária anterior, acarretando irregular irredutibilidade de vencimentos, devidamente incorporados ao patrimônio.

De outra parte, não se desconhece a jurisprudência do STF autorizadora da modificação dos critérios modulatórios de remuneração. Isso sempre foi feito pela Administração, mas tendo em vista, ordinariamente, os vencimentos, tidos como a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação (Lei n. 8.852/1994, art. 1º, II). Essas modificações, normalmente, preservam as vantagens pessoais. Quando não, há expresse registro da extinção da parcela, preservada, em todos casos, a garantia da irredutibilidade nominal.

No sistema remuneratório da Magistratura e do Ministério Público da União temos exemplo recente nesse sentido. As Leis

n. 10.474/2002 (art. 1º, § 3º) e 10.477/2002 (art. 1º, § 4º), dispondo, respectivamente, sobre a então nova remuneração para a Magistratura e para o Ministério Público da União, determinaram que a remuneração delas decorrentes incluísse e absorvesse *todos e quaisquer reajustes remuneratórios percebidos ou incorporados*, a qualquer título, por decisão administrativa ou judicial, até a data da publicação.

Como nada disseram das vantagens pessoais relativas aos quintos/décimos ou à vantagem decorrente da aposentadoria, magistrados e membros do Ministério Público seguiram percebendo tais direitos.

No regime do subsídio, como determinado pelo art. 8º da Emenda Constitucional n. 41 e confirmado, de forma didática, no julgamento do STF no MS n. 24.875, foram extintos e absorvidos, expressamente, os vencimentos (ou seja, a retribuição pelo exercício/cargo), a representação mensal e a parcela recebida em razão de tempo de serviço, tão-somente.

Subsistem, pois, os direitos adquiridos, licitamente agregados ao patrimônio jurídico de Juízes e Membros do MP, coexistindo com o regime jurídico dos subsídios.

5 Subsídios e direitos adquiridos

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXVI, enuncia: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ensinam-nos Carlos Ayres Britto, ora emprestando seu brilho à Excelsa Corte, e Valmir Pontes Filho que os direitos adquiridos são manifestação do princípio maior da segurança jurídica¹⁵.

José Afonso da Silva, em parecer encomendado pela Amperj e AMB, sintetiza o ensinamento sobre esses institutos:

¹⁵ BRITTO; PONTES FILHO, 1996.

Ou seja, se o direito subjetivo não foi exercido, vindo lei ou emenda constitucional nova, ele se transforma em direito adquirido, porque já incorporado no patrimônio do titular. Se, porém, o direito subjetivo já foi exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica definitivamente constituída (direito satisfeito, direito realizado, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Exemplo, quem tinha o direito de aposentar-se, aposentou-se, seu direito foi exercido, consumou-se; lei nova ou emenda constitucional nova não tem o poder de desfazer o direito assim exercido; não pode desaposentar o aposentado nem pode retirar os efeitos jurídicos da aposentadoria já consumada, só porque estabeleceu regras diferentes para ela. Aqui o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular *com força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado*.

Tais garantias constituem-se cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c o art. 5º, XXXVI) insuscetíveis de afastamento até mesmo por emenda constitucional, como já decidiu a Suprema Corte na ADI n. 939/DF, Plenário, min. Sydney Sanches, *DJU* de 18 mar. 1994, p. 5165 (no mesmo sentido: ADI n. 829/DF, Pleno, min. Moreira Alves, *DJU* de 16 set. 1994, p. 24278). Mais recentemente, no multicitado julgamento do MS n. 24.875, o STF reafirmou a possibilidade de confrontar direitos adquiridos com Emenda Constitucional, no caso a de número 41.

A imutabilidade alcança tanto a garantia abstrata dos direitos adquiridos, ou seja, a previsão do art. 5º, XXXVI, como os próprios e concretos direitos individuais que são qualificados com o adjetivo adquirido.

É verdade que a Emenda Constitucional n. 41/2003, no art. 9º, mandou aplicar o disposto no art. 17 do ADCT

aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Porém, como reconhecido no julgamento do MS n. 24.875, não é possível restaurar a eficácia desse dispositivo transitório que se exauriu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, fazendo com que os valores percebidos acima dos limites então estabelecidos pelo legislador constituinte originário fossem reduzidos. O que quer a Emenda Constitucional n. 41/2003 agora é afrontar o preceito fundamental do direito adquirido, cláusula pétrea, que não pode ser excetuado nem mesmo por dupla Emenda Constitucional.

José Afonso da Silva, corroborando a doutrina hoje corrente, ensina (parecer mencionado, p. 16-17, grifamos):

18. O art. 5º, XXXVI, como visto acima (n. 10), estatui que a lei não poderá prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ninguém duvida de que, embora fale em lei, a garantia constitui também limitação ao poder de emenda: poder constituinte derivado, por ser uma forma de poder constituído ou instituído, é poder regrado, condicionado e limitado. Nada mais é do que uma competência instituída, na Constituição, para a produção de *normas constitucionais derivadas*, de acordo e dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição. Disso decorre que se trata de um poder limitado por via de normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar-se sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade, como outras normas jurídicas. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma constitucional configura *limitações formais*. Além dessas limitações que são da essência do sistema, assinalam-se outras específicas que a doutrina costuma distribuir em três grupos: *temporais*, *circunstanciais* e *materiais* (explícitas e implícitas). Aqui só interessam as limitações

materiais explícitas, porque aqui é que se situam os fundamentos das conclusões a que chegaremos neste parecer. *Pois, entre as cláusulas imodificáveis por reforma constitucional, o art. 60, § 4º, da Constituição vigente, está a vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (inc. IV).*

19. Antes dessa norma não era raro encontrarem-se afirmativas no sentido de não haver direito adquirido contra norma constitucional sem nenhuma distinção. Era uma doutrina pertinente ao poder constituinte originário, mas, se antes se poderia ter dúvidas de que o direito adquirido limitava o poder constituinte derivado, essas dúvidas não podem mais prevalecer em face da vedação, hoje expressa, de apresentação de propostas de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais. E ninguém duvida de que se configura como uma típica garantia individual a regra constante do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual a *lei não pode prejudicar o direito adquirido*. O argumento é irretorquível, como um entimema: *a reforma constitucional não pode abolir direito adquirido porque se trata de uma garantia individual*. Ou se quiser em forma de um silogismo: *a reforma constitucional não pode abolir direitos e garantias individuais; o direito adquirido é uma garantia individual expressa no art. 5º, XXXVI; logo, a reforma constitucional não pode abolir o direito adquirido*. Ou ainda, por outra forma: *os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional*.

No mesmo sentido Alexandre de Moraes¹⁶:

Note-se que a alterabilidade constitucional, embora possa traduzir-se na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre deverá conservar um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário idealizado pelo legislador originário. Nelson Sampaio, citando Cooley, afirma que “as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias; elas devem estar em harmonia com o corpo do documento”. Não é outro o entendimento exposto por Carl Schmitt, ao afirmar que a possibilidade da Constituição ser reformada, não “quer dizer que

¹⁶ MORAES, 2000, p. 348-349.

as decisões políticas fundamentais que integram a substância da Constituição possam ser suprimidas e substituídas por outras quaisquer pelo Parlamento”.

[...] Ressalte-se que a Emenda Constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição (cf. Capítulo 11, item 4).

E conclui o eminente autor na edição já atualizada com a Emenda Constitucional n. 47/2005¹⁷:

Uma das regras obrigatórias para o Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado reformador é a observância das chamadas *cláusulas pétreas*, verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional e, dentre elas, os chamados *direitos e garantias individuais* (CF, art. 60, § 4º, IV).

Os direitos e garantias individuais [entre eles o direito adquirido], portanto, constituem um núcleo intangível da Constituição Federal, no sentido de preservação da própria identidade da Carta Magna, impedindo sua destruição ou enfraquecimento.

O entendimento da doutrina encontra ressonância no Supremo Tribunal Federal:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. *Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). [ADI n. 939/DF, Plenário, min. Sydney Sanches, DJU de 18 mar. 1994, p. 5165, grifamos. No mesmo sentido: ADI n. 829/DF, Pleno, min. Moreira Alves, DJU de 16 set. 1994, p. 24278].*

¹⁷ MORAES, 2005, p. 369.

Portanto, a instituição do subsídio em parcela única não pode afastar as vantagens regular e licitamente incorporadas ao patrimônio jurídico dos membros do Ministério Público e da Magistratura.

Tal impossibilidade é ainda mais flagrante em relação às que, nos termos do julgamento da ADI n. 14, estavam imunes ao teto definido na redação original da Carta de 1988, como as vantagens pessoais decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

Ademais, o escalonamento decorrente da instituição do subsídio para as categorias funcionais abaixo do Procurador-Geral da República e dos Ministros do STF não se confunde com subtetos. A parcela única para os cargos iniciais da carreira, por exemplo, não faz coincidir a noção de piso e teto intermediário. Ao contrário disso, o art. 37, XI, da Constituição – o que foi corroborado no julgamento do MS n. 24.875 – prevê expressamente a coexistência do subsídio, parcela única, com vantagens pessoais, ao dispor:

a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos [grifamos].

Portanto, a fixação do teto no patamar do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal permite que os agentes

públicos, incluindo os membros da Magistratura e do Ministério Público, continuem percebendo as chamadas vantagens pessoais pelo menos até o teto.

Esse é o entendimento da doutrina constitucional brasileira, coligido no parecer supracitado do professor José Afonso da Silva. É também a conclusão que se colhe do mestre Alexandre de Moraes, eminente Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça¹⁸:

Em conclusão, entendemos inadmissível qualquer interpretação seja da EC n. 19/98 seja da EC n. 41/03 que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus vencimentos, e conseqüentemente, integrantes definitivamente em seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função ou pelo transcurso do tempo, como por exemplo anuênios ou quinquênios. Irrefutável a argumentação do saudoso Hely Lopes Meirelles, quando afirma que “vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo (ex facto temporis)”.

Em relação a essas vantagens, consubstanciou-se o fator aquisitivo, configurando-se a existência de direito adquirido, pois, conforme salienta Limongi França, “a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo”. *Ora, aqueles que, de forma lícita e reconhecida juridicamente, tenham seus vencimentos atuais superiores ao futuro teto salarial do funcionalismo, previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, pela EC n. 41/03 – auto-aplicável, em face do art. 8º da citada emenda, conforme já analisado –, e correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, [...], de forma alguma poderão sofrer redução salarial, sob pena de flagrante desrespeito à proteção aos direitos adquiridos [grifamos].*

É imprescindível notar que a Emenda Constitucional n. 19/1998 instituiu o subsídio para os agentes políticos, que constituem o patamar mais elevado da Administração Pública. Esses, como os demais servidores públicos, estão submetidos ao teto

¹⁸ MORAES, 2005, p. 366.

remuneratório instituído pelo art. 37, XI, da Carta Magna e são remunerados por parcela única. Ocorre que a preservação das vantagens pessoais somente para os servidores públicos não remunerados por subsídio, o que se admite só para argumentar, faria com que houvesse uma subversão da normal organização administrativa, permitindo que tais servidores fossem remunerados até o teto, mas Magistrados e Membros do Ministério Público percebessem somente a parcela única decorrente do escalonamento determinado pelo art. 93, V, da Constituição. Tal aplicação literal do art. 39, § 4º, da Carta seria por demais iníqua e contrária ao sistema de organização administrativa.

6 Irredutibilidade remuneratória

A Constituição, nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, *c*, ao instituir a garantia de irredutibilidade remuneratória, veda a diminuição nominal dos valores lícitamente recebidos.

Como antes mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal, já na vigência da atual Constituição, definiu que as vantagens pessoais, como o adicional de tempo de serviço e incorporação de quintos/décimos, não se incluíam no teto então estabelecido (ADI n. 14/DF, Pleno, ministro Célio Borja, *DJU* de 1º dez. 1989, acima transcrito).

Dessa forma, como o princípio constitucional da irredutibilidade dos estipêndios funcionais consta do rol dos direitos e garantias individuais, que são imunes a modificações, é indevido o abate-teto dos valores que vinham sendo legitimamente percebidos.

Mesmo se reafirmando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há direito adquirido a regime jurídico, impossível afastar-se a regra da irredutibilidade, que serve de baliza à vigência no novo paradigma. Esse é o sentido da lição do eminente professor Alexandre de Moraes¹⁹:

¹⁹ MORAES, 2005, p. 891-892, grifos nossos.

O alcance dessa garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos foi definido pelo STF, que estabeleceu tratar-se de cláusula que “veda a redução do que se tem”; não podendo, portanto, o quantum remuneratório sofrer redução.

Ressaltamos, inclusive, que, mesmo que não haja direito adquirido do servidor público aos critérios legais de fixação do valor de sua remuneração, *eventual alteração ou redução das parcelas que a compõem, não poderão desrespeitar o princípio da irredutibilidade, sendo proibida a diminuição do valor da remuneração em sua totalidade.*

José Afonso da Silva, no parecer supramencionado (p. 11-12), demonstra o posicionamento sedimentado da Suprema Corte sobre o tema:

O Supremo Tribunal Federal tem reiterado em diversos pronunciamentos que a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos proíbe que estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato do Poder Público, em seu valor nominal (cf. ADIn n. 1.396-3-SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, *DJU* de 7 ago. 1998). “Esta Corte, pronunciando-se sobre o alcance da cláusula constitucional da irredutibilidade de vencimentos, deixou assentado que o princípio em questão ‘veda a redução do que se tem’” (RTJ n. 104/80, Rel. Min. Moreira Alves). O Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamentalmente enfatizou que “[...] a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos [...] torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido [...]” (RTJ n. 118/300, Rel. Min. Carlos Madeira), pois, afinal, a garantia da irredutibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (RTJ n. 112/786, Rel. Min. Alfredo Buzaid).

Tem-se a garantia de irredutibilidade de subsídio como modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido:

[...] Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração²⁰.

²⁰ STF-RE n. 298.694/SP, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 23 abr. 2004, p. 9.

Essa garantia foi novamente reconhecida recentemente no julgamento do MS n. 24.875.

Portanto, há necessidade de preservarem-se os valores nominais da remuneração recebidos antes da fixação do subsídio.

7 Conclusão

No recente julgamento do MS n. 24.875, o STF decidiu pela absorção dos vencimentos, das verbas de representação e do adicional de tempo de serviço pelos subsídios. Reconheceu, todavia, a subsistência de vantagens pessoais ante o novo regime e a preservação da garantia da irredutibilidade remuneratória.

Tendo em vista a vocação de o direito novo viger para o futuro, a mudança de regime é que faz surgir o direito adquirido, ou seja, aquele em que se verificaram os requisitos fáticos e jurídicos, com fato aquisitivo específico já configurado por completo. A lei nova ou regime jurídico novo não podem retroagir para impedir a superveniência dos efeitos de direitos que foram legitimamente incorporados ao patrimônio do cidadão.

As vantagens pessoais, por exemplo, referentes à incorporação de direção, chefia ou assessoramento (quintos/décimos) ou à vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990, que foram incorporadas de acordo com os parâmetros do regime já revogado, subsistem no regime dos subsídios, devendo a parcela correspondente somar-se a estes. Não se trata, nessa hipótese, de direito adquirido ao regime revogado, mas somente a preservação dos efeitos dos direitos incorporados enquanto esse vigorava.

A Emenda Constitucional n. 41, art. 8º, não determinou a absorção pelos subsídios ou a extinção de tais parcelas, que subsistem portanto.

A Constituição, com *status* de cláusula pétreia, garante abstrata e concretamente os direitos individuais adquiridos. Essa garantia é ainda mais robusta em relação às vantagens pessoais que, nos

termos do julgamento da ADI n. 14, estavam imunes ao teto original da Carta Cidadã, como as decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

É a própria Carta Magna, no art. 37, XI, que reconhece a coexistência dos subsídios com vantagens pessoais, possibilitando, pois, a soma destas com aqueles até o teto.

A título de irredutibilidade remuneratória, garantida nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, c, da Constituição, deve-se preservar o valor nominal da remuneração percebida antes da fixação dos subsídios.

Referências

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. 1996. Disponível em: <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol04/05DireitoAdquiridoContraEmendasConst.htm>>. Acesso em: 30 maio 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 18. ed. atual. até a EC n. 47/05. São Paulo: Atlas, 2005.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e direito adquirido*. [s.d.]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=374>>. Acesso em: 30 maio 2006.

Os direitos autorais e os chamados “resumos críticos” de obras

Ricardo Luiz Pereira Marques*

Sumário: 1 Introdução. 2 O modelo de tutela dos direitos autorais. 3 Das hipóteses não consideradas como violações aos direitos de autor. 4 Do enquadramento dos “resumos críticos” nas “limitações aos direitos autorais”. 5 Conclusão.

1 Introdução

Comum já há algum tempo nos Estados Unidos, vem começando a ganhar corpo em nosso país o lançamento de livros contendo o que se pode chamar de “resumos críticos” de outras obras, especialmente das de cunho técnico, voltadas a profissionais de diferentes ramos de atividade.

Muitos alegam dispor de pouco tempo livre para se dedicar à leitura de material estranho às atividades diretamente ligadas ao seu trabalho. Por outro lado, várias obras se apresentam como fontes de importante conhecimento, pois, elaboradas por estudiosos ou especialistas de destaque, transmitiriam informações úteis para o desenvolvimento profissional dos leitores. Dessa forma, surge o interesse por parte daqueles profissionais de conhecer os livros em questão, por meio, contudo, de textos mais curtos, que abordem apenas as idéias principais das obras originais e que, principalmente, o façam de maneira crítica, destacando suas virtudes e deficiências. É essa fatia de mercado que os “resumos críticos” pretendem explorar.

Todavia, o avanço desse tipo de literatura desperta questionamentos acerca de eventuais violações aos direitos dos autores das

* Ricardo Luiz Pereira Marques é professor universitário, especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e advogado em Belo Horizonte-MG.

obras originais ou resumidas. Estariam os chamados resumos críticos dentro dos limites impostos pela legislação brasileira de direitos autorais? Ou referidas obras vêm ganhando espaço às custas de violações legais e de lesão aos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico?

2 O modelo de tutela dos direitos autorais

O instrumento que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais no Brasil é a Lei Ordinária n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – conhecida pela expressão “Lei de Direitos Autorais”, ou pela sigla “LDA”. Essa não é a primeira norma brasileira a cuidar do assunto, que há muito vem sendo tratado em diplomas normativos pátrios.

E pode-se dizer que a idéia de direitos autorais teve seu ponto de partida no direito inglês, cujo modelo protetivo, adotado também pelos Estados Unidos da América, continua influente, apesar das pesadas críticas que sofre por parte de especialistas que o acusam de privilegiar os donos dos instrumentos de fixação em meio físico das criações intelectuais¹ em detrimento dos interesses dos próprios autores das obras:

A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se *copyright*, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (*Statutes*) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte².

Sobre a antinomia entre o interesse do autor – de permitir amplo acesso à obra, para torná-la cada vez mais conhecida – e o dos proprietários dos instrumentos de fixação em meio físico

¹ Como as editoras, gravadoras, estúdios etc.

² ABRÃO, 2002, p. 28.

– de verem a criação intelectual sujeita a cada vez mais restrições, aumentando, assim, o seu valor de troca, e aumentando os lucros das vendas – o professor mineiro Túlio Vianna destaca:

Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu “trabalho intelectual” for divulgado, maior prestígio social ele ganhará. O interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital.

[...] A livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional do mercado. É este prestígio social que lhe garantirá a oferta de novos trabalhos na forma de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que indiretamente também remunerarão seu trabalho intelectual³.

Com efeito, as primeiras normas autorais reconheciam apenas os direitos de exploração econômica das criações intelectuais. E, ainda assim, com foco em quem explorava os instrumentos de fixação em meio físico dessas criações⁴. Preocupavam-se as legislações pioneiras em assegurar a essas pessoas o monopólio de duplicação e comércio das obras⁵. Aos autores, praticamente nada era previsto e lhes restava somente preocupar-se em vender por um bom preço suas criações aos donos dos meios de produção, o que quase nunca ocorria.

Após a Revolução Francesa é que se começou a enxergar um elo maior entre autor e obra, que extrapola a mera exploração

³ VIANNA, 2006, p. 443-456.

⁴ No caso de criações literárias, por exemplo, os autores dependiam dos produtores de livros para que suas histórias ganhassem as ruas. Caso contrário, a história não sairia da cabeça do escritor, que somente poderia contá-la oralmente, a quem tivesse a disponibilidade de ouvi-la por inteiro.

⁵ ABRÃO, 2002, p. 28.

econômica dela. Surge, então, o que se convencionou chamar de “direitos morais do autor”. Percebendo-se que as obras intelectuais são exteriorizações da personalidade de seus autores, surge o legítimo interesse em se proteger tal vínculo, até com certa rigidez – impedindo-se, por exemplo, a usurpação da autoria –, já que atos dessa natureza são capazes de ofender a honra dos atingidos tanto, ou até mais, quanto outras atitudes já vedadas pelo direito então vigente.

Henrique Galdelman observa que “a Revolução Francesa, de 1789, com sua exacerbação dos direitos individuais, adicionou ao conceito inglês a primazia do autor sobre sua obra”⁶.

Em paralelo, sob influência dos ideários defendidos e consagrados na França, verificou-se que o alvo de proteção das normas de direitos autorais da época estava desviado e que se fazia necessário ampliar as vantagens dos autores sobre suas criações, além da mera possibilidade de venda delas aos donos dos instrumentos de sua fixação em meio físico. Nasce, assim, uma nova visão dos direitos patrimoniais dos autores com relação às suas obras⁷, cujos objetivos foram assim descritos por Oswaldo Santiago:

não se repetiriam mais, para o futuro, pelo menos por falta de proteção teórica da lei, os espetáculos desoladores da filha de Strauss morrendo de fome, na mesma ocasião em que uma opereta paterna rendia milhões aos empresários, nem os dos filhos de Milliet assistindo, esfarrapados, à disputa, em leilão, das obras do pai, vendidas por este a negociantes de arte⁸.

Nesse passo, os direitos de autor passaram a ser divididos em duas espécies, quais sejam, os direitos autorais morais e os direitos autorais patrimoniais, consagrando um modelo que até hoje persiste – a despeito dos questionamentos que vem sofrendo após a

⁶ GANDELMAN, 2001.

⁷ Uma nova postura, contudo, que não conseguiu romper como deveria com a tradição inglesa, como se nota pelas críticas supra-referidas.

⁸ SANTIAGO, 1946, p. 14.

popularização crescente da Internet – e que foi adotado pelo Brasil em todas as legislações que tratam ou trataram do tema.

Os direitos autorais morais, conforme já dito, amparam interesses que não se encontram diretamente ligados ao intuito de lucro, e na atual Lei de Direitos Autorais brasileira restaram dispostos de forma taxativa no art. 24, em sete incisos.

Já os direitos autorais patrimoniais, dispostos no Capítulo III do Título III da LDA, referem-se, repita-se, à prerrogativa concedida ao criador de auferir ganhos financeiros com sua criação, por meio da exclusiva utilização, fruição e disposição dela – conforme a nova visão dos direitos patrimoniais, acima relatada. Ressalta a nossa Lei de Direitos Autorais, ainda, que os direitos autorais patrimoniais podem ser livremente cedidos pelo seu titular, ao contrário dos morais, que são perpétuos, inalienáveis e irrenunciáveis.

3 Das hipóteses não consideradas como violações aos direitos de autor

Como se nota, o modelo de proteção é bastante rígido e veda, a princípio, qualquer tipo de utilização não expressamente autorizada das obras por outras pessoas que não o titular dos direitos autorais respectivos.

Porém, levar tal rigidez às últimas conseqüências traria mais prejuízos que vantagens aos cidadãos, já que as evoluções no campo artístico (aqui incluída, também, a literatura) e científico quase sempre tomam por ponto de partida criações antecessoras. Sobretudo no campo da ciência, a influência de um trabalho sobre outros é uma das suas molas propulsoras. Sendo assim, a própria lei brasileira de direitos autorais previu um elenco de exceções ao seu modelo protetivo, previsto em seu Capítulo IV do Título III, denominado “Das limitações aos direitos autorais”, num total de 3 (três) artigos⁹.

⁹ Arts. 46 a 48.

4 Do enquadramento dos “resumos críticos” nas “limitações aos direitos autorais”

Como se pode concluir, inferir se os “resumos críticos” violam ou não os direitos dos autores das obras resumidas passa pela análise do aludido capítulo da atual lei brasileira de direitos autorais.

De início, verifica-se que os referidos resumos não se enquadram no art. 48, que é voltado para obras de artes plásticas ou visuais, nem no art. 46 – exceção feita ao inciso III, que será abordado adiante.

Quanto ao art. 46, cumpre esclarecer que, ao contrário do que pode parecer numa análise rápida, o seu inciso VIII não cuida do tipo de livro ora tratado. No citado texto legislativo, cuida-se da técnica literária denominada “bricolagem”, na qual o artista monta uma obra nova exclusivamente a partir da reprodução literal de pequenos trechos existentes em outras criações artísticas. Os trechos reproduzidos são tão diminutos que pela sua análise isolada não é possível descobrir de quais outras obras derivam. E a reunião de partes diferentes deve constituir, por si só, uma obra nova, totalmente diversa dos originais, de maneira que fique inconfundível. E, conforme já demonstrado, não é bricolagem o que os resumos críticos oferecem ao seu público consumidor.

Por outro lado, o inciso III do mesmo art. 46¹⁰, conforme já adiantado, aplica-se, sim, à parte do nosso objeto de estudo. Conforme se depreende do texto legal, estudos, críticas e polêmicas de qualquer obra podem ser livremente feitos em outros livros, não constituindo violação aos direitos autorais. E, para tanto, pode o crítico ou estudioso até mesmo transcrever integralmente trechos da obra original, desde que indicado o seu título e o nome de seu

¹⁰ “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; [...]”

autor, uma vez que o reconhecimento da autoria é um dos direitos autorais morais, como visto acima (art. 24, I e II).

Portanto, conclui-se que a intenção de se publicar críticas a obras técnicas já existentes é plenamente aceita pelo ordenamento jurídico – desde que, repita-se, haja referência ao título e autor do livro criticado.

Todavia, conforme destacado na parte introdutória, os resumos críticos não se limitam a meramente transcrever trechos mais importantes dos livros comentados, mas sim fornecem ao leitor uma abordagem resumida da obra, contendo suas idéias principais. Quanto a essa intenção, a resposta para dúvida quanto à sua legitimidade é dada pelo teor do derradeiro dispositivo normativo do Capítulo IV do Título III da Lei de Direitos Autorais, qual seja, o art. 47, que dispõe o seguinte: “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”.

Por óbvio, resumos não são paródias da obra original, visto que tal figura se caracteriza por uma imitação cômica da obra literária.

De outro passo, verifica-se que a intenção de se resumir as idéias principais de obras já existentes, e apresentá-las de forma mais acessível e crítica a leitores que não têm tempo disponível para ler o livro original – muito menos para discuti-lo com outros profissionais – constitui-se na figura denominada paráfrase. E, como visto, o art. 47 da Lei de Direitos Autorais dispõe que “são livres as paráfrases [...] que não forem verdadeiras reproduções da obra originária”.

Segundo o *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, paráfrase é o “desenvolvimento do texto de um livro ou de um documento conservando-se as idéias originais”.

Ainda mais esclarecedor para o caso em análise é o *Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa*, segundo o qual paráfrase é a “explicação ou tradução mais desenvolvida de um texto por meio de palavras diferentes das nele empregadas”.

Vale destacar que a liberdade para se parafrasear está presente no modelo brasileiro protetivo de direitos autorais desde o Código Civil de 1916 (quando esse diploma normativo regulava a matéria). E com a promulgação da Lei n. 5.988, de 1973, ela restou assegurada no art. 50 dessa norma, que possuía texto praticamente idêntico ao do art. 47 da atual lei autoral. É, portanto, uma prerrogativa já tradicional em nosso Direito.

E à época da elaboração do Código Civil de 1916, Rui Barbosa já ensinava que “dá-se o nome de paráfrase aos desenvolvimentos explicativos, às versões desenvolvidas e livres de um texto”¹¹ – exatamente o que pretendem oferecer os resumos críticos.

Dessa forma, sendo lícito publicar críticas de qualquer livro e sendo permitido parafrasear obras escritas por outros autores, conclui-se que a idéia de elaborar e lançar no mercado editorial resumos críticos de obras técnicas encontra amparo no Direito brasileiro, não consistindo violação aos direitos autorais decorrentes das obras originárias.

E essa liberdade, outorgada pelos arts. 46, III, e 47 da Lei de Direitos Autorais, isenta os autores de tais resumos, até mesmo, de ter de pedir qualquer autorização aos autores dos livros originais, ou resumidos. É o que destaca Eduardo Pimenta, ao comentar o art. 47 do diploma autoral de 1998: “a referida utilização é livre, não implicando em prévia autorização do autor. Não caracterizará violação de direito patrimonial nem de direito moral”¹².

Com relação à parte final do art. 47 da LDA, que ressalva que as paráfrases são livres desde que não impliquem descrédito da obra originária, bem como quanto ao teor do art. 24, IV¹³, há que se observar que o objetivo do legislador não foi o de impedir a crítica.

¹¹ Apud ORLANDO, [s.d.], p. 151.

¹² PIMENTA, 1998, p. 171.

¹³ “Art. 24. São direitos morais do autor:

[...] IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; [...].”

Até mesmo porque, se assim o fosse, teria agido de forma contraditória ao criar o inciso III do art. 46 supra-abordado.

Ao contrário, o que se pretendeu com a expressão final do art. 47 foi assegurar que, sob o pretexto de se parafrasear uma criação literária, ninguém destrua o espírito da obra, apresentando no produto final da paráfrase um conteúdo inexistente no texto originário. Seria o caso, por exemplo, de um refinado livro de poesias românticas, ao ser supostamente parafraseado, acabar sendo transformado em uma obra de baixo calão, de tom vulgar. Nesse caso, quem tivesse acesso apenas à paráfrase teria uma impressão distorcida do poeta e dos versos parafraseados. É a esse tipo de descrédito, ou desonra, que a Lei de Direitos Autorais faz referência no art. 24, IV, e na parte final do art. 47 e não a meras críticas técnicas – mormente quando sobejamente fundamentadas.

A esse respeito, Eduardo V. Manso esclarece:

A crítica honesta, quanto a uma obra, é crítica lícita, mesmo que cause algum dano (como a queda de vendagem dos exemplares). [...] Com a publicação da obra intelectual, o seu autor se expõe, inarredavelmente, à crítica e, até certo ponto, esse é o único fim visado com a divulgação da obra, cujo êxito (que é um sucesso de crítica, ainda que só apurável com atos de aceitação da obra) é objetivo de todo criador intelectual¹⁴.

5 Conclusão

Conclui-se, portanto, que a idéia de se elaborarem resumos críticos de obras de outros autores não fere a legislação protetiva dos direitos autorais, diante do texto expresso dos arts. 46, III, e 47 da Lei n. 9.610/98, por constituírem tais trabalhos críticas técnicas e fundamentadas, bem como paráfrases das obras originais, que são livres, e independem de qualquer tipo de autorização para

¹⁴ MANSO, 1980, p. 328.

serem lançadas no mercado editorial. E isso ainda quando a crítica for desfavorável, sob o ponto de vista técnico, às idéias contidas no texto original, pois tal circunstância encontra amparo no corpo da Lei de Direitos Autorais, que veda, tão-somente, paráfrases que destruam o espírito da obra original, apresentando um produto final desvirtuado das idéias contidas no livro parafraseado ou que violem a reputação e honra do autor.

Todavia, deve-se destacar ser indispensável que os resumos críticos façam expressa referência ao título do livro resumido e ao nome de seu autor, em obediência às prerrogativas morais consagradas por nossa Lei de Direitos Autorais, especialmente em seu art. 24, I e II.

Referências

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na Era Digital*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

ORLANDO, Pedro. *Direitos autorais*. São Paulo: Nova Jurisprudência, [s.d.].

PIMENTA, Eduardo Salles. *Código de Direitos Autorais e acordos internacionais*. São Paulo: Lejus, 1998.

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: história – legislação – comentários*. Rio de Janeiro: Gráfico Mangione, 1946.

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 844, p. 443-456, mar. 2006.

Seção V

Temas Atuais

A exploração petrolífera na América do Sul: uma breve análise do caso boliviano

Wladimir Tadeu Silveira Coelho*

Sumário: 1 Introdução. 2 O petróleo boliviano. 2.1 A privatização. 2.1.1 O órgão regulador. 3 Investimentos da Petrobras e a flexibilização do setor petrolífero na Bolívia. 3.1 O gasoduto. 3.1.1 A atuação externa da Petrobras. 3.1.2 A construção do gasoduto Bolívia–Brasil e a associação entre Shell e Petrobras. 4 A Guerra do Gás. 4.1 O *referendum* vinculante e a nova legislação. 5 A Lei n. 3.058, de 17 de maio de 2005. 6 Conclusão.

1 Introdução

O modelo de exploração dos recursos minerais energéticos na América do Sul caracteriza-se historicamente pela presença de grupos monopolistas internacionais legitimados por um discurso liberal de “progresso”, entendendo este como resultante do acúmulo de capital por meio da exportação de bens primários.

Observa-se nesse caso a utilização de uma ideologia, na qual a base estaria no princípio da livre concorrência, a favor de uma ação mercadológica restritiva, gerando como resultado o controle, por reduzido número de empresas, de um importante setor da economia. A cristalização desse modelo ampara-se ainda em outro dogma do liberalismo, a defesa de um distanciamento do Estado das atividades relacionadas à economia, caracterizando este como ineficiente diante das “leis naturais” que regeriam o mercado.

No caso dos países da América do Sul esse discurso torna-se hegemônico em fase anterior a qualquer tipo de intervenção esta-

* Wladimir Tadeu Silveira Coelho é professor, mestrando em Direito (Universidade Fumec), membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico e historiador.

tal no setor petrolífero; e acaba funcionando como uma espécie de escudo protetor para os interesses dos grupos privados internacionais preocupados em garantir o controle das áreas produtivas conquistadas.

Desse modo a legislação petrolífera de países como Bolívia, Venezuela, Peru e Brasil procurou possibilitar, desde o início do século XX, a maior liberdade possível de ação às empresas internacionais do setor, oferecendo, em geral, extensas regiões para pesquisa e lavra do mineral.

Dos países citados, apenas a Venezuela, considerando o modelo privado de exploração, conseguiu apresentar resultados que ao menos indicassem a possibilidade de acúmulo de capital e, na lógica liberal, o crescimento econômico por intermédio da exportação de um produto primário. Nas demais nações observou-se, ao longo das primeiras décadas do século passado, uma diminuição ou mesmo suspensão das atividades relacionadas à exploração petrolífera, entretanto sem a devolução ao patrimônio nacional das áreas oferecidas para a exploração.

A solução encontrada para essa realidade manifestou-se a partir da década de 1930, por meio de movimentos nacionalistas de caráter estatizante, aspecto verificado na Bolívia, ou regulatório, situação observada no Brasil. Nesse caso fica claro que o discurso intervencionista sul-americano não estaria associado ao modelo inicial de crescimento econômico, mas em uma forma reparadora da ausência ou inoperância da iniciativa privada em um determinado setor, ou mesmo como parte de uma política econômica que possibilite ao Estado retirar determinadas vantagens na relação comercial com setores do oligopólio do petróleo.

2 O petróleo boliviano

O caso boliviano dos anos 1930 representa com clareza a tentativa do Estado de superar a inoperância do setor petrolífero privado, que atuava naquele país por intermédio da Standard Oil of New Jersey, desde 1921. A atuação dessa empresa caracterizou-se

por todo tipo de abuso, incluindo o contrabando através de um oleoduto clandestino para a Argentina, além de falsificação na estimativa do volume das reservas de petróleo existentes.

O rompimento definitivo entre a Standard e o governo boliviano ocorreu em 1936, com a criação da Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) como resultado da insatisfação popular provocada após a chamada “Guerra do Chaco” contra o Paraguai. Durante citado conflito, a Standard, entre outros procedimentos, negou-se a fornecer o combustível necessário às tropas bolivianas alegando escassez no país e apontando para a necessidade de importação de combustíveis. Naturalmente esse procedimento tornou a empresa antipatizada ante a opinião pública, que passou a exigir providências no sentido da recuperação da soberania política e econômica do Estado.

A estatização ocorrida na Bolívia foi a primeira da América Latina, entretanto as pressões efetivadas pelos Estados Unidos logo reduziram o seu alcance. Assim, em 1940, durante o governo de Enrique Peñaranda, a Standard Oil foi indenizada a título de “colaboração do país com os aliados”.

Uma segunda estatização ocorreu trinta anos mais tarde, durante o governo de Alfredo Ovando Candia, que promoveu nova nacionalização do setor petrolífero, pelo fortalecimento das atribuições da YPFB, incluindo a estatização da Gulf Oil, que atuava na exploração do gás natural.

Com o fortalecimento da ideologia liberal dos anos 1990 ocorreu novo distanciamento do Estado boliviano das atividades petrolíferas, entendendo que esse setor melhoraria o seu desempenho a partir de sua abertura à iniciativa privada.

2.1 A privatização

O ano de 1996 marcou a oficialização dessa abertura com a aprovação, durante o governo de Gonzalo Sanches de Lozada, da Lei n. 1.689, de 30 de abril. A nova legislação, seguindo o vocabu-

lário liberal, “flexibilizou” o monopólio do petróleo, admitindo a presença de grupos privados mediante o estabelecimento dos contratos de operação e associação.

A Lei n. 1.689 manteve a propriedade do subsolo com o Estado, determinando em seu artigo primeiro que:

Por norma constitucional, los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera sea el estado en que se encuentren o la forma en que se presenten, son del dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado. Ninguna concesión o contrato podrá conferir la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos (BOLIVIA, 1996).

Até esse ponto da citada lei, o processo de estatização iniciado em 1936 não sofreu transformação visível, todavia encontraremos em sua complementação a seguinte redação:

El derecho de explorar y de explotar los campos de hidrocarburos y de comercializar sus productos se ejerce por el Estado mediante Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Esta empresa pública, para la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos, celebrará necesariamente contratos de riesgo compartido, por tiempo limitado, con personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, según las disposiciones de la presente Ley (BOLIVIA, 1996).

As justificativas para a abertura das atividades relacionadas ao ramo petrolífero fundamentavam-se no princípio da impossibilidade de o modelo nacionalista boliviano proporcionar, por meio de uma empresa estatal, os recursos financeiros necessários para a modernização e aumento da produtividade do setor.

Criou-se, como opção à dita falta de recursos do Estado, a idéia de “capitalizar” a YPFB mediante o oferecimento dos chamados “Contratos de Riesgo Compartido”. Abria-se, desse modo, a exploração do petróleo e do gás natural aos grupos nacionais ou estrangeiros, ficando a antiga estatal com a obrigação de supervisionar a aplicação, por parte das empresas privadas, dos métodos mais adequados à exploração desses recursos minerais, conforme determinava o artigo 4 da Lei n. 1.689.

A idéia de capitalização não ficou restrita ao setor de combustíveis, atingindo outros pontos importantes da economia boliviana que se encontravam sob controle de empresas administradas pelo Estado. Assim, a rede de eletricidade, as telecomunicações, os transportes aéreos, as ferrovias, o abastecimento de água e o estanho foram incluídos nesse processo.

2.1.1 O órgão regulador

Para regular os setores capitalizados a Lei n. 1.600, de 28 de outubro de 1994, criou o “Sistema de Regulación Sectorial” (Sirese) cuja estrutura dividia-se em “Superintendencia General” e “Setoriales”; incluindo a de *hidrocarburos*. As funções das superintendências setoriais foram determinadas no artigo 10 da citada lei e, nos casos do petróleo e do gás natural, especificadas em diferentes artigos da Lei n. 1.689.

Ao Sirese coube a outorga de concessões de exploração e transporte por via de dutos dos combustíveis, a fiscalização quanto à formação de monopólios, o estabelecimento dos volumes mínimos destinados ao abastecimento interno de gás e petróleo; licitar novos dutos e outras atividades próprias de uma agência reguladora.

Entretanto, essas atividades, em pelo menos dois pontos, conferiam à entidade reguladora um aspecto intervencionista. O primeiro estaria na determinação da quantidade de petróleo e gás a ser exportado (Lei n. 1.689, artigo 24), tendo em vista o estabelecimento de uma cota para utilização no mercado interno, e o segundo ao apresentar um preço máximo dos combustíveis para o mercado interno (Lei n. 1.689, artigo 81). A possibilidade de intervenção do Estado no setor petrolífero – nesse caso – não se apresentou totalmente descartada, sugerindo aos concessionários certos limites ou cuidados relativos aos futuros investimentos.

A confiança dos concessionários no caráter absolutamente liberal, e por isso regulador, da nova legislação talvez estivesse no próprio artigo 24 da Lei n. 1.689, que contraditoriamente determinava:

Quienes celebren contratos de riesgo compartido con YPFB para la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos adquieren el derecho de prospectar, explotar, extraer, transportar y comercializar la producción obtenida. Se exceptúan de la libre comercialización de los mismos los volúmenes requeridos para satisfacer el consumo interno de gas natural y para cumplir con los contratos de exportación pactados por YPFB con anterioridad a la vigencia de la presente Ley (BOLIVIA, 1996).

Essa contradição característica básica dos textos liberais levantou nova questão relacionada a sua constitucionalidade, pois, segundo empresários e políticos nacionalistas, o citado artigo transferia na prática a propriedade do petróleo e do gás aos concessionários.

A dúvida foi “desfeita” mediante decisão do Tribunal Constitucional, que entendeu da seguinte forma o conteúdo do artigo 24 da Lei n. 1.689:

[...] Para el caso que nos ocupa es conveniente referirse al criterio coincidente expresado en la doctrina, sobre los contratos de riesgo compartido (joint-venture), en especial sobre su naturaleza jurídica, que es la de una asociación de personas físicas o jurídicas que “acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc) para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación [...] en sentido legal. No implica, a diferencia de la sociedad, una relación duradera entre las partes [...]” (citado por Sergio Le Pera, *Joint Venture y Sociedad*) a su conclusión cada uno de sus componentes recupera o mantiene su propia individualidad que, además, la conserva durante la vigencia del contrato de riesgo compartido. En cuanto al objeto, por sus características es transitorio para uno o varios negocios. En consecuencia, la titularidad a la que se refiere el artículo único del DS impugnado, transcrito en el punto precedente, debe entenderse como los derechos y obligaciones emergentes de este tipo de contrato que tiene cada una de las partes, que por consiguiente no tienen dentro de él derecho propietario alguno, salvo sobre sus propios bienes e inversiones, reatados al riesgo del negocio convenido en el joint venture.

Por lo expuesto se concluye en que el DS 24806 de 4 de agosto de 1997 no contradice las normas constitucionales mencionadas por

los recurrentes, o sea los arts. 59.5^a, 7^a; 30, 69 y 139 de la Ley Fundamental (BOLIVIA, 2003).

Desfeita a “dúvida”¹ em relação à constitucionalidade da Lei n. 1.689, a confiança dos setores envolvidos possibilitou a continuidade dos investimentos externos nos setores do petróleo e do gás boliviano.

3 Investimentos da Petrobras e a flexibilização do setor petrolífero na Bolívia

3.1 O gasoduto

3.1.1 A atuação externa da Petrobras

A Empresa Brasileira de Petróleo (Petrobras) foi criada no ano de 1953 como forma de superar as dificuldades impostas pelos grupos monopolistas internacionais que impediam o avanço da indústria petrolífera no Brasil. Assim, a missão principal dessa empresa seria a exploração, refino e distribuição do petróleo em território nacional, contando para esse fim, até o ano de 1994, com o monopólio desse setor da economia.

No final da década de 1960, durante a gestão do general Ernesto Geisel naquela empresa, articulou-se a ampliação da área de atuação da Petrobras, resultando em uma nova política de

¹ A decisão do Tribunal Constitucional contou com o voto dissidente do magistrado Rolando Roca, entendendo ele que:

En consecuencia, de una interpretación contextualizada de la Constitución, los hidrocarburos, que son riquezas naturales del subsuelo, son bienes nacionales, sin que pueda hacerse una separación (con diferente régimen jurídico) entre el yacimiento y la producción en boca de pozo; pues, conforme a la Constitución, ambos constituyen riquezas naturales hidrocarburíferas que pertenecen sólo al Estado, y cuya propiedad no puede ser transferida; por lo que el DS impugnado, al aprobar el Modelo de Contrato de Riesgo Compartido para Áreas de Exploración y Explotación por Licitación Pública, que en su Cláusula Tercera otorga la propiedad de los hidrocarburos en Boca de Pozo a las empresas hidrocarburíferas, vulnera no sólo el art. 139, sino también el art. 136 de la Constitución (BOLIVIA, 2003).

investimentos externos. O acordo assinado em 1996 entre Brasil e Bolívia, apresentando como principal produto a construção de um gasoduto entre os dois países, pode ser entendido como resultante da política iniciada no período militar, na qual a empresa brasileira priorizaria a exploração de combustíveis em áreas consideradas mais atrativas do ponto de vista econômico.

3.1.2 A construção do gasoduto Bolívia–Brasil e a associação entre Shell e Petrobras

O controle do Gasoduto Bolívia–Brasil encontra-se dividido da seguinte forma: em território boliviano é administrado pela Gás Transboliviano S/A, empresa cujo controle acionário pertence à Shell; no Brasil, a Petrobras, por intermédio de sua subsidiária, a Gaspetro, controla 51% da Transportadora Brasileira do Gasoduto Bolívia–Brasil (TBG). Dessa empresa participam ainda a BBPP Holding (El Paso, Total, British Gas) com 29% das ações, Transredes (Shell) com 12%, Shell com 4%.

Verifica-se dessa forma que o controle do gasoduto Bolívia–Brasil, quanto à exportação, pertence na verdade à Shell, empresa responsável ainda pela administração da Transredes, cuja função é distribuir o gás no mercado interno daquele país.

A Petrobras (por meio da TBG) atuaria como distribuidora do gás no mercado nacional, contando para esse fim com a parceria da Shell, empresa que atua no ramo da distribuição de combustíveis desde as últimas décadas do século XIX.

Com esse quadro, observa-se que o mercado de distribuição de combustíveis na Bolívia retomava a sua característica histórica de oligopólio, tendo como principal objetivo a proteção da exportação.

4 A Guerra do Gás

Essa política econômica direcionada para a exportação atingiu o seu ponto de maior desgaste durante o segundo governo

de Gonzalo Sanches de Lozada, que, prosseguindo as negociações iniciadas por seu antecessor, Jorge Queiroga, finalizou o projeto para o fornecimento de gás natural ao México e Estados Unidos, utilizando como ponto de escoamento os portos chilenos.

A atividade exportadora seria desenvolvida por meio do consórcio Pacific LNG controlado pela Panamerican Energy e British Energy e apresentaria como principal necessidade para sua concretização um acordo comercial entre Bolívia e Chile. Esses entendimentos ocorreram, em sua maior parte, de forma secreta, pois representariam de modo subjetivo a renúncia boliviana à sua histórica reivindicação de acesso soberano ao Oceano Pacífico, perdido para os chilenos na guerra de 1879.

Aos obstáculos históricos somavam-se denúncias de corrupção governamental² e prejuízos econômicos para a Bolívia em função dos baixos valores que seriam arrecadados pelo país, que não ultrapassariam os 18% da produção.

O descontentamento de diferentes setores sociais diante desse possível acordo tornou-se evidente e observou-se o registro, em diferentes pontos da Bolívia, de protestos que culminaram, no mês de outubro de 2003, em uma revolta popular que ficou conhecida como “La Guerra del Gas”.

Esse movimento, duramente reprimido pelo governo, apresentou como saldo negativo um número ainda desconhecido de mortos, um sério abalo nas instituições do Estado boliviano, além de mergulhar o país em um processo que poderia terminar com a eclosão de uma Guerra Civil.

A renúncia e o exílio nos Estados Unidos do presidente Sanches Lozada proporcionou uma trégua no movimento das ruas, conduzindo o vice-presidente Carlos Mesa ao poder. Mesa apre-

² O diplomata chileno Edmundo Pérez Yoma – responsável pelos entendimentos com o governo boliviano – descreve em seu livro *Una misión, las trampas de la relación chileno boliviana* os detalhes dessas negociações.

sentou como prioridade de seu governo uma reformulação na legislação do petróleo e gás, aceitando a exigência dos movimentos sociais de realização de um *referendum* vinculante como forma de nortear a elaboração de uma nova lei para o setor.

4.1 O *referendum* vinculante e a nova legislação

Realizado em 18 de julho de 2004, o *referendum* vinculante apresentava as seguintes questões:

- 1) ¿Está usted de acuerdo con la abrogación de la Ley de Hidrocarburos 1689 promulgada por Gonzalo Sánchez de Lozada? Sí o No.
- 2) ¿Está usted de acuerdo con la recuperación de la propiedad de todos los hidrocarburos en boca de pozo para el Estado boliviano?
- 3) ¿Está usted de acuerdo con refundar Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, recuperando la propiedad estatal de las acciones de las bolivianas y los bolivianos en las empresas petroleras capitalizadas, de manera que pueda participar en toda la cadena productiva de los hidrocarburos?
- 4) ¿Está usted de acuerdo con la política del presidente Carlos Mesa de utilizar el gas como recurso estratégico para el logro de una salida útil y soberana al océano Pacífico?
- 5) ¿Está usted de acuerdo con que Bolivia exporte gas en el marco de una política nacional que cubra el consumo de gas de las bolivianas y los bolivianos, fomente la industrialización del gas en territorio nacional, cobre impuestos y/o regalías a las empresas petroleras llegando al 50 por ciento del valor de la producción del gas y el petróleo en favor del país; destine los recursos de la exportación e industrialización del gas, principalmente para educación, salud, caminos y empleos?

A vitória do SIM nos cinco pontos levantados no *referendum* obrigou a elaboração de uma nova legislação para o petróleo e o gás boliviano, que deveria apresentar como principal fundamento a decisão popular de direcionamento à nacionalização e estatização do setor.

Entretanto, o projeto apresentado pelo governo de Carlos Mesa mostrou-se conservador e pouco receptivo à idéia de estatização.

O governo admitia alterações no valor dos impostos e a divisão da YPFB em duas empresas, sendo uma autárquica, responsável pela administração dos contratos, e outra mista, cuja função seria explorar e comercializar gás e petróleo.

No parlamento, diferentes partidos, incluindo o MAS (Movimento ao Socialismo), dirigido pelo então deputado Evo Morales, apresentaram um projeto de lei que acreditavam aproximar-se do resultado do *referendum* vinculante, defendendo claramente a estatização do petróleo e do gás.

Aprovada pelo parlamento, a nova lei foi recusada pelo presidente Carlos Mesa, que, discordando do caráter estatizante da nova legislação, apresentou sua renúncia.

5 A Lei n. 3.058, de 17 de maio de 2005

Diante desse quadro a nova lei de *hidrocarburos* da Bolívia foi sancionada pelo parlamento, iniciando assim o processo de nacionalização e estatização do petróleo e gás daquele país.

Essa característica nacionalista presente na nova lei pode ser entendida como resultante de uma exigência da sociedade boliviana que respondeu majoritariamente “sim” às perguntas um e dois do *referendum* vinculante, exigindo, dessa forma, o controle pelo Estado dos minerais energéticos. A Lei n. 3.058 seguiu essa orientação e determina em seu artigo 5º:

[...] se recupera la propiedad de todos los hidrocarburos en Boca de Pozo para el Estado Boliviano. El Estado ejercerá, a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), su derecho propietario sobre la totalidad de los hidrocarburos (BOLÍVIA, 2005).

No mesmo artigo surge a data para a terceira estatização dos *hidrocarburos* da história boliviana, que deveria iniciar-se em 180 dias. Esse prazo não foi cumprido, ficando as empresas do setor atuando no país em desacordo com a legislação, possivelmente esperando ou articulando modificações no texto legal que as mantivessem intocáveis.

Essa modificação não ocorreu e, passados doze meses da publicação da Lei n. 3.058, o atual presidente Evo Morales assinou o Decreto n. 28.701 determinando a nacionalização e estatização dos hidrocarbonetos.

6 Conclusão

Diante das modificações verificadas no setor petrolífero da Bolívia, os meios de comunicação e as empresas atingidas mostraram-se “surpresas” e “indignadas”, apresentando-se essas últimas como vítimas de uma grande injustiça. Contudo, este trabalho torna possível observar que o processo de abertura da economia, aplicado na Bolívia a partir dos anos 1990, desenvolveu-se sem a devida sustentação legal, contrariando inclusive a Constituição daquele país em seus artigos 136, 137 e 139.

Nos citados artigos constitucionais os hidrocarbonetos são entendidos como bens nacionais de domínio originário, direto, inalienáveis e imprescindíveis do Estado, constituindo propriedade pública inviolável. Entretanto, as empresas petrolíferas preferiram ignorar a Constituição, estabelecendo contratos fundamentados na legislação criada especialmente para atender à política de privatização do governo Sanches Lozada.

Possivelmente acreditando em uma não-reversão do neoliberalismo como ideologia e atitude econômica hegemônica, as empresas petrolíferas passaram a encarar a Bolívia como um simples fornecedor de matéria-prima. Desse modo, apressaram-se em criar condições para retirar do subsolo daquele país a maior quantidade possível dos recursos, que por lei eram considerados patrimônio da nação.

O gasoduto Bolívia–Brasil seguiu essa lógica, criando um caminho perigoso para os dois pobres povos sul-americanos. O resultado desse encontro foi, para os bolivianos, o prejuízo de ter retirado de seu patrimônio uma parcela considerável do gás natural, mediante o pagamento de impostos baixíssimos; e para os brasileiros, a dependência de um combustível de origem estrangeira

com todas as implicações que essa situação oferece à economia e segurança de um país.

Em resumo, fica a existência de dois perdedores que na realidade não passavam de clientes da Shell, sendo que essa empresa, como sempre, lucra na Bolívia e no Brasil ao realizar o transporte através do seu gasoduto.

No passado, uma situação muito próxima deu origem à chamada “Guerra do Chaco”, entre Bolívia e Paraguai; nesse conflito morreram mais de cem mil pessoas que jamais imaginaram que por detrás das bandeiras e dos hinos escondiam-se os interesses da Standard Oil e de uma empresa anglo-holandesa.

Referências

BOLIVIA. *Sentencia constitucional: 114/2003 de 5 de diciembre de 2003*. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.gov.bo>. Acesso em: 3 maio 2006.

BOLIVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: <www.geocities.com/bolilaw/legisla.Htm>. Acesso em: 3 maio 2006.

BOLIVIA. *Decreto n. 28.701, de 2 de maio de 2006*. Disponível em: <www.la-razon.com>. Acesso em: 2 maio 2006.

BOLIVIA. *Lei n. 1.600 de 28 de outubro de 1994*. Disponível em: <www.geocities.com/bolilaw/legisla.Htm>. Acesso em: 3 maio 2006.

BOLIVIA. *Lei n. 1.689 de 30 de abril de 1996*. Disponível em: <www.Geocities.com/bolilaw/legisla.Htm>. Acesso em: 3 maio 2006

BOLIVIA. *Lei n. 3.058 de 17 de maio de 2005*. Disponível em: <www.geocities.com/bolilaw/legisla.Htm>. Acesso em: 3 maio 2006.

BOLIVIA. *Un repaso a la historia de Y.P.F.B*. Disponível em: <www.ypfb.gov.bo>. Acesso em: 5 maio 2006.

DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. *A questão do petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

SILVEIRA, Joel; COUTINHO, Lourival. *História de uma conspiração*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1959.

YOMA, Edmundo Pérez. *Una misión, las trampas de la relación chileno-boliviana*. Santiago de Chile, 2004.

Corrupção: o excesso de peso nas costas do cidadão

Daisy de Asper y Valdés*

Gerald E. Caiden**

Sumário: 1 A essência da corrupção. 2 Medidas de combate à corrupção. 3 Distinguindo a corrupção individual da corrupção sistêmica. 4 Remédios. 5 Peculiaridades da corrupção na América Latina. 6 O objetivo final.

Apesar de antigo, o tema corrupção tornou-se popular nos círculos nacionais e internacionais. Nos dias atuais, percebe-se que esse mal afeta o desenvolvimento de todas as nações de modo disfuncional e deve ser atacado. Na realidade, tornou-se algo tão ameaçador que tem que ser combatido de modo eficaz. Todavia, antes de tudo, faz-se necessário saber de que espécie de corrupção se está tratando. Há, por acaso, um consenso geral sobre o que significa o termo corrupção? Será que se está discutindo sobre os mesmos pressupostos? Sabe-se que, embora existam diferentes conceitos para o termo corrupção, algumas idéias coincidem e há definições que se assemelham¹. Além disso, mesmo em diferentes tempos e lugares, parece haver um sentimento comum sobre o que seja corrupção. Historicamente, a mesma espécie de com-

* Daisy de Asper y Valdés é mestra em Direito Público pela Universidade de Brasília, mestra em Judicial Administration pela Universidade do Sul da Califórnia (USC), Philosophy Doctor (Ph.D.) em Administração Pública pela USC de Los Angeles e Subprocuradora-Geral da República (aposentada)

** Gerald Caiden é professor titular da University of South California (USC).

¹ A organização não-governamental Transparência Internacional trabalha com a definição operacional de corrupção como “abuso do poder público para ganho privado”. Desde 2005, a TI ampliou essa moldura conceitual para incluir não apenas as relações de setor público com setor público e do setor público com o setor privado mas também as relações de setor privado com setor privado, que igualmente apresentam casos de propina, superfaturamento e fraudes.

portamento reprovável tem sido identificada em arquivos existentes, independentemente da linguagem, religião, cultura, origem étnica, governo, localização geográfica, filosofia ou valores sociais². Porém, todos esses aspectos parecem tornar-se irrelevantes para os detentores do poder, retratados no célebre provérbio de Lorde Acton: “o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente”. Consistentemente, os detentores do poder têm decepcionado aqueles sobre os quais exercem o poder.

1 A essência da corrupção

O ponto de partida para determinar o que constitui uma prática corrupta é o ato em si mesmo, essa forma específica de comportamento que é considerada ofensiva e ilegal³. Os que se comportam dessa maneira devem saber que o que estão fazendo é moralmente errado, abusivo e inaceitável. Conscientemente furtoaram, aceitaram propina ou a ofereceram, dissimularam, postergaram ou interferiram indevidamente nos negócios públicos. Prática-

² Nessa perspectiva, o termo corrupção abrange uma multiplicidade de condutas e práticas nocivas, situadas no âmbito político-administrativo, que se caracteriza por um desvio de conduta de ordem criminoso que visa determinada vantagem indevida em detrimento do interesse coletivo.

³ No Brasil, o Código Penal (1940), em seu Título XI, define os “Crimes contra a Administração Pública”, entre os quais enuncia: peculato (art. 312), extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), concussão (art. 316), corrupção passiva (art. 317), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), prevaricação (art. 319), condescendência criminoso (art. 320), advocacia administrativa (art. 321), exploração de prestígio (art. 332), corrupção ativa (art. 333) etc. Podemos ainda mencionar, a título de exemplificação, na legislação extravagante: a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, que trata da responsabilidade dos prefeitos e vereadores, a Lei n. 7.347, de 2 de julho de 1985, que trata da Ação Civil Pública, a Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária e econômica, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata do enriquecimento ilícito de agentes públicos, e a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

ram tais atos deliberadamente, não de modo acidental ou incidentalmente, sem qualquer peso na consciência ou parcela de culpa. Sabiam, por dever de ofício, diferenciar o certo do errado, mas relegaram sua relevância. Embora possa variar o que é considerado certo ou errado em tempo e lugar, como, por exemplo, o infanticídio, que é aceito em certas tribos indígenas, mas é visto como ato criminoso para a sociedade em geral. Pode-se citar, também, comportamentos considerados legais no passado, como a escravidão ou a segregação racial, que por força da evolução e dos movimentos sociais tornaram-se ilegais e abominados socialmente. O correto em uma cultura, religião ou ideologia pode não ser em outra. Entretanto, no caso de corrupção, existe uma predominante concordância universal quanto aos atos que a caracterizam. As diferenças encontradas são marginais, não essenciais a ponto de descharacterizá-la.

Essa convergência tem sido possível ao se focalizar na motivação do corrupto. Por que agiu ele dessa forma? Algum benefício resultou de sua ação: para si próprio ou para outrem. Tinha consciência do que fazia e da vantagem que teria. Atuou de forma premeditada. Deliberadamente assumiu o risco, embora sabendo que, se descoberta, sua ação não seria aprovada, mas vista como algo ímprobo, injusto ou imoral. Por isso, agiu no escuro, encoberto por um seletivo e fechado grupo, de sua confiança, capaz de manter segredo e até de intimidar os possíveis delatores, utilizando-se dos privilégios de sua posição. Se acaso descoberto, encontra-se em condições de destruir toda a evidência incriminadora. A posição ocupada o favorece para justificar qualquer incidente e usa seus poderes para revidar as denúncias sobre os que o acusam. Obviamente, tem consciência de suas intenções lesivas.

Entretanto, muito depende, também, de quem está sendo acusado. Por diferentes razões, há complacência ao lidar com tais comportamentos. Por um lado, os atos corruptos são tão graves que, uma vez expostos, a credibilidade na instituição pública ou no detentor da autoridade pode ruir. Teme-se, em conseqüência, a anarquia, a violência, a revolução ou desastres potenciais que

possam causar maior dano ao tecido social. Melhor, então, encobrir o conhecimento da ilegalidade, que fica restrito a poucos leais dentro da instituição. Por outro lado, os atos corruptos podem ser considerados de menor importância ou triviais e devem ser perdoados em consideração do bem maior que os culpados oferecem (ou ofereceram) à comunidade, desde que contritos ou envergonhados por terem sido descobertos, prometendo evitar no futuro, emendando-se e obrigando-se à compensação ou à penitência⁴. Contrasta esse comportamento com o do corrupto que expõe a ilegalidade e testemunha contra outros dentro da instituição, com a promessa de receber uma punição mais branda pela denúncia e por apontar outros culpados.

Nenhum desses casos se enquadra na categoria excepcional de “corrupção heróica”, em que os autores não se beneficiam, mas arriscam muito por agirem pelo que acreditam ser o melhor interesse da comunidade. Agem de modo altruístico, motivados por alguma causa que crêem legítima ou justa. Podem estar equivocados e praticar ações repreensíveis, mas justificam-se pela ausência de alternativas. Atuaram em nome de uma causa verdadeiramente nobre e necessária. Nesse caso estão os *whistleblowers*, que delatam ilegalidades ou erros, de modo altruístico, sem vislumbrar recompensas⁵.

⁴ Em junho de 2000, por 52 votos contra 18 e 10 abstenções, o empresário Luiz Estevão (PMDB-DF) tornou-se o primeiro senador cassado da história do país. A votação foi secreta, mas há suspeitas de violação do painel por ordem do então presidente do Senado. No dia 23 de maio de 2001, o Conselho de Ética do Senado Federal aprovou por 13 votos a 2 o relatório do senador Saturnino Braga recomendando abertura de processo de cassação. No dia seguinte, o senador José Arruda renuncia ao mandato. O gesto de Arruda seria seguido pelo presidente do Senado, Antonio Carlos Magalhães (PFL/BA), que apresenta o pedido de renúncia em discurso de uma hora e cinco minutos, no dia 30 de maio (disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ext/especiais/tempestade/tempestade.htm>>. Acesso em: 18 out. 2006). Arrepentido, José Arruda (PFL/DF) confessa seu erro em campanha política. Nas eleições de outubro de 2006, em 1º turno, vence com expressiva margem de votos, para governador do Distrito Federal.

⁵ Na língua inglesa, *whistleblower* significa pessoa que denuncia, para a opinião pública ou para as autoridades, ato ilícito cometido numa organização. Essa expressão é uma referência direta ao árbitro que tem a função de coibir as jogadas ilegais soprando

Avaliar a legitimidade dessas condutas depende muito dos resultados e das *conseqüências* da suposta ação corrupta. Quem se beneficiou e quem foi penalizado? Os autores lucraram com algo que, de outra forma, não teria ocorrido. A sua intervenção foi determinante para o resultado. Inevitavelmente, recursos foram redistribuídos. Alguns foram favorecidos em detrimento de outros. *Não utilizando os procedimentos legais, os resultados foram manipulados de modo premeditado.* Provocou-se dano ao honesto, ao inocente, alheio a essas manobras. Um círculo privilegiado manipulou os resultados, em prol de uma agenda secreta, e assegurou-se da proteção aos seus membros. Outros, fora desse círculo, sofreram as conseqüências, não obstante a afirmativa de que ninguém saiu perdendo nem foi vitimado pela manobra. A corrupção desvirtua em favor do corrupto e penaliza o honesto. Esta a injustiça ou a imoralidade da corrupção que, uma vez revelada, é compreendida pela vítima, lembrando-a de sua impotência e inferioridade e despertando nela enorme ressentimento.

A corrupção é a antítese da moralidade. Esse pode ser um modo melhor de defini-la, mais do que a infrutífera busca por um conceito totalmente inclusivo. Nesse sentido, Wesberry apresenta uma das melhores descrições para captar a essência da corrupção:

A corrupção prospera na escuridão e na invisibilidade. É anônima e incomensurável. Origina-se dos vícios humanos de ganância e desejo de poder. Não tem cor, forma, odor. É conivente, secreta, despudorada, furtiva. Nem sempre deixa traços senão os que estão impressos nas mentes humanas, memórias e percepções⁶.

Nos dias atuais, essas memórias e percepções aguçaram a consciência popular em razão de inúmeros exemplos concretos ocorridos no mundo inteiro, como as investidas do governo italiano no controle da Máfia, a brutalidade da Máfia Russa, o declínio da

seu apito. Vale notar que a pessoa que aponta tais atos está protegida por lei nos Estados Unidos. De acordo com a Federal False Claims Act (Lei Federal contra Alegações Falsas), quem denuncia irregularidades pode até receber uma porcentagem do dinheiro recuperado pelo governo.

⁶ CAIDEN; DWIVEDI; JABBRA, 2001, p. 1.

economia no Japão, a recessão nos anos 1990 no sudeste da Ásia, os movimentos políticos nas Filipinas e no Paquistão, a inconsistência dos governos na África Setentrional, a demissão forçada de comissários europeus, escândalos político-partidários na Europa Ocidental, as operações de narcotráfico na Ásia e na América Latina, os bancos *off shore* em todo o mundo, a fraude e falência de algumas das maiores companhias americanas, a manipulação das bolsas de valores mundiais, sem mencionar o comércio global de bens e serviços ilegais, o contrabando internacional e a lavagem de dinheiro incentivados por governos corruptos⁷.

Todas são ilustrações contemporâneas da corrupção atuando de modo globalizado, com sérias repercussões em todas as nações. A presença tão óbvia da corrupção fez surgir, no início dos anos 1990, a Transparência Internacional (TI), para tornar pública essa ameaça e relatar as estratégias para combater esse mal. Conseqüentemente, a comunidade internacional não pode ignorar sua existência e, uma vez reconhecendo-a, precisa reverter seu curso. Para tanto, deve promover medidas saneadoras. Os dogmas que antes protegiam o corrupto não mais vigoram. Admite-se, consistentemente, que a corrupção é um obstáculo ao desenvolvimento mundial, que desencoraja o investimento, enfraquece a estabilidade, destrói a governança efetiva e desmoraliza o povo. O preço social pago pela corrupção tornou-se muito alto e precisa ser reduzido. As teorias econômicas que viam a corrupção como o azeite que desemperra a burocracia entendem, agora, que esse azeite não é senão areia que a torna ainda mais disfuncional⁸.

⁷ O Relatório Anual de 2005 da Transparência Internacional enumera os maiores escândalos ocorridos durante o ano, demonstrando que todos os países do mundo foram afetados por problemas de corrupção naquele período. A prevalência de escândalos na mídia, em 2005, como o Programa Petróleo por Alimentos das Nações Unidas, no Quênia, o escândalo de *leasing* inglês, as alegações de corrupção nas altas esferas das empresas alemãs, como também as investigações de financiamento político no Brasil, no Canadá e nos Estados Unidos demonstram maior conscientização e crescente relevância do tema corrupção. Ver: <http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2006/annual_report_2005#introduction>.

⁸ Invariavelmente o tema é levantado como uma bandeira para se chegar ao governo e, muitas vezes, com muito sucesso, o governo eleito se baseia em programas anti-

2 Medidas de combate à corrupção

A preocupação mundial com o combate à corrupção veio acompanhada por uma multiplicidade de estudos, muitos deles repetitivos e descritivos, de pouco uso prático, em virtude das próprias características do tema, que é complexo e nebuloso. Demonstrações de indignação moral não necessariamente se transformam em detalhes operacionais. A corrupção, ou melhor, as práticas corruptas, como o pecado, tomam as mais diferentes formas, mimetizam-se em inúmeros níveis de atividades, em múltiplos contextos. As generalizações são bem-vindas, mas pouco orientam quanto ao remédio que melhor se aplica a determinada circunstância. Por exemplo, oferecer ou receber propina são comportamentos diferentes da falsificação secreta de contas e recibos, todas, obviamente, atividades corruptas. Pode ser, porém, que a propina seja o preço para fechar negócio e afastar competidores, uma prática muito utilizada em grupos fechados, impermeáveis. Pode tomar a forma mais crua, como a simples transferência de dinheiro de mão-a-mão, ou a mais sofisticada, de jogo simulado em que o resultado prefixado iguala-se à propina negociada e paga sem deixar vestígios, ou ainda na forma de favores pessoais.

Assim também, a falsificação de relatórios financeiros pode ser produto de indivíduos que se crêem inalcançáveis, pois são os únicos em controle, sem qualquer supervisão. Ou podem também pertencer a sofisticados grupos de contabilidade fundados em estimativas, projeções, depreciações questionáveis e pagamentos permitidos, em que se simula ou dificulta a exigência de comprovantes. Dados podem ser maquiados (não falseados) suficientemente para esconder mais do que revelar, distorcendo assim o quadro financeiro real e desiludindo aqueles que os tomam como verdadeiros. Combater a corrupção exige, portanto, um elenco de espe-

corrupção. É o caso de grande parte dos eleitos recentemente no Peru, na Colômbia, na Argentina e na Venezuela. Todos candidatos vencedores tinham como principal ponto programático o combate à corrupção. Quando assumiram o governo, porém, pouca coisa foi implementada. Trata-se de um diagnóstico frustrante para quem desenvolve políticas propositivas de combate à corrupção.

cialistas, muitos deles em trabalho individual, isolado, com o uso de diferentes instrumentos de inspeção ou avaliação.

Antes, portanto, de aplicar estratégias de combate à corrupção, algumas questões cruciais têm que ser respondidas, passo a passo, da mesma forma que a medicina aborda algumas doenças. O que, exatamente, está errado? É o sintoma real ou imaginário? Se o mal não for tratado, quão severo ou mortal pode ser? É apenas um mal menor, sem maiores conseqüências? Que recursos técnicos podem ser empregados para acessar e localizar o teor da desordem? Há algum tratamento eficaz e de fácil aplicação? O tratamento disponível já foi testado ou é apenas experimental? Acaso o paciente compreende o que está envolvido no possível tratamento e está preparado para recebê-lo? Se houver interrupção no tratamento, o que pode ser feito? Em que ponto deve o tratamento ser suspenso, descontinuado ou repetido mais tarde? Quem são as pessoas competentes para tomar decisões quanto ao tipo de tratamento?

Tratando-se de corrupção, que não é uma doença pessoal mas um mal social, as respostas a essas questões não são claras e completas, como aquelas pesquisadas através dos séculos pela profissão médica, embora a corrupção possa ser tão antiga quanto as doenças humanas. O que é verdadeiro sobre as denúncias de corrupção? Quão relevante é essa denúncia e para quem? Se existem múltiplas práticas corruptas, qual é a que deve ser atacada primeiro ou ter prioridade no tratamento? Quão acurado é o diagnóstico? Os sintomas estão sendo confundidos com as verdadeiras causas da doença? Por que se crê que algo deve ser feito? Quais os requisitos para um tratamento efetivo e duradouro? Existe um suporte eficaz para o tratamento? Pode esse suporte ser institucionalizado e mantido para uma ação eficiente? Como se caracteriza o tratamento bem-sucedido e como pode ser ele avaliado? Em que ponto o tratamento deve ser substituído porque não funciona ou não alcança seus objetivos?

Como na medicina, a literatura e a prática do combate à corrupção oferecem muitas respostas e muito material para análise. Todavia, freqüentemente, quando se trata de atuar em determinada situação, os que combatem a corrupção são abandonados aos seus

próprios destinos. Nenhum caso é exatamente igual ao outro. Existem sempre variações, desconhecidas e arriscadas. A investigação exploratória pode revelar algo irrelevante ou pode descobrir algo muito mais grave do que o inicialmente suspeitado. O diagnóstico pode estar equivocado e o tratamento errado ser recomendado. O suporte esperado se esvai e desaparecem aqueles que se associavam à idéia de combater a corrupção. O corrupto pode virar a mesa e desconsiderar qualquer tentativa de limitar suas atividades, como aqueles que expõem a ação corrupta terminam por serem investigados e vitimizados pelos vilões reais. A analogia com a medicina termina aqui. Assume-se que os que curam os males humanos são benquistos, elogiados e abençoados por suas boas ações. Todavia, quando se trata de corrupção, o corrupto pode ser quem tem todos os trunfos, quem desafia a investigação, quem trata de eliminar seus acusadores e até quem treina seus sucessores, fundado nas experiências de seus erros e acertos, a atuarem de modo mais eficaz. Até o presente momento, a corrupção tem provado ser altamente refratária a qualquer tratamento. Renasce em tão múltiplas roupagens que exige vigilância constante e efetivo combate para prevenir contaminações⁹.

3 Distinguindo a corrupção individual da corrupção sistêmica

Quando é que uma maçã podre contamina outras num mesmo recipiente? Quando é que um recipiente estragado contamina tudo o que contém? Poucas organizações confessam ter agido de modo corrupto e que retenham empregados de mãos sujas. Ao contrário, a maior parte se mostra altamente indignada quando surge a mais leve suspeita de irregularidades ou ilegalidades, ou de que possam acobertar suspeitos de práticas imorais, mesmo que reconheçam que nem todos seus empregados sejam inocentes. Para evitar danos à sua imagem, as organizações têm como meta prevenir qualquer

⁹ CAIDEN, 2004.

suspeita de corrupção e buscam livrar-se de qualquer membro supostamente corrupto.

Nenhum sistema é perfeito. Pelas imperfeições escorrega o ilícito. Dentre os milhões de pessoas empregadas, uma percentagem de indesejáveis é selecionada e contratada, e ainda encontra meios de favorecimento ou de ocultar seus desvios. Quando algo ocorre, difícil acreditar que sejam suspeitos, pois se mostram inteligentes, leais, criativos, controlando as evidências para não serem expostos. Ninguém desconfia de suas ações, a não ser que suas vítimas os denunciem, o que não é fácil, porque é a palavra de um contra a do outro. Entretanto, mais cedo ou mais tarde, o corrupto comete erros que são verificados por pessoas qualificadas. Mesmo os que se dedicam a tarefas isoladas têm que apresentar relatórios que são verificados, comparados com outros e acessados em procedimentos destinados a detectar irregularidades ou abusos, ou, ainda, pela denúncia dos que foram prejudicados ou até mesmo de ex-colaboradores, que se revoltaram. Ou seja, operam, como agentes públicos, em uma redoma de vidro, transparente. Não podem esperar que tudo transcorra sem qualquer suspeita. Investigações periódicas ou qualquer exposição eventual de uma conduta indevida têm que trazer à luz o problema, a não ser que haja alguma vedação especial¹⁰.

Os malfeitores atuando nas organizações dependem de alguma proteção inicial. Levantar suspeição é uma coisa. Obter prova definitiva é outra, mais difícil. A corrupção, por ser furtiva, torna-se complexa quanto a obter evidência, sem revelar a fonte, e desvendar seus participantes. Sem evidência conclusiva suficiente, aos suspeitos é sempre dado o benefício da dúvida. Colaboradores, que temem também ser indiciados, mantêm-se silenciosos. Os colegas inocentes, temerosos de injustas acusações, solidarizam-se uns com os outros, pois esperam que todos se protejam em similar situação. A proteção dos pares é útil por conter as informações dentro do grupo, para que não se espalhem e acabem todos acusados pela

¹⁰ A imprensa brasileira refere-se aos casos “blindados” por dificuldades postas à investigação.

má-conduta de poucos. Em termos policiais, seria o “voto de silêncio”. Entretanto, a solidariedade entre os pares utiliza o mesmo tipo de proteção. Correta ou erradamente, o corrupto acredita que terá, dentro da organização, um tratamento mais favorecido do que externamente. Finalmente, nenhuma organização gosta de lavar a roupa suja em público. Preferem lidar com tais problemas por seus próprios meios e esconder, dentro do possível, o escândalo do público, evitando, ao máximo, a má-publicidade.

A corrupção sistêmica ou institucionalizada tem suas próprias características. Não pode ser confundida nem tratada como a corrupção individual. A corrupção sistêmica ocorre quando toda a organização – sua cultura, sua liderança, seu gerenciamento e seus membros – deliberadamente se envolve em práticas corruptas, negligências, erros e abusos, e até mesmo encoraja um comportamento impróprio ou imoral. Como isso ocorre? Alguns exemplos clássicos podem ser citados, desde desvios que atingem toda a corporação, como em determinado serviço de polícia local, nos Estados Unidos¹¹. Alguns departamentos de polícia civil, no passado, infringiram a lei ou se recusaram a manter a paz. Empregaram métodos inconstitucionais e ilegais. Entraram em conluio com os criminosos e com o crime organizado. Furtaram e protegeram quadrilhas que atuavam na sua jurisdição. Transportaram os bens por eles roubados nas viaturas policiais. Chamados a investigar, destruíram as evidências deixadas pelos ladrões. Falsificaram evidências e plantaram provas contra pessoas inocentes. Cometeram perjúrio. Associaram-se com prostitutas e traficantes. Apropriaram-se de bens confiscados para pagar propinas a informantes ou para infiltrar agentes nas quadrilhas. É exemplo dado não com o propósito de colocar a polícia americana sob uma luz negra, mas apenas para mostrar as possibilidades oferecidas no contexto policial que não estão disponíveis em outras organizações, que, por sua vez, têm suas próprias avenidas para a corrupção¹².

¹¹ CAIDEN, 1977.

¹² Ultimamente, as avenidas brasileiras têm se ampliado enormemente: foi preso um coronel do Exército e outros oficiais por desvio de milhões na compra de alimen-

Na corrupção sistêmica, alguém dentro da organização conhece e permite práticas corruptas¹³. Espera, também, que outros o imitem ou, pelo menos, que se mantenham neutros, passivos ou indiferentes ao que ocorre em sua volta. Em escala maior estão as “kleptocracias”, em que, virtualmente, todas as organizações públicas, e até as privadas, são corruptas. Todo o sistema de governança e os que com ele interagem são corruptos¹⁴. Apropriam-se de tudo o que lhes está acessível. A Transparência Internacional tem publicado listas dos países onde esse tipo de corrupção sistêmica é prevalente. O que caracteriza a corrupção sistêmica?

1. Para efeito externo, a organização tem um código de ética que é contraditório com as práticas internas.

2. Pressões internas, geralmente de natureza informal, para evitar relatórios oficiais, encorajam, estimulam e ocultam as violações do código de efeito externo.

tos; em Rondônia os chefes do Poder Judiciário e do Legislativo foram presos por roubo; juízes federais foram presos por desvio ou venda de sentenças; 23 dos 24 deputados estaduais rondonienses são acusados de roubo a granel; a Justiça investiga 43% dos deputados do Rio; a Câmara e o Senado Federais passam por um processo de corrupção nunca visto: são os mensaleiros, os sanguessugas etc.; o governador e o vice de Rondônia também estão envolvidos em operações contra o patrimônio público; dois ex-superintendentes da Polícia Federal foram presos por crime contra o patrimônio; dois bispos da igreja de Edir Macedo, a irmã dele e quase a metade da bancada evangélica estão envolvidos no batalhão dos sanguessugas ou mensaleiros; partidos políticos se vendem em leilão público e assim por diante. O atual Congresso mostra um grave percentual de corrupção: tem 12% de seus membros envolvidos em crimes, percentagem que faria qualquer instituição falir ou quebrar.

¹³ Raymundo Faoro, descrevendo as práticas do grupo criado em torno de Fernando Collor, diz: “Um bando de pessoas, ancoradas em cargos públicos, se apropria da força estatal, simbolizada na portaria até a medida provisória, numa escala que vai da coerção à violência policial e policialesca. O bando legisla, expedite ordens, dita sua vontade, vendida nos meios de comunicação de luz platinada, superior à terra e aos saberes da terra” (*IstoÉ*, 13 fev. 1991, p. 19).

¹⁴ Caiden (2001) chama a atenção para essa forma de corrupção chamada de “kleptocracia”. Aqui, os recursos públicos são vistos como botins privados, o poder do cargo público é usado para benefício próprio e a atividade política é vista como uma avenida para a própria iniciativa privada. O cargo público é um meio de enriquecimento sem limites. Ver, também, a respeito, Meney (1982).

3. Os que não se engajam nas violações são excluídos do círculo interno e de quaisquer benefícios resultantes das violações.

4. Os que violam são protegidos e, quando descobertos, tratados de modo leniente, enquanto os acusadores são penalizados por revelarem a hipocrisia.

5. Os que não violam sentem-se sufocar nessa atmosfera de suborno e vivenciam conflitos de consciência desde então.

6. Possíveis delatores são pressionados, desacreditados e necessitam ser protegidos permanentemente contra a retaliação.

7. Os violadores acostumam-se tanto com suas infrações que se acreditam acima da lei. Levantada suspeita contra eles, sentem que foram injustamente apontados.

8. A culpa coletiva encontra expressão na racionalização das violações internas que, na realidade, ninguém tem o propósito de eliminar, senão na ocorrência de uma pressão externa muito forte.

9. Investigações internas raramente atuam. Quando atuam, prontamente encontram desculpas para interromper ou arquivar seus trabalhos.

10. As autoridades internas tratam de assegurar ao público que quaisquer incidentes são ocorrências raras e isoladas¹⁵.

Essas características foram amplamente demonstradas no caso Enron Andersen¹⁶ e nas mais amplas investigações na contabilidade das grandes corporações em curso nos Estados Unidos, que demonstram cumplicidade nos mais altos escalões da corporação e do governo e os problemas facilmente gerados pelo controle interno da organização. Não existe garantia de que, mesmo que todos os violadores sejam destituídos de suas posições e que outros sejam colocados em seus lugares, a corrupção seja banida. Para consumo externo, investigações formais são ordenadas e até alguns indiciados podem vir a ser condenados. Todavia, alguns membros da organização sabem que tudo continuará na mesma. Há, entre-

¹⁵ CAIDEN; CAIDEN, 1977.

¹⁶ CAIDEN, 2002.

tanto, em alguns casos, uma mudança significativa. É quando os sucessores, preocupados com possíveis repercussões individuais, asseguram-se que não serão expostos da mesma forma. Reorganizam-se para fazer com que a visibilidade seja mais difícil. Em resumo, mudam-se as pessoas, mas as práticas corruptas persistem. A corrupção institucionalizada requer reformas estruturais nas leis administrativas e comerciais, na prática profissional, na cultura organizacional e profissional, em princípios éticos e educacionais, na responsabilidade do agente público e na política financeira, que devem opor-se aos interesses cristalizados no *status quo* dominante e refratário a aceitar responsabilidade.

A existência de extensa corrupção sistêmica afeta de modo cruel a sociedade, como um todo, e corrompe todos os que entram em contato com o sistema, sejam os membros internos ou mesmo externos à instituição.

A corrupção sistêmica perpetua o poder político na mão dos que o detêm e restringe os processos de tomada de decisão, conseqüentemente impedindo a reflexão sobre mudança social numa ótica mais ampla.

A corrupção sistêmica suprime a oposição, conseqüentemente alimentando o ressentimento do povo que precisa apenas de uma centelha para mostrar sua indignação.

A corrupção sistêmica cristaliza e amplia as divisões sociais, aprofundando o fosso entre os destituídos e os que detêm a riqueza.

A corrupção sistêmica restringe mudanças políticas, conseqüentemente sacrificando o interesse público a interesses particulares de determinados grupos ou setores.

A corrupção sistêmica impede necessárias reformas e perpetua práticas administrativas execráveis que afrontam e reduzem a produtividade.

A corrupção sistêmica desvia recursos escassos das utilidades e serviços públicos para interesses privados, insensível a indignados protestos.

A corrupção sistêmica contribui para a anomia social, pois alimenta a efetivação de negócios impróprios ou escusos.

A corrupção sistêmica solapa a credibilidade das instituições públicas e contribui para a alienação do povo.

A corrupção sistêmica é disfuncional quanto à globalização, à modernização e à governança eficaz.

A corrupção sistêmica abriga uma rede político-criminosa que desafia a segurança global.

São características tão comprovadas que não podem ser ignoradas pelos líderes políticos de nenhum lugar do mundo. Desafortunadamente, muitos deles lá chegaram utilizando a corrupção sistêmica, e muitas das próprias organizações internacionais ou nacionais sofrem do mesmo mal. Está tão integrada nos hábitos das instituições que seus membros não despertam para a sua verdadeira natureza. Poucos se dão conta de que a corrupção sistêmica não pode ser tratada da mesma forma que a corrupção individual. Medidas drásticas são imprescindíveis. Entretanto, falta a vontade política, o tempo, a paciência e o conhecimento para esse avanço, e alguns podem estar tão comprometidos que não têm condições para mudar o próprio sistema que os erigiu ao topo. É mais fácil e mais confortável concordar com resoluções descompromissadas, manter conferências em locais agradáveis, subvencionar estudos eruditos, distribuir relatórios enobrecedores e, geralmente, endossar apelos para corrigir desvios e abusos do que agir de modo que possa comprometer ou embaraçar qualquer colega. Se a ganância é suspeita de ser a fonte de muita corrupção sistêmica, então a lavagem de dinheiro deveria ser o primeiro foco. Porém, não obstante o excesso de discussão, muito pouco tem sido feito para controlar o curso do dinheiro sujo e para atar as mãos sujas dos que o lavam¹⁷.

¹⁷ Por outro lado, exemplo de atuação eficaz é o da Ação Penal n. 2003.82.00.010554-4. A Justiça Federal da Paraíba condenou Antônio Tavares de Carvalho, Antônio Carlos Costa Moreira da Silva (ambos ex-Procuradores da Fazenda Nacional), Ricardo Cézar Ferreira de Lima, Edson de Mendonça Rocha (dois ex-servidores do mencionado órgão) e José Ronaldo Alves Teixeira (comerciante que interme-

4 Remédios

O barulho atual sobre corrupção, um pouco distinto do passado, indica que existe um interesse mais genuíno do que jamais houve no controle das práticas corruptas. Felizmente, os avanços atuais demonstram que os profissionais especializados sabem, entre eles, que ações tomar. Muitos ainda esperam uma luz verde para começar. Sabem que os líderes mundiais não estão ainda inteiramente compromissados para unir forças. Têm dúvidas quanto a mergulhar no problema sem forte evidência de que a corrupção pode, de fato, ser reduzida. Todos precisam ou esperam ações mais eficazes das entidades cívicas ou sociais para reduzir suas dúvidas. A ajuda está alerta, à mão, uma vez que as pessoas se decidam a lutar. Além da abundância de conselhos técnicos quanto ao que deve ser feito em relação às práticas corruptas, emerge uma nova indústria que só lida com educação e treinamento em ética pública e com investigação de violações e abusos. Governos e corporações com problemas estão mais preparados para expor-se a aconselhamentos e pesquisas. Não se acanham ao promover conferências e encontros em ética e corrupção. A comunidade internacional secunda essa nova abertura como evidenciado pela passagem de resolução internacional condenando as más-práticas, declarações de líderes mundiais prometendo ação para atacar a ameaça de corrupção, o sucesso da Transparência Internacional, a assistência internacional

diava as negociações) por envolvimento na fraude conhecida como “Escândalo da Fazenda Nacional”. As irregularidades consistiram, em síntese, na redução ou cancelamento indevidos realizados por ex-servidores e ex-Procuradores da PFN/PB, de dívidas contraídas e inscritas junto à União, no período de 1995 a 1999, envolvendo 88 pessoas jurídicas (na maioria) e físicas. Após a descoberta da fraude, a Procuradoria da Fazenda Nacional reativou os débitos que contabilizavam, em valores atualizados até abril de 2004, cerca de R\$ 112 milhões.

Outra iniciativa foi a publicação do Decreto n. 4.923, de 18 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, tendo em vista o disposto no art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Trata-se de órgão colegiado e consultivo vinculado à Controladoria-Geral da União, que tem como finalidade sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública e estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

avançada para lidar com a corrupção, a publicidade dada às comissões anticorrupção e a crescente preocupação dos líderes de corporações internacionais para reduzir a imagem negativa e venal gerada pela freqüente exposição ao escândalo.

Não há local inteiramente protegido da corrupção e mesmo as mais venerandas instituições são contaminadas pelo escândalo. Em qualquer lugar, o poderoso abusa de sua posição, talvez, até, apenas para mostrar que possui esse poder. De todo modo, a corrupção tem que ser combatida onde quer que se encontre. Atenção especial deve ser dada às práticas corruptas que provocam males maiores. Todavia, pode ser mais fácil começar com ou concentrar-se em formas que podem ser combatidas com uma correta avaliação inicial de sucesso, preparando o contexto para promover campanhas para lidar com os casos mais sérios. Uma escolha terá que ser feita quanto à ênfase a ser colocada em reformas legais ou em ações policiais; em investigações independentes e publicidade direcionada; em moralidade pessoal e integridade individual; em segurança organizacional; na educação do público; no estabelecimento de modelos e lideranças; em campanhas de ataque à corrupção focalizando objetivos pré-selecionados; na combinação desses ou outros instrumentos para atacar as práticas corruptas¹⁸.

Infelizmente, uma forma de corrupção está quase sempre conectada com outra, de modo que se alimentem mutuamente. Se a tolerância do cidadão à corrupção é reduzida, se o povo não fica passivo e se menos crédito é dado aos violadores para livrá-los de qualquer suspeita, todos são fatores que auxiliam nas estratégias de combate à corrupção. As mãos sujas não se limpam mutuamente, porém contaminam tudo o que tocam. Logo, em estágio preparatório, o povo deve demonstrar sua indignação. Deve protestar e dar

¹⁸ A Transparência Brasil é a única organização não-governamental brasileira dedicada exclusivamente a combater a corrupção. Para isso, desenvolve um leque de programas destinados a melhorar os mecanismos de prevenção, a fortalecer o papel das organizações da sociedade no acompanhamento e controle da atuação do Estado e a sistematizar o conhecimento a respeito da corrupção no país. Ver: <<http://www.transparência.org.br>>.

suporte aos esforços de combate à corrupção. Todos os envolvidos nessa luta devem evitar usar sua posição e sua instituição para usufruir vantagens pessoais, devem impor a mesma disciplina a todos e destituir os culpados de seus postos públicos. Tudo isso pressupõe liberdade de informação e uma mídia disposta a investigar as queixas de violações e abusos e a expor a corrupção sem medos ou só para prestar favores. Entretanto, mesmo tais medidas permanecem inacessíveis para muitos países onde, até que isso aconteça, a corrupção continuará sendo um desafio à integridade, bem-estar e estabilidade, e onde qualquer um pode ser vítima do desvio e abuso do poder.

Enquanto os violadores persistem no propósito de evitar avanços na erradicação da conduta corrupta, a história comprova que o mal pode ser controlado. Cada vez mais, os países estão se conscientizando de que práticas corruptas podem ser gerenciadas e colocadas sobre escrutínio, muito embora uma vigilância constante seja necessária para manter o país livre de corrupção ou prevenir nova deterioração. Os seguintes fatores parecem cruciais¹⁹:

Líderes morais e honestos (e suas relações próximas) – pessoas capazes e virtuosas podem ser atraídas ao serviço público e nele mantidas sem grande sacrifício pessoal. Devem ser cuidadosamente selecionadas e monitoradas, no sentido de se assegurar que conservam (como também seus parentes) as mãos limpas. Deve haver demissão imediata de qualquer indivíduo que se envolva em violações e ação disciplinar imediata contra qualquer um que colabore com práticas corruptas.

Adequada regulamentação social – que alcance as raízes da corrupção, que fortaleça os controles sociais para os quais não existe nenhum suporte. A conformidade externa é adquirida às custas de muito ressentimento e estratégias para fugir de tais controles. A governança tenta intervir onde não é bem-vinda, o que resulta em evasão e ausência de efetiva coação, além de normas internas contraditórias e regulamentações que muitas vezes impedem o cidadão honesto de conduzir de modo legítimo seus negócios. Em todas

¹⁹ CAIDEN, 2001.

as jurisdições existem normas legais ultrapassadas, mas que permanecem em vigor porque não há interesse em se instituir reformas.

Redução dos monopólios – inevitavelmente e quase inconscientemente, os monopolistas abusam de suas posições. Onde a competição não pode ser introduzida, os monopólios têm que ser cuidadosamente monitorados e submetidos à transparência e total responsabilidade (prestação de contas) para assegurar que suas ações são legais, morais, produtivas, efetivas e eficientes.

Governança democrática transparente – certamente as autocracias têm enorme propensão à corrupção. Todo o esforço deve ser feito para assegurar governos democráticos. Isso é muito difícil de se obter em organizações privadas e nas instituições públicas reguladas por normas de exceção, afastadas das normas democráticas, processos e controles. Salvaguardas e indenizações devem ser estipuladas no caso de abusos e desvios de poder.

Profissionalismo – amadores são nomeados em governos democráticos, mas a administração democrática requer profissionalismo, que adere à ética profissional, e padrões de excelência: evita causar dano, mantém-se atualizado, cuida de projetar sua imagem e garantir sua reputação pela competência, produtividade, disciplina e constante aperfeiçoamento.

Competência – a incompetência estimula a corrupção. O estabelecimento de um sistema, de ordem e de regularidade são fatores essenciais para detectar abusos. A administração competente por si só é um excelente preventivo contra a corrupção. Com competência, as irregularidades são facilmente verificadas antes que se cristalizem em rotinas.

Integridade pessoal – quando todos os recursos já foram utilizados para lutar contra a corrupção, os elementos insubstituíveis são a integridade pessoal e a aversão das pessoas em aceitar a corrupção. Pessoas dotadas de valores, que sabem distinguir entre o certo e o errado, raramente se afastam das normas e preferem demitir-se a ter que participar em más ações. Postura ética e educação cívica

são valores imperativos, que devem ser comprovados e não apenas pressupostas as suas existências.

Nenhuma dessas medidas é de fácil implementação, nas condições específicas de cada tempo e lugar. Klitgaard (1988) é quem apresenta uma estrutura geral mais prática de implementação de esforços anticorrupção, com base nessas linhas apresentadas por Caiden (1977), que inclui a supressão dos lucros da corrupção e exposição dos verdadeiros cabeças (*big fish*) ao público. Klitgaard (1988) considera importante condenar as culturas organizacionais que não estimulam a responsabilidade pessoal e a prestação de contas por parte de seus membros, incentivar programas que promovam o *ethos* democrático, fortalecer o sistema de mérito no serviço público, desenvolver competências e inculcar uma cultura de transparência e responsabilização.

5 Peculiaridades da corrupção na América Latina

No que se refere à América Latina, os trabalhos de estudiosos, como Robert Klitgaard e outros que se dedicaram à mesma área de pesquisa, revelam diferenças em métodos. Klitgaard (1988a, 1998b) funda-se, primeiramente, no aspecto econômico, enquanto os Caidens (1977) concentram-se na perspectiva governamental. Muitos economistas evitam tocar no aspecto moral. Focalizam em questões como o liberalismo, a privatização e as corporações, enquanto os governistas preocupam-se com o componente ético. Concentram-se em valores da comunidade, tomadas de decisão governamentais e administração pública (em oposição à administração privada). Os economistas reconhecem que, segundo suas perspectivas, a corrupção tem vantagens por agilizar o desenvolvimento econômico, promovendo iniciativas empresariais, enquanto os governistas questionam o custo social (não-econômico) do desenvolvimento sob o peso da corrupção. Um grupo tende a desconhecer os custos invisíveis da corrupção, ao passo que o outro grupo se preocupa mais com os custos sociais, a longo prazo, da atuação corrupta.

A corrente dos economistas ainda tem grande influência sobre as organizações internacionais e os governos mais conservadores. Entretanto, os especialistas governamentais têm se multiplicado constantemente de modo abrangente e, ultimamente, parecem ter sobrepujado o enfoque econômico, pelo menos na área pública, muito embora os economistas ainda comandem dos bastidores.

Atualmente, as duas correntes têm empreendido uma grande frente de batalha na América Latina. Como em qualquer outra área do planeta, a esta se aplica toda a análise feita acima. Como região, a América Latina é menos transparente do que os países escandinavos e outros da comunidade inglesa (Canadá e Austrália); mas também não é tão caótica como as terras sem lei do Saara Africano e da Ásia Central. Não obstante, não se pode negar as áreas problemáticas da América Latina, como a lavagem de dinheiro no Caribe, o cultivo e tráfico de substâncias proibidas nos Andes, o crime organizado na América Central, as irregularidades financeiras no Brasil, a ausência de lei e ordem no Haiti, e muito mais. Tais características são plenamente conhecidas, têm sido e permanecem sendo objeto de investigação internacional e de crítica dos órgãos internacionais. São, portanto, causa de preocupação global, não apenas focos de intervenção dos Estados Unidos. Entretanto, pode-se também apontar aspectos positivos, de combate persistente, nesses mesmos países. Por isso, uma perspectiva otimista deve ser mantida²⁰.

²⁰ A edição 2006 do Índice de Percepções de Corrupção, da Transparency International, que é um *ranking* de países organizados de acordo com a sua imagem internacional quanto à corrupção, reforça a conexão entre pobreza e corrupção. Tomando-se como referência a lista do ano passado, o Brasil caiu cinco posições. O índice é compilado a partir de diversas pesquisas em que se pede a opinião das pessoas pesquisadas a respeito do grau de corrupção que afeta diferentes países. Como os recentes escândalos de corrupção tiveram bastante repercussão internacional, é provável que isso tenha sido determinante na formação dessas opiniões sobre o país. O Brasil está na 70ª colocação (3.3), juntamente com China, Egito, Gana, Índia, México, Peru, Arábia Saudita e Senegal. Mostra que, não obstante o avanço na legislação, a máquina da corrupção se mantém bem lubrificada. É também importante observar que o índice não diz respeito à imagem de um governo, mas do país. Como a corrupção afeta diferentes esferas e poderes, isso significa que governos centrais são apenas parcialmente responsáveis quanto à opinião internacional a res-

Trata-se, todavia, de uma tremenda carga colocada nos ombros dos cidadãos, tanto os que vivem cercados por essa atmosfera como aqueles que estão fora desse contexto, que desconhecem os efeitos que também os afetam – muitas vezes na forma de preços mais altos para importações, insegurança para os investidores, produtos deteriorados, mão-de-obra despreparada, distribuição de lucros entre quadrilhas e crime organizado, perpetuação da escravidão e outras infrações aos direitos humanos básicos, clamante injustiça, pobreza abjeta, discriminação social, violência urbana, ameaça rural –, e que são conseqüências intoleráveis para os próprios governantes em suas específicas administrações.

Enquanto os externos à conjuntura podem se manter insensíveis, aqueles que vivenciam essas violações têm que estar alertas. O maior problema é que esses, os que estão dentro do sistema, acabam por habituar-se e findam por socializar-se nessa cultura. Não vêm a corrupção com a sua verdadeira face, com as múltiplas conseqüências nefastas que provoca. Aqueles que são externos ao problema levam vantagem como mero observadores, porém pouco podem contribuir. Apenas os que são parte do sistema – os cidadãos da área em questão – podem atuar de maneira efetiva na luta contra o mal que inibe seu progresso. O mínimo que devem fazer é tentar reduzir a corrupção, denunciá-la desde as mais importantes e mais danosas atividades até aquelas menores, que parecem inofensivas, assegurando-se de que a contaminação não avance. Uma coisa é certa: inatividade, indiferença e complacência só fortalecem a corrupção e o corrupto. A menos que os cidadãos, nesses contextos, levantem-se e mostrem sua indignação, e exijam a conduta correta tanto no setor público quanto no privado, os de fora, mesmo que bem-intencionados, permanecerão apenas como observadores.

Os cidadãos latinos sabem melhor do que ninguém a situação da corrupção em seus países. Têm, claramente, toda a informação

peito do nível de corrupção nos respectivos países, em especial quando são muito descentralizados, como é o caso do Brasil. Ver em: <http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2006/cpi_2006/cpi_table>. Acesso em: 24 nov. 2006.

de que precisam. Podem chamar as comunidades internacionais para pronta ajuda. O trabalho eficiente tem que ser feito em casa. Tudo o que os de fora desejam é que os ativistas latinos não se equivoquem por inúmeros mitos populares.

Primeiro, o *mito de que a corrupção na América Latina e no Caribe é diferente da corrupção em qualquer outro lugar, e de que é tão peculiar à região que qualquer medida de combate à corrupção empregada fora daquele contexto a ele não se aplica*. Certamente que podem ser aplicadas, mesmo que tenham que ser modificadas, ajustadas às peculiaridades de cada país ou circunstância, e reajustadas. Apenas, não devem ser introduzidas sem uma reflexão sobre suas reais necessidades e formas de adaptar diferentes soluções. Não podem ser consumidas exatamente como se apresentam. Esse é o verdadeiro trabalho dos reformistas: ajustar aos aspectos domésticos e continuamente monitorar e corrigir o curso dos eventos. Nenhum contexto é exatamente igual ao outro. Todavia, em matéria de corrupção, existe um enorme grau de universalidade, mais do que se supõe²¹.

Segundo, *os países pobres, em desenvolvimento, são mais sujeitos à corrupção do que os países ricos, desenvolvidos*. Sem dúvida, a escassez é um dos maiores fatores para perpetuar a corrupção. Entretanto, muitos dos mais desenvolvidos países do mundo lançaram-se em diversas atividades corruptas, enquanto outros, bem pobres, não o fizeram. Os países ricos apresentam maiores oportunidades para corrupção e os desvios nesses países são mais engenhosos na sua arquitetura. A escassez permite a renda econômica florescer, espe-

²¹ A Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em proposta apresentada pela Missão Permanente da Argentina e co-patrocinada pelas Missões Permanentes do Chile, Equador, Guatemala e Nicarágua, e acordada pela CAJP em 12 e 19 de abril de 2005, recomenda aos Estados-Membros que, em comemoração da declaração de 2006 como Ano Interamericano de Combate à Corrupção, considerem, entre outras, as seguintes ações: divulgar, mediante a realização de atividades, incluindo conferências e seminários, as iniciativas e ações empreendidas no combate à corrupção, incluindo os resultados alcançados e as lições aprendidas, bem como os problemas e as questões colocadas pela corrupção, entre as quais seus efeitos prejudiciais para o desenvolvimento social, político e econômico (OEA/Ser.GCP/CAJP-2265/05 rev. 3, 19 abril 2005).

cialmente nos gêneros de primeira necessidade e nos serviços. Na teoria, aumentando a oferta e o acesso a esses bens e serviços, deveria diminuir a propensão ao comportamento corrupto. A edição 2006 do Índice de Percepções de Corrupção, da Transparency International, reforça a conexão entre corrupção e pobreza.

Terceiro, *países com um grande setor público estão mais sujeitos à corrupção do que os países que têm um setor público menor*. O pressuposto aqui é que a corrupção oficial é muito pior do que a corrupção privada. Mas não há comprovação. A corrupção é mais bem dissimulada pelo setor privado, e sua dimensão não é tão aparente quanto a corrupção no setor público, que tende a ser exagerada e generalizada. O empresariado odeia escândalos, ou outra qualquer propaganda que afete a sua imagem e que possa afastar seus clientes, consumidores, associados ou empregados potenciais. Tentam acomodar ao máximo e afastar possíveis denunciantes.

As instituições públicas, que devem trabalhar em atmosfera transparente, mais exposta à mídia, não podem se dar ao mesmo luxo. São mais vulneráveis à publicidade indesejada. De qualquer modo, no mundo atual da governança, as duas arenas – privada e pública – não mais se separam e devem ter comportamento similar, dentro dos mesmos princípios éticos. A corrupção – seja a pública, seja a privada – mescla-se bastante. As duas estão juntas na maior parte das vezes, uma explora e interage com a outra. O tamanho e a natureza da atividade parece ter pouco a ver com a presença ou a ausência de corrupção²².

Quarto, *democracias liberais são menos predispostas à corrupção do que os regimes patrimoniais autocráticos*. Isso provavelmente é mais do que verdadeiro, haja vista que os regimes autocráticos são mais *opressivos* e negligenciadores dos direitos humanos básicos. Mas as democracias também não são tão puras e transparentes. Nelas, a corrupção toma diferentes matizes, menos visíveis e óbvios. Uma aparência de civilidade pode ser apenas um requisito para conduzir a coisa pública, onde o mesmo sentimento de desamparo

²² CAIDEN, 2004.

é vivenciado pelas vítimas da corrupção. A mesma alienação, a mesma fraqueza, a mesma frustração e raiva, similar à do cidadão enganado que não tem instrumentos de defesa (constitucionais ou legais) postos à sua disposição. A diferença é que, na democracia, existem limites quanto aos abusos e desvios do poder, o que certamente não é um atributo dos países com regime autoritário.

Quinto, a *privatização parece reduzir a expansão da corrupção oficial*. Quando se introduz a competição de mercado, isso pode muito bem ocorrer. Entretanto, grande parte da privatização se dá em monopólios naturais, em que o controle público é transferido para o controle privado sem qualquer salvaguarda contra abusos para proteger a transparência, sem responsabilidade profissional ou fiscal, sem consideração ao interesse público, ao bem comum e à prestação de contas. O paternalismo estatal tem suas desvantagens, como sinecuras, nepotismo e clientelismo, mas não são piores do que o existente no que se entende por “negócios normais” no setor privado ou no patrimonialismo privado, dada a concentração da propriedade da terra, do capital, dos negócios, do nível de educação, do poder político, da autoridade religiosa e da elite privilegiada.

Sem dúvida, existem outros mitos sobre corrupção na América Latina e no Caribe que desiludem simplesmente pela multiplicidade de formas que apresentam. Ambos, o corrupto e suas vítimas, procuram saber o porquê de sua prevalência, quem se beneficia mais, e das dificuldades em controlá-la. O vencido desanima e acredita que a corrupção é e continuará sendo uma parcela integrante da imperfeição humana, que sempre contaminará a espécie. Sua supressão será sempre temporária, emergindo periodicamente, em diferentes roupagens. Observam que a vontade política de atacar a corrupção é fraca, entorpecida por vários níveis de privacidade, indiferença, auto-acusação e indecisão. Em muitos países latinos, a corrupção campeia, aberta e desavergonhadamente, e poucos se sentem perturbados. Isso é a realidade e, provavelmente, continuará sendo. A corrupção está enraizada na própria estrutura do poder. Melhor, talvez, deixá-la de lado e concentrar-se em ques-

tões mais importantes. Trazer os problemas à tona pode resultar em mais males derivados de retaliação pelo corrupto e seus seguidores, que se encontram, em muitos casos, em posição de punir os que se atrevem a interferir em seus negócios.

Porém, sempre haverá ativistas desejosos de combater a corrupção na América Latina ou em qualquer outro lugar, mesmo pondo em risco sua própria vida. Podem, tardiamente, descobrir que os corruptos foram afastados antes que eles pudessem atingir seus objetivos. Não são tolos. Empenham-se de modo sincero e comprometido na busca da verdade e esperam que o corrupto se defenda em respeito ao devido processo legal. Sabem dos sacrifícios que outros, com os mesmos propósitos, tiveram que suportar. Seus mártires foram rapidamente esquecidos, mas alguns até tiveram sucessos inesperados. Podem ser anônimos para o grande público, que não sabe da contribuição que deram para sanear, ao menos, alguns serviços e contratos públicos, mas ainda há aqueles dotados de ideal, de sentido de missão, que podem inspirar as próximas gerações, embora não em número suficiente para reverter a corrente. Acredita-se que pressões internas, combinadas com pressões externas de um número cada vez maior desses idealistas, mais a persistente proposta de mudança, possam transformar todo o cenário em um mundo melhor, menos perverso.

6 O objetivo final

A corrente doutrinária governamental enfatiza²³ que corrupção é uma forma particularmente contagiosa de patologia burocrática. Uma vez infiltrada na essência de cada sistema, alastra-se rapidamente. Deixada sem tratamento, destrói a efetividade da área contaminada. Mesmo que atacada a tempo, ao primeiro sinal da doença, não há garantias de que será eliminada totalmente. As estratégias atuais apenas se propõem a conter e minimizar os efeitos da doença, não a erradicá-la totalmente. Os astutos e ardilosos estarão sempre um passo adiante, e assim permanecerão, enquanto

²³ CAIDEN, 2001, p. 451.

um sistema de integridade pessoal não fizer parte do caráter dos que lidam com a coisa pública.

Referências

CAIDEN, G.E. *Police revitalization*. Lexington, MA: Lexington Books; D. C. Heath, 1977.

———. *Public disillusion and organizational self-policing*. The Fifth International Anti-Corruption Conference, Amsterdam, 1992.

———. Dealing with administrative corruption. In: COOPER, T.L. (Ed.). *Handbook of administrative ethics*. 2. ed. New York: Marcel Dekker, 2001. p. 429-455.

———. Enron, accountancy and professional ethics. *Public Integrity*, v. 4, n. 4, p. 321-332, Fall 2002.

———. The burden on our backs: corruption in Latin América. 7th CLAD Conference, Panama City, Oct. 2003. *Reforma y Democracia*, n. 28, p. 59-64, 2004.

CAIDEN, G.E.; CAIDEN, N.J. Administrative corruption. *Public Administration Review*, v. 37, n. 3, p. 301-309, May/June 1977.

CAIDEN, G.E.; DWIVEDI, O.P.; JABBRA, J. (Ed.). *Where corruption lives*. Bloomfield, CT: Kumarian, 2001.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS. *Gestión y Política Pública*, México, v. 10, n. 2, 2001. (Edição integral).

CORONEL, S.S. (Ed.). *Pork and other perks: corruption and governance in the Philippines*. Metro Manila: Philippine Center for Investigative Journalism, 1998.

CHAPMAN, R.A. (Ed.). *Ethics in public service for the new millennium*. Aldershot, England: Ashgate Publ., 2000.

GRAY, C.W.; KAUFMAN, D. Corruption and development. *Finance and Development*, v. 35, n. 1, p. 7-10, 1998.

HEIDENHEIMER, A.; JOHNSTON, M. (Ed.). *Political corruption*. 3. ed. New Brunswick, NJ: Transaction Publ., 2001.

- HELLMAN, J.; KAUFMAN, D. Confronting the challenge of state capture in transition economies. *Finance and Development*, v. 38, n. 3, p. 31-35, Sept. 2001.
- INSPECTORS GENERAL OF THE UNITED STATES. The War on Corruption. *The Journal of Public Inquiry*, Fall/Winter Issue, 2001.
- KANG, D.C. *Crony Capitalism*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2002.
- KLITGAARD, R. *Controlling corruption*. Berkeley; Los Angeles, CA: University of California Press, 1988a.
- . International cooperation against corruption. *Finance and Development*, v. 35, n. 1, p. 3-6, 1998b.
- LANGSETH, P. *Building integrity: what is to be done?* Washington, D.C.: Economic Development Institute, World Bank, 1998.
- MITRA, C. *The corrupt society: the criminalization of India from independence to the 1990s*. New Delhi: Penguin Books India, 1998.
- MAOR, M. Feeling the heat? Anti-corruption agencies in comparative perspective. *Governance*, v. 17, n. 1, 2004.
- MAURO, P. Corruption: causes, consequences, and agenda for further research. *Finance and Development*, v. 35, n. 1, p. 11-14, 1998.
- MENEY, Patrick. *A kleptocracia: a corrupção na União Soviética*. Tradução de Maria C. de Resende. Rio de Janeiro: Record, 1982.
- NOONAN, J.T. *Bribes*. New York: Macmillan, 1984.
- QHAH, J.S.T. Globalization and corruption control in Asian Countries. *Public Management Review*, v. 3, n. 4, p. 453-470, 2001.
- . *Curbing corruption in Asian Countries: a comparative analysis*. Singapore: Times Media Academic Publ., 2003.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1999.
- SIDDIQUI, T.A. *Towards good governance*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Annual Reports*. Berlin, 1993.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Corruption and integrity improvement initiatives in Developing Countries* (with the OECD Development Centre). New York: Management and Governance Division, 1998.
- . *Fighting corruption to improve governance*. New York: Management and Governance Division, 1999.
- UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. *A handbook on fighting corruption*. Washington, D.C.: Center for Democracy and Governance, 1999.
- VAN BUITENEN, P. *Blowing the whistle: one man's fight against fraud in the European Commission*. London: Politico's Publ., 1999.
- VOLKOV, V. *Violent entrepreneurs: the use of force in the making of Russian Capitalism*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2002.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1 Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2 Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3 O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, pelo fax (61) 3313-5185, o Formulário de Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico, disponível na página da ESMPU, no endereço <www.esmpu.gov.br>, no *link* “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.
- 1.4 Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato .doc (Word), por meio eletrônico, para o endereço <editacao@esmpu.gov.br>.

- 1.5 As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023).
- 1.6 O Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1 Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2 Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3 A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.4 Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.5 As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.6 O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

