

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

Procurador-Geral da República
CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA CUREAU

Procuradora-Geral do Trabalho
SANDRA LIA SIMÓN

Procuradora-Geral da Justiça Militar
MARISA TEREZINHA CAUDURO DA SILVA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios
JOSÉ EDUARDO SABO PAES

CONSELHO ADMINISTRATIVO

Titulares

Ministério Público Federal: LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República
Ministério Público do Trabalho: DANIELA RIBEIRO MENDES – Procuradora do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES –
Procuradora de Justiça
Ministério Público Militar: EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

Suplentes

Ministério Público Federal: FÁTIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI – Procuradora Regional da República
Ministério Público do Trabalho: ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça
Ministério Público Militar: NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

COORDENADORES DE ENSINO

Titulares

Ministério Público Federal: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA COSTA – Procurador da República
Ministério Público do Trabalho: ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça
Ministério Público Militar: CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

Suplentes

Ministério Público Federal: CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República
Ministério Público do Trabalho: CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Procurador do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça
Ministério Público Militar: MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar

CONSELHO EDITORIAL

Coordenador: PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br
Conselheiros: ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador Regional da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* aramos@prsp.mpf.gov.br ; GUSTAVO ERNANI CAVALCANTI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – *e-mail:* dantas@prt10.mpt.gov.br ; ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO III - NÚMERO 10 – JANEIRO/MARÇO DE 2004

BRASÍLIA/DF

BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 318

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 313-5111 – 313-5114 – 313-5116 – Fax: (61) 313-5185

Home Page: <http://www.esmpu.gov.br>

E-mail: editoracao@esmpu.gov.br

© *Copyright* 2004. **Todos os direitos autorais reservados.**

Supervisão Editorial:

Cecilia S. Fujita dos Reis

Setor de Editoração:

Adriene Rejane Sousa

Isa Maria Feitoza de Paula

Sandra Maria Gauche

Diagramação, fotolitos e impressão:

Dupligráfica Editora Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2396 – CEP 70610-400 – Brasília/DF

Tel.: (61) 344-1918 – Fax: (61) 344-1924 – E-mail: dupligráfica@zaz.com.br

Capa:

Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

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 III, n. 10, jan./mar., 2004

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* chega ao seu décimo número.

Ao longo destes quatro anos iniciais – uma vez que a Escola, criada pela Lei n. 9.628, de 14 de abril de 1998, só veio a ser instalada em junho de 2000 –, tivemos a felicidade de partilhar com cada membro do Ministério Público da União um sonho, e vê-lo transformar-se em realidade.

Hoje a ESMPU é conhecida pela excelência de seus cursos, seminários e publicações. Dentre estas, o *Boletim Científico* se destaca como um periódico de alto nível, divulgando a produção acadêmica dos membros da Instituição e de outros profissionais de renome, como magistrados, professores e advogados. Cumpre, assim, o *Boletim*, o objetivo de ser um instrumento de reflexão e de troca de idéias. O seu sucesso deve-se ao trabalho contínuo de seu Conselho Editorial e ao talento dos colegas e demais colaboradores, responsáveis pelos artigos publicados.

Neste número, a variedade de temas demonstra a diversidade das tarefas hoje entregues ao Ministério Público brasileiro. Matérias que envolvem assuntos ainda controvertidos na jurisprudência dos tribunais, como a competência criminal nos crimes contra a fauna, além de textos versando sobre direito constitucional, civil, processual, trabalhista, previdenciário, ambiental e sobre a defesa do consumidor, traduzem as múltiplas facetas do dia-a-dia de nossa atividade institucional.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



COLABORADORES

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho – Procurador da República.

Alexandre Camanho de Assis – Procurador Regional da República.

Anaiva Oberst Cordovil – Procuradora da República.

Bartira de Araújo Góes – Procuradora da República.

Carolina da Silveira Medeiros – Procuradora da República.

Cristianna Brunelli Nácul – Procuradora da República.

Francisco Dias Teixeira – Subprocurador-Geral da República e bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo.

Inês Virgínia Prado Soares – Procuradora da República.

Irineu Strenger – Professor titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da USP; professor livre-docente de Filosofia do Direito pela USP; bacharel e licenciado em Filosofia pela USP; professor da Academia de Direito Internacional da Haia (1991); Doutor Honoris Causae da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy; árbitro do Brasil junto ao Mercosul e árbitro da Câmara do Brasil-Canadá.

Leonardo Roscoe Bessa – Promotor de Justiça (Titular da Segunda Promotoria de Defesa do Consumidor, do MPDFT), mestre em Direito pela Universidade de Brasília, professor da disciplina Direito do Consumidor (pós-graduação) na Fundação Getúlio Vargas – Brasília, Diretor Regional (Centro-Oeste) do Brasilcon.

Lucivaldo Vasconcelos Barros – Analista de Documentação da Procuradoria da República no Pará, em exercício na ESMPU, mestrando em Desenvolvimento Sustentável pela UnB, professor do Departamento de Biblioteconomia da UFPa e advogado.

Manoel Jorge e Silva Neto – Procurador Regional do Trabalho (BA), mestre e doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

Marcello Paranhos de Oliveira Miller – Procurador da República e ex-Promotor de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Maria Cristiana Simões Amorim – Procuradora da República.

Menildo Jesus de Sousa Freitas – Analista pericial em Contabilidade, do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, especialista em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestrando em Ciências Contábeis com concentração em Contabilidade Empresarial e Professor da Faculdade Milton Campos/MG.

Orlando Monteiro E. da Cunha – Procurador da República.

Paulo Thadeu Gomes da Silva – Procurador Regional da República, especialista em Sistemas de Administração dos Direitos Humanos (Institut International d'Administration Publique, Paris, França), mestre em Direito do Estado (PUC/RJ) e doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP).

Roberto Monteiro Gurgel Santos – Subprocurador-Geral da República.

Ronaldo Lima dos Santos – Procurador do Trabalho em São Paulo (PRT/2ª Região); mestre e doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professor universitário.

Rosane Cima Campiotto – Procuradora da República.

Sidney Pessoa Madruga da Silva – Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado da Bahia, Coordenador do Núcleo Estadual da ESMPU/BA, mestrando em Direito Público – UFBA.

Ubiratan Cazetta – Procurador da República.

Vera Nilva Álvares Rocha – Procuradora de Justiça e Diretora do Centro de Estudos do Ministério Público do Estado de Tocantins.

SUMÁRIO

Editorial

nnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnnn

Péricles Aurélio Lima de Queiroz 9

Artigos

Princípios constitucionais do Ministério Público, ainda

Francisco Dias Teixeira 11

Competência criminal nos crimes contra a fauna

Grupo de Trabalho da Fauna (GT-8) 31

A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno

Irineu Strenger 53

A proteção legal do acesso a informações sobre atividades causadoras de impactos ambientais

Lucivaldo Vasconcelos Barros 73

Aspectos constitucionais da transposição do regime celetista para estatutário

Manoel Jorge e Silva Neto 85

O MPDFT e a reforma da previdência – A leitura certa das linhas tortas

Marcello Paranhos de Oliveira Miller 99

Perícia: sua relevância nos processos em geral e na atuação do MPU

Menildo Jesus de Sousa Freitas 107

Poder Constituinte

Paulo Thadeu Gomes da Silva 119

“Defendant Class Actions” – O grupo como legitimado passivo no direito norteamericano e no Brasil

Ronaldo Lima dos Santos 139

Relação jurídica constitucional da moradia
Sidney Pessoa Madruga da Silva 155

Racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil
Vera Nilva Álvares Rocha 173

Resenha

Manual de direito do consumidor
Resenha de autoria de Leonardo Roscoe Bessa 177

Lançamento de livros de integrantes do MPU

O Ministério Público na construção do Estado democrático de direito
José Eduardo Sabo Paes 181

Direito penal fácil
Alexandre José de Barros Leal Saraiva 181

EDITORIAL

*Péricles Aurélio L. de Queiroz**

* Péricles Aurélio L. de Queiroz é Subprocurador-Geral da Justiça Militar e Coordenador do Conselho Editorial da ESMPU, Corregedor-Geral do MPM e Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

ARTIGOS

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, AINDA¹

*Francisco Dias Teixeira**

1 Os princípios como pressupostos de atuação e base teórica do MP

O debate sobre “uma política de atuação do Ministério Público” – que é necessário e não se tem realizado institucionalmente – pressupõe (no plano lógico, não necessariamente cronológico) uma compreensão compartilhada dos princípios constitucionais do Ministério Público: *unidade, indivisibilidade e independência funcional*. Do contrário, diante de qualquer tentativa de se estabelecer meta de trabalho da Instituição, ou orientação para a atuação de seus membros (ou simples discussão a respeito), erguer-se-ão vozes invocando o “princípio da independência funcional”. De outra parte, sempre que um membro, na restrita esfera de suas atribuições, tomar determinada iniciativa ou der certa orientação a uma atuação precedente que contrarie entendimento de outro membro, ouvir-se-ão, ou perceber-se-ão, críticas (ou mesmo censuras) a pretexto do princípio da “unidade”, ambos (criticante e criticado) apresentando argumentos “razoáveis” para demonstrar que sua atuação/opinião é a que serve à finalidade da Instituição (defesa do *interesse público*).

A sedimentação (mas sem cristalização) de uma noção conceitual (e não dogma) sobre os respectivos objetos de aplicabilidade desses princípios, o alcance e os limites deles e a relação entre eles é imprescindível ao avanço da discussão sobre a “política de atuação do Ministério Público”, pois essa “política” há de se assentar na *unidade* das diversas atuações, respeitando a *independência* de cada membro. Mas como isso é possível? E a *indivisibilidade* – o que é e qual é a sua funcionalidade?

Observa-se nos livros sobre o Ministério Público, ou nos capítulos a ele destinados em livros sobre Direito Processual ou Constitucional, basicamente, a reprodução da definição que se formou ao longo de décadas a respeito da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência* (às vezes referida como *autonomia*) *funcional* do Ministério Público, antes da Carta Política de 1988². Ao que se percebe, a preocupação maior era garantir a

¹ Sobre a questão, publicamos um pequeno ensaio na edição n. 2 (jan./mar. 2002) deste *Boletim*.

* Francisco Dias Teixeira é Subprocurador-Geral da República e bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo.

² É conhecida a definição de Hugo Nigro Mazzilli: “unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros”. Já sobre a independência e a autonomia funcionais, diz o autor: “Por força da autonomia funcional, o Ministério Público, enquanto instituição, decide livremente o que fazer, dentro dos limites da lei, sem se ater a injunções de outros órgãos do Estado, alheios à instituição ministerial; por força da independência funcional, os membros do Ministério Público (promotores e procuradores) e cada órgão ministerial (Conselho Superior, Colégio de Procuradores) decidem livremente o que fazer, dentro dos limites da lei, sem se subordinarem a determinações de outros membros ou órgão da mesma instituição ministerial” (*Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155 e 189/190, respectivamente).

“independência” do membro do MP em face do juízo perante o qual officie ou perante o chefe do Poder Executivo, de um lado, e, de outro, protegê-lo de “ordem superior ilegal”, no âmbito da própria Instituição. Bem por isso, se a definição de *independência funcional* que se tem enunciado é mais desenvolvida e – cremos – adequada, na de *unidade* e de *indivisibilidade* percebe-se a ausência de qualquer reflexão maior quando à implicação desses princípios no agir do Ministério Público, limitando-se à repetição mecânica de uma definição burocrática. Menos ainda se vê a tentativa de estabelecer a relação, as conexões e o funcionamento conjunto, *na prática*, desses conceitos, que se tornaram, na Carta de 1988, princípios de um Ministério Público que, em nossa concepção, participa, com os demais órgãos tradicionais, do exercício do Poder³.

Conforme se sabe e se diz frequentemente, a Carta de 1988 redefiniu o Ministério Público, conferindo-lhe um relevo na estrutura do Estado e destinando-lhe um papel na sociedade que não tem precedente nas Constituições anteriores. O nosso Direito Constitucional reclama uma doutrina para esse capítulo. Por outro lado, o Ministério Público brasileiro não encontra similar em outros países, no que diz respeito à autonomia que essa instituição apresenta na estrutura do Estado, à diversidade de suas funções (especialmente na área cível) e, talvez, à independência da qual, de direito e de fato, seus membros dispõem para o exercício de suas funções – o que implica a pouca utilidade do estudo do direito comparado.

E temos a convicção de que o estudo sobre o Ministério Público brasileiro, num plano teórico amplo, em grande parte, é o estudo de seus *princípios* (e também do que chamaremos de *garantias*), levados às suas mais profundas conseqüências e às suas mais diversas imbricações, pois, princípios constitucionais que agora são, a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência funcional* são princípios informadores do exercício do Poder, quanto às funções a cargo do Ministério Público.

2 Princípios e garantias constitucionais do Ministério Público

Os *princípios* informadores da instituição Ministério Público estão expressos no § 1º do art. 127 da Constituição Federal, *in verbis*: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Já o que se chama aqui de *garantias* do Ministério Público⁴ assim está previsto nos §§ 2º e 3º do art. 127 e no art. 168 da Constituição Federal, que dizem, respectivamente:

“Art. 127 [...]

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a

³ V. nosso “O Ministério Público e o Poder”, neste *Boletim* (ano 2, n. 7, p. 11-37, abr./jun. de 2003).

⁴ Julgamos que a adoção da terminologia “princípios” e “garantias” é um recurso teórico útil. Sabendo-se, no entanto, que as normas *principiológicas* contêm também garantias (especialmente aquela atinente à *independência funcional*).

criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias”.

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.”

Os *princípios* dizem respeito à atividade-fim da Instituição. Já as *garantias* dizem respeito à própria Instituição, na condição de órgão do Estado, e têm por objetivo assegurar (a) a independência da ação institucional (soma/síntese da atuação dos membros), por meio da *autonomia funcional*, pela qual a Instituição é dotada de competência para expedir normas sobre a atuação de seus membros; e (b) os meios materiais necessários ao exercício de sua atividade-fim, mediante *autonomia administrativo-financeira*.

É consenso na doutrina jurídica que um dispositivo principiológico situa-se numa posição proeminente em relação ao dispositivo normativo. Aquele emite informação útil ao estabelecimento do significado de todas as normas reguladoras do objeto sobre o qual paira (no caso, Ministério Público); este – o dispositivo normativo –, ainda que, por vezes, repercute sobre outros dispositivos, sua vocação é regular uma questão específica. Disso decorre a necessidade de se aprofundar a reflexão sobre tais conceitos (*unidade, indivisibilidade e independência funcional*), para se estabelecer uma compreensão compartilhada, principalmente entre os membros do MP, sobre seus respectivos significados e a compatibilização destes, pois, conforme certamente já experimentou todo membro do Ministério Público, *de fato*, eles – os princípios constitucionais do MP – repercutem nas mais triviais atividades de nosso cotidiano, criando situações de aparente impasse ou contradição. As garantias da Instituição/Órgão (*autonomia funcional, administrativa e financeira*), por maiores e mais complexas que sejam suas implicações, são de mais fácil apreensão e delimitação.

É importante reafirmar que os *princípios* – *unidade, indivisibilidade e independência funcional* – não se dão no plano organizacional do Ministério Público brasileiro, mas referem-se ao plano *funcional*, função esta que se institucionaliza como *ministério público*, no significado vernacular e mais forte dessa expressão: ministério público. As *garantias* – autonomia funcional e administrativo-financeira, ao contrário, referem-se ao órgão estatal. Assim, p. ex., a *unidade* não é verificável objetivamente numa estrutura burocrática, mas é concebida abstratamente, pela idêntica natureza e pelo objetivo comum dos diversos *ministérios* exercidos por cada um dos membros da Instituição, que é nacional, objetivo este que, em síntese genérica, é a defesa da sociedade. A *unidade, a priori*, é, pois, somente uma idéia, que vai-se concretizando na ação.

Com efeito, organizacionalmente, não existe vínculo entre o Ministério Público da União e os dos Estados, ou entre estes, constituindo-se o Ministério Público de cada

ente político um órgão autônomo (burocraticamente). No entanto, os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade* pairam sobre eles, indistintos. Essa *unidade* e essa *indivisibilidade* são funcionais. E formam-se, conceitualmente, na noção de *interesse público*.

3 Os princípios da unidade e da independência funcional

A compreensão dos princípios constitucionais do Ministério Público deve partir do pressuposto de que se está diante de uma instituição à qual a Carta Política brasileira atribui funções atinentes ao exercício do Poder. Não se trata, pois, de um órgão – ainda que autônomo, conforme indisputavelmente o é – responsável por atividades enquadráveis nas funções doutrinariamente sintetizadas e cristalizadas como sendo “legislar”, “administrar” e “julgar”, mas sim de um órgão de exercício do Poder, um órgão de soberania do Estado. E, como tal, se, por um lado, à Instituição é assegurada, perante os demais órgãos de exercício do Poder, a mesma *autonomia* que, tradicionalmente, é assegurada aos três órgãos históricos, por outro lado seus membros dispõem da mesma *independência* de que os membros dos demais órgãos dispõem. Não há qualquer fundamento para estabelecer diferente grau entre a *independência*, v. g., do membro do Judiciário e a do membro do Ministério Público, porque ambos estão sujeitos apenas à Constituição e às leis.

A questão – que renitentemente surge – é ver, com precisão e clareza, o conceito de *independência* no contexto constitucional, seu objeto, e, no caso do Ministério Público, compatibilizá-lo com os demais princípios constitucionais, pois, se, quanto aos membros dos demais órgãos de exercício do Poder, a *independência* é princípio implícito, quanto ao Ministério Público não somente está explícito, mas também estão explícitos os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*.

Que nenhum princípio jurídico é ilimitado é princípio de todos os princípios, porque é condição mesma de vigência deles (se se pretendesse ilimitado um princípio, este aniquilaria ou supriria os demais e já não haveria sentido falar em *princípios...*). Mas, quanto ao “princípio da independência”, há que se ter uma premissa ainda anterior: “independência”, em sua significação política, apenas o Estado detém. Se o Estado detém a “independência política”, o maior grau de liberdade que seus agentes podem deter é a “independência funcional”⁵. E, dentro da estrutura de um Estado, não pode haver órgão “independente”, mas somente “autônomo”. Portanto, sabendo-se que a Carta Política nem sempre utiliza o vocabulário técnico-jurídico, e muitas vezes nem mesmo mantém a desejável correção vocabular, há de se ver o significado de “independência” nos vários contextos em que é empregada na Carta Política de 1988, estabelecendo, o intérprete, a coerência conceitual.

⁵ O próprio membro do Congresso Nacional, que, em tese, dispõe de um maior espectro político onde exercer sua “independência”, esta é “funcional”, porque submetida a normas prévias que balizam a sua “função parlamentar”. Portanto, somente o membro de um Poder Constituinte, ao se confundir com o próprio “Estado em formação”, dispõe de “independência política”, já que sua proposição não é condicionável por norma prévia, mas apenas por uma outra força política.

Nessa tarefa, de início, observa-se que a Constituição refere-se a “independência” e “autonomia” sem marcar a diferença entre esses conceitos e, até mesmo, confusamente. Mas ao intérprete não é admitido utilizar indistintamente esses termos, dando-lhes o mesmo conceito, porque na linguagem corrente – e mesmo na linguagem jurídica – eles têm significação diversa⁶.

Usando a palavra “liberdade” como auxílio para a expressão de nossa idéia, diremos que “independência” significa mais liberdade que “autonomia”. Portanto, ainda que necessariamente limitada, pois operando no âmbito circunscrito pelo Estado, a palavra “independência”, na Constituição, designa espaço de liberdade superior àquele referido por “autonomia”.

Ora, sabendo-se que o Estado, como ente político-jurídico, é “independente” (=soberano: art. 1º, I), no âmbito do Estado não pode haver órgão “independente”. Assim, ao dizer, no art. 2º, que os “Poderes” da União são “independentes”, o Constituinte não se refere ao “órgão de exercício” do Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário, no caso), mas ao “exercício” do Poder. Conseqüentemente, “independentes” são os membros desses órgãos, quanto à realização de suas convicções no exercício do Poder, independência essa que, conforme já assinalado, encontra limite apenas na própria Constituição e nas leis; e a síntese dessas “vontades” individuais, e por vezes contraditórias, formam a “vontade” da instituição, cuja manifestação, quando colegiada, é tida também por “independente”; mas não – repita-se – o órgão burocrático-estatal, que é apenas *autônomo*.

Os órgãos por meio dos quais se exerce o Poder são, pois, *autônomos*, porque *independente* é apenas o ente maior (Estado), cuja “vontade”, expressa com “independência” pelos diversos órgãos de exercício do Poder, presumivelmente, é a “vontade do povo”, do qual não se diz que é independente, mas “soberano” (fundamento da República – art. 1º, I).

A “independência” dos “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário foi proclamada pelo Constituinte para deixar explícita sua filiação histórico-político-ideológica à denominada “divisão tripartida do Poder”. Na seqüência, ao cuidar especificamente desses “Poderes”, dentro da estrutura do Estado, o Constituinte não proclama suas respectivas *autonomias* (administrativa e financeira), que não aparecem na Carta Política com a abrangência de um princípio, mas como instrumento do *princípio da independência*. A *autonomia*, que não se reveste do mesmo significado histórico-político-ideológico, não foi

⁶ Sem pretender inventariar as diversas significações desses termos, que, de resto, são bastante intuitivas, quer na linguagem jurídica quer na política, registramos apenas: “Independente – Aquilo que não deriva de outro o seu ser, sua validade ou a sua capacidade de ação”. “Autonomia – Termo introduzido por Kant para designar a independência da vontade em relação a todo desejo ou objeto de desejo e a sua capacidade de determinar-se em conformidade com uma lei própria, que é a da razão” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970). Antônio Houaiss, após informar que o primeiro registro de uso da palavra “autonomia” na Língua Portuguesa data de 1836, assim a define: “Capacidade de se autogovernar” (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001). Hely Lopes Meirelles assim estabelece a diferença entre “independência” e “autonomia” na linguagem jurídico-administrativa: “Independência e autonomia, do ponto de vista jurídico-administrativo, são conceitos diversos e com efeitos diferentes. A independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a outro órgão, agente ou Poder” (em parecer, a pedido da Associação Paulista do MP, em face da LCF n. 40/81. Publicado na *Revista “Justitia”*, ano 45, n. 123, p. 185, out./dez. 1983).

proclamada pelo Constituinte quanto aos “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário, mas está assegurada em diversos dispositivos⁷. Por outro lado, o princípio da *independência* dos agentes desses órgãos de exercício do Poder também não foi proclamada pelo Constituinte, ao cuidar especificamente do órgão; mas está implícita naquela proclamação ideológica e equívoca do art. 2º. Temos, pois, que o mais correto tecnicamente seria proclamar, no art. 2º, a *autonomia* dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário e, ao cuidar especificamente de cada um deles, assegurar, expressamente, a *independência* de seus membros no exercício de suas funções.

Portanto, a “independência” do ente Poder Judiciário, v.g., proclamada no art. 2º, somente é concebível como “somatório” das “independências” de seus diversos membros; mas, em si, o Poder Judiciário, como órgão estatal, é *autônomo*.

No que se refere ao Ministério Público, ao revés, apesar de o Constituinte não ter proclamado sua *independência*, na realidade jurídica essa “independência” lhe foi assegurada sob os dois aspectos: a *independência funcional* dos membros (§ 1º do art. 127) e a *autonomia* (funcional, administrativa e financeira) do órgão (§ 2º do art. 127). Isso se deve ao caráter inovador de nossa Carta Política quanto a esse órgão de exercício do Poder no Estado brasileiro. Ou seja: se, por um lado, o Constituinte não teve a “ousadia teórica” de inovar quanto à “separação do Poder” (afirmando, no art. 3º, que eles são três), teve a “ousadia prática” de instituir um quarto órgão com funções de Poder; e, para assegurar que assim o fosse, não somente garantiu *autonomia* funcional e administrativo-financeira ao órgão, como disse, expressamente, que seus membros são *independentes* no exercício de suas funções.

Volta-se àquele ponto: a *independência* dos membros do Ministério Público no exercício de suas funções constitucionais não é diferente daquela assegurada aos membros dos demais órgãos de exercício do Poder. Há que se observar, apenas, as peculiaridades de cada função: disso é que decorrem diferentes modos de exercício da *independência*, que, conceitualmente, é idêntica. Assim, o exercício da *independência* de um parlamentar é diferente, v.g., da *independência* do chefe do Executivo, porque aquele age num campo gizado apenas pela Constituição e pelo regimento de sua Casa e só eventualmente por leis de caráter geral (em princípio, a lei não impõe limite à atividade legislativa, já que esta consiste não apenas em editar, mas também em revogar leis), enquanto o Executivo está adstrito a todas as leis vigentes (pois o Executivo não pode revogar leis, mas, apenas, propor ou sancionar sua revogação). É que a *independência de exercício funcional* refere-se, exatamente, às funções previamente definidas. Portanto, no plano conceitual, ela não é mais ou menos ampla em decorrência do campo de exercício da função, mas incide, diretamente, na convicção do indivíduo, ao atuar no campo que lhe é determinado pelas normas juridicamente válidas.

⁷ Ainda que se afirme – com razão – que a autonomia administrativo-financeira é pressuposto da independência no exercício da atividade-fim, trata-se de um “pressuposto prático”, decorrente dos inevitáveis desvios no exercício do Poder (mais usualmente, por parte do Executivo), e não de um pressuposto teórico, que é o plano desta abordagem, porque, em princípio, os membros desses órgãos poderiam ser independentes no exercício de suas funções, ainda que os órgãos não fossem autônomos entre si.

Ora, se a *independência* do membro do Ministério Público refere-se à “execução de suas convicções dentro do campo que lhe é gizado pelas normas juridicamente válidas”, não se pode dizer que sua *independência* é, essencial ou conceitualmente, “menor” que a *independência* do membro de um outro órgão de exercício do Poder, em face do *princípio da unidade* também previsto quanto ao Ministério Público. Mas devem-se verificar quais são as normas juridicamente válidas definidoras do *princípio da unidade*, pois, gizado esse campo, exsurge o campo de *independência* do membro, dentro do qual ela vige plena, incondicionada.

Noutras palavras: há que se definir o objeto da *independência* (indivíduo/ação) e o da *unidade* (trabalho/resultado).

Uma forma de “compatibilizar” aqueles conceitos é afirmar que a *independência* (“maior liberdade”) refere-se à Instituição, e a *autonomia* (“menor liberdade”) refere-se ao membro, e, portanto, a liberdade de ação do membro pode ser definida pela Instituição, visando à *unidade*. Essa “solução” teórica, além de não explicar em que consiste essa *autonomia* do membro, sobre a qual a Instituição pode dispor, não dá conta de explicar todo o Texto Constitucional concernente ao Ministério Público, deixando em aberto inúmeras questões, como, v. g.: se o § 1º do art. 127 assegura o princípio da “independência funcional” à Instituição, por que, imediatamente, o § 2º prevê “autonomia funcional”, ao lado da “autonomia administrativa”, que, necessariamente, refere-se também à Instituição? Um órgão do Estado é “independente”, ou apenas “autônomo” em relação a outro órgão?

Dizer que *independência* refere-se ao órgão estatal e *autonomia* à função dos membros do órgão constitui total subversão das palavras, porque, no espectro constitucional, conforme acima visto, *autonomia* diz com órgão burocrático, e *independência* refere-se à sua função. E isso está mais em conformidade com o significado semântico dessas palavras, na medida em que “independência” melhor relaciona-se ao pensamento, e “autonomia”, ao *ser*, a um corpo ou órgão.

Outra explicação consiste em afirmar que a *independência funcional* diz respeito ao membro diante dos órgãos da Instituição, e a *autonomia funcional* diz respeito a ele diante de órgãos e autoridades estranhas à Instituição⁸. Mas isso não explica a compatibilização do princípio da *unidade* com o “princípio” da *independência*, e também colide com o § 2º do art. 127, que, ao assegurar a *autonomia funcional* e administrativo-financeira, refere-se, evidentemente, ao órgão Ministério Público.

Temos que a *independência funcional*, sendo garantia do membro do Ministério Público e dizendo respeito à sua convicção, confere a este grau de liberdade em sua atuação, cujos limites são a Constituição e as leis, e não a própria Instituição (que, na opinião de

⁸ Essa era a posição de Hugo Nigro Mazzilli: “[...] autonomia funcional: é a autonomia do ofício exercido pelo Ministério Público em face de outros órgãos estatais, especialmente em face dos governantes, legisladores e juízes”. “[...] a *independência funcional*, que é a liberdade com que estes (os agentes do Ministério Público) exercem seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição do Ministério Público” (Independência do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Editora Atlas, 1997. p. 107). Já em obra mais recente, define: “[...] existe autonomia funcional como princípio institucional, e, como garantia dos seus membros, têm eles a independência no exercício de suas funções” (*Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155).

alguns, detém a *independência*, podendo impor a *unidade* aos membros, reservando a estes apenas uma indefinível *autonomia*). Por outro lado, e em consequência da primeira assertiva, a *independência funcional* é garantia do membro perante sua instituição e quaisquer outros órgãos ou autoridades públicas⁹.

Definido o campo da *independência*, esta é “total” (ou *absoluta*, pouco importa o termo, se se compreende o significado jurídico dele, que não é o metafísico). Impossível seria conceber a *independência* e a *unidade* num mesmo objeto. A dificuldade em se estabelecerem conceitos claros e consequentes de *independência funcional* e *unidade* e boa parte dos conflitos que se verificam, na prática, em torno desses princípios decorrem desse equívoco consistente em não definir seus respectivos objetos. Ora, a instituição não pode, ao mesmo tempo, respeitar a *independência de ação* do membro e exigir que essa ação se conforme a determinada orientação; da mesma forma que o membro não pode ser, ao mesmo tempo, *independente* em sua atuação e obediente a uma orientação diversa de sua convicção. Isso é conceitualmente contraditório, e, na prática, exigiria que o membro do MP fosse, no mínimo, esquizofrênico... Essa possibilidade de “compatibilização dos princípios da *unidade* e da *independência funcional*”, que se afirma retoricamente, mas sem diferenciar os respectivos objetos, não tem consistência lógica nem se verifica na prática, nos momentos cruciais, exatamente naqueles em que se faz mais necessária a invocação dos princípios. Mas a contradição teórica e o dilema prático desfazem-se ao se adequar o princípio a seu objeto: *independência* – princípio atinente à convicção/atuação=membro; *unidade* – princípio atinente à orientação/resultado=instituição. Assim, é possível a convivência de ambos, ainda que (e é bom que o seja) em permanente conflito dialético.

Compreende-se a preocupação daqueles que não querem o *princípio da independência funcional* incidindo sobre a *atuação* do membro, mas sobre o *trabalho* da instituição, para que, com isso, sejam evitadas atuações personalistas, errantes, irresponsáveis, voluntaristas, movidas por interesses próprios – que tudo isso pode mesmo acontecer sob a capa da *independência funcional*. Mas isso não se evita distorcendo-se os conceitos. Bem estabelecidos esses, vê-se que a *independência funcional* dos membros não permite isso, porque, incidindo sobre as convicções mais íntimas do membro (que, nesse particular, é intocável), deixa amplas possibilidades para regramento, que assegura *um certo patamar de unidade*, permitindo, sempre, o reajuste e a otimização desse patamar, conforme procurar-se-á demonstrar.

Muito ao contrário de propiciar aqueles desvios, que certamente poderão verificar-se – e para isso existe Corregedoria, que deve ser acionada, sim, quando a atuação do

⁹ Mesmo antes da CR de 1988, em face de LC e que se referia a *autonomia* (LCF n. 41/81), Hely Lopes Meirelles já entendia que, na realidade, tratava-se de *independência*, e esta referia-se ao membro da Instituição. *Verbis*: “[...] os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regeadoras da Instituição. Nessa liberdade de atuação no seu ofício, é de se expressar a independência funcional, mal denominada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público como ‘autonomia funcional’ (artigo 2º, última parte), conduzindo à errônea interpretação de que existe subordinação a alguma autoridade mais categorizada na carreira” (em parecer citado, p. 186).

membro exorbita o campo legal ou que lhe fora legalmente gizado por normas organizacionais da Instituição –, muito ao contrário, o que se quer com isso é definir conceitos, objetos, campos, os quais, na nebulosidade das indefinições, tudo abriga e a tudo serve. De fato, dizer que *independente* é a Instituição, não o membro, em nada controla a ação deste, quando se diz, sempre, que se age em nome da Instituição, visando aos “fins institucionais”, à defesa do “interesse público” etc. Ou seja: primeiro, elabora-se um conceito próprio de “interesse público”, “fins institucionais” etc.; depois, diz-se que age em conformidade com aqueles conceitos; finalmente, conclui-se que a *independência funcional* é da Instituição... O sofisma é clássico: parte-se de uma premissa *ad hoc* para chegar-se à conclusão desejada. Quando tudo fica mais simples e claro adotando-se a interpretação constitucional óbvia de que o princípio da *independência funcional* refere-se ao membro, e o predicativo da *autonomia* refere-se à Instituição, assim como a esta relaciona-se o princípio da *unidade*. Não obstante simples e clara, a adoção dessa interpretação estabelece o conflito dialético *independência/unidade* e impõe a difícil tarefa de construção permanente da *unidade* e a pesada responsabilidade pela *independência funcional*.

Porém, ainda que, à primeira vista, os princípios da *independência funcional* e da *unidade institucional* pareçam colidentes, com um pouco de esforço intelectual é possível conciliá-los conceitualmente; e, para segui-los na prática, muitas vezes, basta um pouco de boa-fé e de bom senso. O princípio da *indivisibilidade*, conforme a seguir procuraremos demonstrar, funciona como mecanismo garantidor da *independência funcional* e assegurador da *unidade institucional*. O próprio sistema jurídico contém regras que facilitam a conciliação desses princípios. São exemplos a revisão da decisão de arquivamento de inquérito penal e inquérito civil público, por órgão superior, com a conseqüente designação de outro agente para promover a ação; a divisão dos ofícios por instâncias, em paralelo ao Judiciário, para permitir a mais ampla independência do agente na respectiva instância, mas, ao mesmo tempo, conferir uma certa unificação nas manifestações da Instituição.

Os mais específicos mecanismos de *unidade*, porém, não são formais nem impositivos. Decorrem dos debates e viabilizam-se pela coordenação institucional. É certo que, com tudo isso, ainda restarão muitas contradições indesejáveis, e muita dispersão de energia é possível ocorrer, com as diversas ações “independentes” – o que seria obviado se se prestigiasse o princípio da *unidade* em amesquinamento da *independência funcional*. Mas, sobre não ser isso o melhor para a otimização dos resultados a que a Instituição é destinada (porque essa *unidade*, ao fim e ao cabo, é definida por uma pessoa ou um grupo de pessoas que, circunstancialmente, detém poder na Instituição), sobre isso há um motivo de ordem jurídica: é a própria Constituição que não permite tergiversar com o princípio da *independência funcional*, esta compreendida no campo da convicção do agente. Nesse campo, é soberana a *independência funcional*, senão, nem de independência poder-se-ia falar. O princípio da *unidade* não toca aí, mas opera a partir de seus limites, assim como a *independência funcional* não se extravasa para impor seu arbítrio sobre questão resolvida por lei (salvo demonstrando-se a ostensiva inconstitucionalidade desta). O princípio da *unidade* opera extrinsecamente ao espaço da *independência funcional*, qual uma liga, estabelecendo a coesão entre as ações dos diversos membros para a construção do tecido institucional multicolorido.

É certo que em inúmeras situações, na imediatidade da ação, é o membro quem terá que definir o “interesse público”, optando pelo “interesse” a ser defendido. Nessas situações, a Instituição não poderá, casuisticamente, ditar a atuação do membro. Mas pode ela traçar, normativa e legitimamente, por meio de seus órgãos representativos (o Conselho Superior e as Câmaras de Coordenação), metas e estratégias gerais, ou mesmo amoldar sua estrutura em face de determinados objetivos. Essas metas e estratégias gerais compete à Instituição estabelecer na busca da *unidade* – que não poderá ser monolítica, concretamente –, e não a cada membro. Este será *independente* no campo de ação em que, legitimamente, é posicionado. E, entre os diversos campos restritos de atuação, certamente, verificar-se-ão discrepâncias decorrentes da *independência funcional* e em função da diversidade de convicções, que o *princípio da unidade* não pode eliminar. Aqui, poderá ter ensejo a função revisional das Câmaras, mas apenas com base na lei (arquivamento de inquérito penal e civil público, p. ex.).

É certo, ainda, que, se tanto o Conselho quanto as Câmaras têm força impositiva (as normas organizacionais traçadas pelo Conselho e as revisões de casos concretos pelas Câmaras), ambas também poderão emitir enunciados e súmulas, em suas respectivas áreas de competência, visando à persuasão dos membros a seguirem determinada orientação.

São conflitantes? Sim, porém não são excludentes os princípios da *unidade* e da *independência funcional*. Um fio tênue articula-os. Muito tênue; às vezes, difícil de ser apercebido; porém, não mais sutil que inúmeras outras questões jurídicas que se apresentam nos mais proverbiais assuntos.

Por isso, a necessidade de se criarem mecanismos formais garantidores da *independência funcional* e viabilizadores da *unidade*. Creio ser este o caminho apontado pela Constituição. A “*unidade e independência funcional* aqui, agora e por mim”, às vezes, foge às possibilidades normais de um indivíduo e transforma-se em simples retórica, quando não em pretexto para arbítrio e oportunismos. E, porque é impossível ser absolutamente independente e perfeitamente afinado a determinada orientação, ao mesmo tempo, o trabalho perde consistência, torna-se formal e não merece a necessária credibilidade¹⁰.

4 Os princípios da unidade e da indivisibilidade

É de se precisar melhor o que significam os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade* do Ministério Público e a relação entre eles, pois o princípio da *independência funcional*, pelo menos no significado semântico da expressão, não guarda

¹⁰ A extraordinária capacidade descrita por Calamandrei, em eloqüente e belo discurso, se, por vezes, é mesmo exigível de um membro do MP, não pode ser a garantia única do bom exercício das funções, muito menos de obediência aos princípios da *unidade* e da *independência funcional*: “Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquire o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado” (*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de Ary dos Santos. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássico Editora, s/d. p. 59).

relação com eles. Normalmente, ao se referir ao Ministério Público, esses termos são empregados conjunta e indissociavelmente, como se ambos significassem a mesma coisa ou um fosse consequência necessária e automática do outro. Ao se justificar ou censurar a atuação de um membro do Ministério Público, invoca-se o *princípio* (assim mesmo: o princípio) *da unidade e da indivisibilidade*. Mas são dois os princípios, e, por serem dois, são diversos; e, sendo diversos, devem reger coisas diversas.

4.1 *Unidade e unicidade*

Na Filosofia, distinguem-se os atributos da *unidade* e da *unicidade*. O atributo (=princípio, em nossa linguagem jurídica) da *unidade* significa que o ser *é* sozinho; não *existe* em relação a outro. Portanto, *unidade* é uma expressão da linguagem matemática; tem conteúdo numérico.

Unicidade, diversamente, é o atributo do ser que o torna único (=diferente), insubstituível; não “existe” outro igual. Portanto, *unicidade* é um *plus* que confere *identidade* ao ser.

Pode-se, assim, admitir que um ente tem o atributo da *unidade*, mas não o da *unicidade*. Ou seja: concebe-se a existência de *ser-1*, *ser-2*, *ser-3*, ..., como unidades independentes; mas nada se afirma sobre a *qualidade* de cada um desses *seres* que os torne únicos, insubstituíveis (uma pedra, para o fim a que ela se destina – construção de um muro, p. ex. –, pode ser substituída por outra pedra). O mesmo não se pode dizer do atributo da *unicidade*.

Vale-se dessas expressões para se referir ao *ser humano*: postula-se-lhe as características da *unidade* e da *unicidade*¹¹. Na verdade, porém, é apenas a característica da *unicidade* que diz com a dignidade do ser humano, pois a característica da *unidade* é comum a todo *ser*. Exemplo disso é a recente problemática filosófica, ética, jurídica e religiosa envolvendo a *clonagem*. As objeções que se fazem à aplicação dessa técnica ao ser humano, em grande parte, resumem-se no fato de que ela permite a “produção” de um ser supostamente idêntico a outro, rompendo, pois, com a característica do ser humano de ser único, insubstituível em sua complexidade biopsíquica (=unicidade), o que lhe confere a dignidade como *ser*. Um ser humano resultante de *clonagem* teria a característica da *unidade*, mas não da *unicidade*. Independentemente de sua base científica, a *unicidade* do ser humano é, assim, um postulado moral¹².

Porém, nesta abordagem, de cunho jurídico, e tendo em vista o objeto de estudo – Ministério Público –, não se cogita da característica da *unicidade*. Quer pelo simples

¹¹ V. MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. Tradução de Fabrício Pinto Santos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRim), 1998 (especialmente p. 79/80).

¹² A questão é exaustivamente discutida na obra supra-referida. Porém, conforme se sabe, a indistinguibilidade de um *clone* com relação ao ser do qual proveio ou a outro clone da mesma proveniência diz respeito, apenas, a seu genótipo, pois outros fatores, ligados ao meio físico e sociocultural, imprimem marcas específicas em cada ser humano (e, portanto, no *clone*), de sorte que, sempre, de um ser humano poder-se-ia dizer que é único (mesmo sendo um *clone*).

motivo de que a Constituição alude é aos princípios da *unidade e indivisibilidade*, quer pelo fato de que a característica da *unicidade*, dado o seu cunho moral ou filosófico, é mais adequado para se referir ao *ser humano*.

4.2 A unidade e a indivisibilidade

4.2.1 Significados filosófico e corrente das expressões “unidade” e “indivisibilidade”

Esses vocábulos (“unidade” e “indivisibilidade”) têm forte tradição e conteúdo filosóficos, pelo que é útil buscar o significado deles nessa área do saber.

Na tradição filosófica, *unidade e indivisibilidade* designam o mesmo atributo essencial do *ser*. Um determinado ser existe apenas enquanto pode ser reconhecido como “unidade”. Se “dividido”, concebidas as partes, essas já não serão mais aquele ser, mas outro.

Nicola Abbagnano, em seu *Dicionário de Filosofia*, assim explica o verbete “Unidade”:

“Em sentido próprio, o que é *necessariamente* uno, isto é, *indivisível* ou no sentido em que as suas partes são inseparáveis da totalidade e inseparáveis uma da outra. Esse foi o conceito elaborado por Aristóteles, que distinguiu o que é uno *por si* ou essencialmente, do que é uno *por acidente* (Met., v. 6, 1015 b 16); [...]”¹³.

Abbagnano prossegue na análise histórico-filosófica do conceito de *unidade*, deixando antever que, exceto a objeção de Locke, o conceito de *unidade substancial* perpassou filósofos e escolas diversas, desde Leibniz, que a definiu como sendo “a inseparabilidade daquelas coisas pelas quais um ente é determinado”, até Kant, nele representada pela idéia de *síntese*, no que foi seguido por Hegel.

Assim, tomado o vocábulo “unidade” nesse significado filosófico, haver-se-ia de concluir, mesmo, que indivisibilidade é atributo essencial da unidade. E, conseqüentemente, haver-se-ia de concluir que o constituinte foi redundante ao dizer que são princípios institucionais do Ministério Público a *unidade e a indivisibilidade*, pois bastaria dizer que é princípio do Ministério Público a *unidade*, e com isso estaria afirmado que, não obstante as diversas esferas a que está vinculado (União e estados) e os seus vários ramos de atuação (Ministério Público Federal, do Trabalho e Militar; Ministério Público dos diversos estados e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – art. 128), o Ministério Público, como entidade jurídico-ontológica, é uma única instituição; e, portanto, o princípio (e preceito) segundo o qual o Ministério Público é *uno* já implicaria comando prescrevendo a sua *indivisibilidade*, não havendo, pois, qualquer utilidade no “princípio da indivisibilidade”.

¹³ ABBAGNANO, Nicola. Unidade. *Dicionário...*, cit.

Mas, conforme o mesmo autor anota, “No uso filosófico corrente, o termo [unidade] nem sempre conserva o seu significado próprio de indivisibilidade ou inseparabilidade, isto é, de conexão necessária”.

Portanto, nesse uso mais coloquial, no qual as palavras “desgastam-se”, o vocábulo *unidade* é destituído daquela carga de *substância* denotadora da essência do *ser*, que, no caso, é o “Ministério Público”.

Assim, poder-se-ia concluir que, para assegurar a ontologia do Ministério Público, o constituinte entendeu necessário dizer que, além de *uno*, é também *indivisível*.

Sintetizando: na tradição filosófica, se eu designo por “*Ministério Público*” aquilo que é Ministério Público da União, dos Estados etc., não posso designar por “*Ministério Público*” a parte Ministério Público estadual, por exemplo. Então: ao dizer que Ministério Público é a *unidade*, asseguro que o Ministério Público não é divisível, porque, se dividido, não é a unidade, portanto, não é “*Ministério Público*”. Mas no “uso filosófico corrente”, muito ao estilo da linguagem jurídica, quando se afirma que Ministério Público é uma *unidade*, assegura-se apenas que assim é porque assim se determina que seja (significado formal; não ontológico). Poder-se-ia concluir, então, que o constituinte utilizou a expressão “indivisibilidade” como reforço da “unidade”, para dizer que “ele não será dividido”.

4.2.2 A unidade e a indivisibilidade do MP na Constituição

O *ser* objeto de nossa análise é Ministério Público como ente jurídico (o *ser* do jurista, assim como o átomo é o *ser* do físico, a célula é o *ser* do biólogo, a alma é o *ser* do teólogo e o indivíduo é o *ser* do bioético). Mas sustentamos que os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade* não se referem ao ente jurídico Ministério Público como órgão do Estado, e sim à função desse ente, exercida por seus membros. E, por dizer respeito a uma função e não a um ente (MP), o princípio da *indivisibilidade* não é a consequência pura e simples do princípio da *unidade*. Com efeito, se o princípio da *unidade* se referisse ao órgão (ente burocrático-jurídico) MP, o chamado princípio da *indivisibilidade*, menos que um princípio, haveria de ser um comando no sentido de que esse ente não será dividido (comando esse desnecessário, pois, ao se dizer que o ente sempre será informado pelo princípio da *unidade*, já se afirma que ele não poderá ser dividido, porque, então, já não mais poderia ser regido pelo princípio da *unidade*, conforme acima visto).

Mas o princípio da *unidade* refere-se a uma função, função esta que é exercida por diversos membros; e, por outro lado, conforme visto, a *unidade* não é objetiva, predeterminada, estanque. Então, a *indivisibilidade* não pode ser uma consequência lógica e automática da *unidade* porque esta não existe como objeto dado. Explica-se: a *unidade* não tem natureza descritiva (do ente), mas prescritiva (da conduta); e, portanto, a *unidade* faz-se e refaz-se incessantemente (o que não ocorreria se ela se referisse ao ente). Ou seja: a *unidade* projeta-se para frente, para a ação futura.

Dáí por que não se pode “exigir” de um membro que, numa situação concreta, aja em conformidade com determinada orientação (*unidade*); mas, ao contrário, aqui tem vigência o princípio da *indivisibilidade*, segundo o qual o ato daquele membro é ato da

própria Instituição, porque ela não se divide em seus vários membros. Portanto, em sua atuação concreta, o membro, fazendo presente a Instituição (*indivisibilidade*), deve obediência apenas à lei e à sua consciência (*independência funcional*), mas *prestigiando* o princípio da *unidade*, que será realizada à medida que as leis e as normas processuais e organizacionais a viabilizarem e na medida das “qualidades” dos próprios membros (espírito público, bom senso, boa-fé etc.). Mas ela nunca se realizará completamente e sempre estará se projetando para o futuro. A ação atual e concreta do membro é regida pelo princípio da *indivisibilidade* (a Instituição não se divide nas várias atuações de seus membros, mas está presente em todas elas). Já a somatória das ações dos diversos membros é regida pelo princípio da *unidade*.

Discordamos, pois, com a devida vênia, da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, segundo a qual

“[...] *unidade* significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; *indivisibilidade* significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, mas segundo a forma estabelecida na lei. Entretanto, nesse sentido, não há unidade ou indivisibilidade alguma entre os membros de Ministérios Públicos diversos”¹⁴.

Conseqüentemente, e ao contrário também do autor referido, entendemos que o princípio da *unidade* estende-se ao Ministério Público brasileiro, estabelecendo conexão entre todo agir de seus membros, independentemente do ramo a que eles pertençam e do ente político a que o órgão esteja afeto. A Chefia não é o ponto da *unidade*, mas é um meio para a *unidade*¹⁵.

O que se pode dizer é que existem poucos mecanismos formais viabilizadores da *unidade* no plano nacional (em parte, por decorrência da forma federativa do Estado brasileiro), limitando-se eles, basicamente, ao âmbito processual, no qual, perante os tribunais nacionais (STJ, TSE e STF), o membro do Ministério Público que ali oficia o faz em nome da Instituição, independentemente do ramo ou do órgão que o antecederam. Porém, não há obstáculo constitucional para que os ministérios públicos dos diversos entes políticos, com base em sua autonomia funcional e administrativa, estabeleçam mecanismos de cooperação, visando à *unidade* de sua atuação em âmbito nacional, especialmente em casos de maior relevo, conforme, v.g., a defesa do consumidor e do meio ambiente, a repressão aos crimes de tráfico de substância psicotóxica, contra a ordem tributária e a ordem econômica, e as organizações criminosas em geral.

Entendemos que o princípio da *unidade* não se refere a órgão, mas a função; e, rigorosamente, o princípio da *indivisibilidade* não se relaciona apenas com a *substituição* de membros do MP (mecanismo interno de um ramo do Ministério Público nacional), mas

¹⁴ *Regime jurídico...*, cit., p. 155.

¹⁵ Em sentido contrário, diz Hugo Nigro Mazzilli: “Só há unidade dentro de cada Ministério Público. Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro. Nem há unidade entre os diversos ramos do Ministério Público da União” (*Regime jurídico...*, cit., p. 156).

tem amplitude maior: refere-se à *presença* da instituição por intermédio de seus diversos membros, pertençam eles a quaisquer dos ramos do MP.

Em síntese: o princípio constitucional da *unidade* do Ministério Público impõe-se como baliza à atuação de seus membros e não à gestão (administrativo-financeira ou funcional) dos ministérios públicos dos vários entes federados; o vetor dessa *unidade* é o interesse público; a definição de interesse público, quando expressa em leis tidas por constitucionais, obriga a todos os membros (limite objetivo à *independência funcional*); a Instituição, por meio de seus órgãos colegiados, pode formular, explicitar ou apontar conceitos de interesse público a seus membros (o que não vincula estes, em decorrência de sua *independência funcional*); finalmente, com base em sua *autonomia funcional*, a Instituição pode expedir normas regulamentadoras sobre questões objetivas atinentes às funções de seus membros (não incidindo em suas convicções), que também viabilizam a *unidade* na Instituição¹⁶.

Assim compreendido o princípio da *unidade*, o princípio da *indivisibilidade* não é uma decorrência automática e necessária dele, pois, se a *unidade* é algo em permanente construção, porque permanente é o *fazer* dos membros do MP, a *indivisibilidade* antecede a unidade e a esta serve. O princípio da *indivisibilidade* não é a outra face do princípio da *unidade*, mas trata-se de princípio diverso, incidente em situações próprias e localizado no presente, na atuação concreta do membro: significa que o ato do membro é ato da instituição. As normas de natureza processual são instrumentos do princípio da *indivisibilidade*.

5 A unidade, a indivisibilidade e a independência funcional no Legislativo, no Executivo e no Judiciário

5.1 A unidade e a independência

O princípio da *independência funcional* é comum a todos os agentes políticos¹⁷. Quanto aos membros do Judiciário e do Legislativo e ao titular do Executivo, essa *independência* está prevista no art. 2º da Constituição Federal, que, conforme já dito, não

¹⁶ Referimo-nos, aqui, à autonomia *funcional*. Porém, o exercício desse poder regulamentador pela Instituição é igualmente necessário no que diz respeito à sua autonomia *administrativa* e *financeira*. É quanto a esta que Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, Advogado-Geral da União e membro aposentado do MPF, indaga: “Por que o Ministério Público não pode, através da autonomia que tem, na Constituição e na lei, exercer melhor sua autonomia, isto é, editar suas próprias normas, portanto não sujeito ao poder regulamentar do Presidente da República? Editar suas próprias normas e construir uma outra instituição nesse espaço que lhe é dado pela própria Constituição, pela própria lei, e que só cabe a ele construir?” (em entrevista à Dra. Sandra Cureau e ao Dr. André de Carvalho Ramos, publicada neste *Boletim Científico*, n. 7, p. 161, abr./jun. de 2003).

Se a timidez da instituição na implementação de sua autonomia administrativo-financeira deixa-a sujeita ao Executivo, essa timidez quanto à autonomia funcional torna-a dependente do Judiciário.

¹⁷ Adotamos a expressão “agente político” para designar apenas os membros do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público e o titular do Executivo, e não no sentido mais amplo adotado por Hely Lopes Meirelles, *verbis*: “Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais” (*Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 50).

obstante, aparentemente, referir-se ao órgão do Estado, na verdade, refere-se à sua *função*, que, em última instância, é a atividade de seus agentes. A *independência* do Ministério Público em nada difere, pois, da independência desses demais órgãos de exercício do Poder, quanto ao exercício de suas respectivas funções, já que todos se vinculam, apenas, à Constituição e às leis¹⁸.

Já o *princípio da unidade* está constitucionalmente previsto apenas com relação ao Ministério Público, mas ele também informa a atuação dos demais órgãos de exercício do Poder, porém, com muito menor força coalizadora do que com relação ao Ministério Público. Com efeito, o principal vetor de *unidade* desses órgãos de Poder é a própria Constituição¹⁹ (conforme o é para o Ministério Público), com suas inúmeras prescrições direcionadas especialmente aos agentes políticos. Pode-se citar como exemplo já o art. 1º da Carta Política, ao prescrever que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. Claramente, e já no primeiro artigo, estão diretrizes que devem informar a atuação de todos os agentes políticos (ao legislar, ao executar, de ofício, a lei e ao interpretá-la em casos controversos), diretrizes estas contra as quais não se pode argüir *independência funcional*: o parlamentar, o juiz, o chefe do Executivo não têm independência para agir em ofensa à dignidade da pessoa humana. Pode-se citar, ainda, a título exemplificativo, o art. 37 com suas diversas alíneas. Lá estão elencados os princípios e as normas reitoras da administração pública, a que todo funcionário e especialmente os agentes políticos devem obediência e contra as quais não prevalecerá sua *independência funcional*. Assim se faz (no plano abstrato, da ideologia constitucional) a *unidade* de ação de todos os agentes políticos do Estado brasileiro. É certo que todos os residentes no Brasil, e não apenas seus agentes políticos, estão sujeitos às normas constitucionais; mas estes estão sujeitos a elas por um vínculo diferenciado, porque, responsáveis pela direção do Estado, devem agir para a concretização daquelas normas, e não apenas respeitá-las.

¹⁸ O princípio da independência funcional dos agentes políticos é “um princípio maior”, pois se relaciona diretamente com a democracia do Estado (art. 1º da Constituição). Com efeito, não é possível conceber um órgão ou autoridade que a controle, sem se admitir poder ditatorial a esse órgão ou autoridade. Bem por isso, o controle externo dos órgãos de exercício do Poder não poderá incidir sobre o espaço da independência funcional, que é a consciência do agente político; mas, com o controle externo, por meio de critérios objetivos o tanto quanto possível, procurar-se-á detectar desvios de atuação por parte do agente (atividade-fim), tendo por parâmetros a Constituição e as leis, e desvio de gestão por parte do órgão (mal uso de sua autonomia, nos planos administrativo, financeiro e patrimonial).

¹⁹ Referindo-se à unidade do sistema jurídico, diz Fábio Konder Comparato: “Em matéria constitucional, porém, esse princípio é mais imperioso, porque a Constituição apresenta sempre uma unidade funcional superior à de todas as leis ou códigos. As leis podem ser múltiplas e os códigos, vários; mas a Constituição é sempre uma só. Ela expressa a unidade do Estado e do povo, em determinado território. É ela que funda a ordem jurídica como um todo sistemático. Ora, esse conjunto normativo fundante de toda a ordem jurídica não pode ser incoerente em sua essência, ainda que expresse contradições em sua aparência textual” (Parecer intitulado “Ministério Público – autonomia em matéria orçamentária”. *Direito público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 63-64).

Conforme se percebe, essa *unidade*, referente aos demais órgãos de exercício do Poder, é menos *coesa* que aquela exigida do Ministério Público. Pois, aqui, é a própria Instituição que poderá, e deverá, estabelecer normas e mecanismos articuladores da atuação de seus membros, em suas funções constitucionais e, por óbvio, compatíveis com a ordem jurídica; enquanto, com relação aos demais órgãos de exercício do Poder, a *unidade* faz-se apenas no grau estabelecido pela Constituição e pelas leis.

É de se observar ainda que, no âmbito de cada órgão, um *grau mínimo de unidade* é indispensável à própria atuação de qualquer instituição composta por vários membros. Quanto ao Executivo, no sistema presidencialista, isso não se verifica porque a *unidade* já é decorrência natural da circunstância de ser unipessoal a sua titularidade e viabilizada pelo mecanismo da hierarquia. Mas, quanto ao Legislativo e ao Judiciário, nos quais há vários agentes titulares do exercício do Poder, cada um investido de *independência funcional*, faz-se necessário um complexo de normas regimentais viabilizadoras da atuação de cada membro e da instituição como um todo, que, em última análise, são normas indutoras da *unidade* e limitadoras da *independência* de cada membro (não quanto às suas convicções, mas quanto às suas atuações).

No Poder Judiciário, essa *unidade*, se não apresenta a mesma natureza e característica da do Ministério Público, é bem maior que a do Legislativo, em decorrência do sistema de recursos. Com efeito, ao reformar uma decisão proferida em grau inferior, o tribunal poderá não apenas substituir aquela decisão por outra (uniformizando, assim, a atuação do Judiciário)²⁰, mas também determinar ao juiz de grau inferior a prática de certos atos, e de determinada forma, ou a abstenção da prática.

Diferentemente do que se pode conceber no Ministério Público, no Judiciário as normas de consecução da *unidade* incidem mais sobre a estrutura da Instituição que sobre a atuação do agente. Este não é suscetível de qualquer direcionamento ou meta traçada por órgão superior, no que diz respeito ao conteúdo de suas decisões. Mas, em decorrência do sistema recursal, a *unidade* acaba impondo-se ao Judiciário com mais força e mais centralizadamente ainda do que com relação ao Ministério Público. E é de se observar, ainda, que, semelhantemente ao Ministério Público, nesse particular, e diferentemente do que ocorre no Legislativo e no Executivo, no Judiciário essa *unidade* impõe-se em âmbito nacional.

O que no Ministério Público é *princípio da unidade*, no Judiciário é *mecanismo de uniformização*²¹.

²⁰ No Ministério Público isso ocorre apenas nas hipóteses de arquivamento de inquérito penal ou civil público.

²¹ Temos que a súmula com efeito vinculante está em sintonia com esse mecanismo e não ofende o princípio da *independência funcional* do juiz, porque aí o que se tem é a interpretação prévia de uma norma pelo órgão superior que, pelo mecanismo do recurso, teria mesmo o poder de fazê-lo no caso concreto. A súmula vinculante, portanto, apenas antecipa o que seria realizado por meio do complexo mecanismo de recursos. Daí por que a súmula não poderá veicular juízo sobre *questões de fatos*, pois estas contêm possibilidades mais amplas de juízos que as *questões de direito*. (Não se ignora a sutileza da diferença entre questão de fato e de direito, nem a possibilidade de, por meio de pretensos juízos “objetivos” sobre a norma, emitir-se uma particular visão sobre o Direito. Mas esses são problemas intrínsecos do próprio Direito, e não cabe aqui abordar os mecanismos disponíveis para contorná-los.)

A inexistência do princípio da *unidade* quanto ao Judiciário decorre, entre outros, dos seguintes fatores: o juiz não tem poder de *iniciativa* e, conseqüentemente, não dispõe de poder político para *decidir*, previamente, sobre o interesse a ser tutelado, mas, ao contrário, deve apenas dizer o direito em face dos interesses que lhe são apresentados; a jurisdição exerce-se, sempre, por meio de um processo, do qual participam os interessados, o que nem sempre acontece com relação ao Ministério Público, e só raramente quanto ao Poder Executivo; todos os atos dos membros do Poder Judiciário são fiscalizados *direta e especificamente* pelos interessados, estando, em geral, sujeitos a recurso²².

5.2 A unidade e a indivisibilidade

A *indivisibilidade* é um princípio constitucional apenas para o Ministério Público. Mas, na prática, todo órgão colegiado é informado por esse princípio; portanto, ele se aplica também ao Legislativo e ao Judiciário. No que se refere ao Executivo, porque é um órgão cuja titularidade é unipessoal em cada ente federado, não se pode falar em *indivisibilidade*.

Porém, enquanto no Ministério Público o princípio da *indivisibilidade* incide no ato do membro, obrigando à Instituição, quanto ao Legislativo e ao Judiciário a *indivisibilidade* incide no ato da Instituição, obrigando a seus membros.

No Legislativo, cada agente político, quer em relação à respectiva Casa, quer em relação às casas legislativas dos demais entes políticos, age sob sua inteira responsabilidade, não empenhando o órgão ou a instituição (Legislativo) do qual é membro. A *indivisibilidade* dá-se, apenas, quanto à decisão final do colegiado, que representa o órgão, decisão essa que, sendo a fusão de diversos atos (votos), não poderá jamais ser decomposta de forma que aqueles atos voltem a ter existência própria: a sua existência e o seu valor jurídico extinguem-se no momento em que surge o todo, *indivisível*.

Semelhantemente ocorre no Poder Judiciário. O juiz, quer pertença a um órgão unipessoal, quer pertença a um órgão colegiado, ao decidir, também não exprime, *imediate e definitivamente*, a “vontade” do Poder Judiciário, conforme se dá com o ato do membro do Ministério Público; mas a decisão do juiz apenas se torna a “voz” do Judiciário após a manifestação de todos os membros do colegiado, se for o caso, e o transcurso do prazo em que um outro órgão poderia reformar a decisão. O que “emprenha” o Judiciário não é o ato do juiz, pessoa física, mas a decisão do órgão julgante. É certo que existe em cada ato ou decisão do juiz alguma força vinculante do próprio Poder Judiciário, na medida em que é

²² Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, referindo-se às garantias (*princípios*) do MP, expressou: “Acho que, na verdade, o que se deu ao Ministério Público não foi o que foi dado à magistratura, porque essas garantias são garantias da função, e o Ministério Público, diferentemente da magistratura, tem a iniciativa do exercício da sua função. Isso, portanto, dá a ele um campo muito maior de atuação em que essas garantias vêm a ser exercitadas. Na verdade, e se se considerar também que a atuação do Ministério Público se faz, sim, perante o juízo, mas também e cada vez mais extrajudicialmente, a dimensão dessas garantias, o âmbito e o alcance delas é muito maior do que o da magistratura, embora sejam nominalmente as mesmas” (Entrevista. *Boletim Científico ESMPU*, cit., p. 163).

“representativa” do órgão a que pertence, daí dizer-se, em linguagem corriqueira, que o juiz sempre “re-presenta” o Poder Judiciário. Mas essa “re-presentação”, ou, mais adequadamente, “apresentação”, não corresponde àquela do membro do Ministério Público com relação à sua Instituição, porque, neste, a apresentação dá-se imediata e inteiramente, no ato que se pratica. O princípio da *indivisibilidade* do Ministério Público confere a seu membro grande responsabilidade, por agir, imediata e irrevogavelmente, nos limites de sua atribuição, em nome da Instituição. Exatamente para isso, é indispensável uma adequada regulamentação desse princípio, quer por leis processuais, quer por normas de atribuição de tarefas.

Conclui-se, assim, que, dentre os *princípios constitucionais do Ministério Público*, o princípio da *independência funcional* é o que rege, de maneira idêntica, todos os agentes políticos do Estado. As nuances quanto à aplicação desse princípio aos diversos órgãos de exercício do Poder é consequência das peculiaridades das funções de cada órgão, e, ainda, dos diferentes graus e naturezas da *unidade* que se exige desses órgãos, bem assim, dos mecanismos jurídico-formais utilizados para a viabilização da *unidade*. Mas, na *essência*, no que diz respeito à convicção do agente e à liberdade de sua atuação, é idêntica a *independência funcional* de todos os agentes políticos, pois seus limites são a Constituição e as leis.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970. [Verbetes “Autonomia”, “Independente” e “Unidade”].

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de Ary dos Santos. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássico Editora, s/d.

COMPARATO, Fábio Konder. Ministério Público – autonomia em matéria orçamentária. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro da. Entrevista. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

HOUAISS, Antônio. Autonomia. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. Tradução de Fabrício Pinto Santos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. Independência do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

- . Parecer sobre a LCF nº 40/81. *Revista “Justitia”*, ano 45, n. 123, out./dez. 1983.
- TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios constitucionais do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 1, n. 2, jan./mar. 2002.
- . O Ministério Público e o Poder. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 2, n. 7, abr./jun. 2003.

COMPETÊNCIA CRIMINAL NOS CRIMES CONTRA A FAUNA

*Grupo de Trabalho da Fauna (GT-8)**

1 Introdução

O Brasil é o país de maior biodiversidade do planeta, contando com um número estimado de mais de 20% do total de espécies da Terra. O país possui, também, a mais diversa flora do mundo, em número superior a 55 mil espécies descritas, o que corresponde a 22% do total mundial. Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, uma em cada onze espécies de mamíferos existentes no mundo é encontrada no Brasil (522 espécies), juntamente com uma em cada seis espécies de aves (1.622), uma em cada quinze espécies de répteis (468) e uma em cada oito espécies de anfíbios (516).

Por outro lado, muitos dos animais que compõem a fauna brasileira sequer foram descobertos e, o que é pior, muitos correm o risco de extinção antes mesmo disso acontecer. No Brasil, atualmente, o número de espécies em extinção é altamente preocupante. Os dados constam da Instrução Normativa n. 03, do Ministério do Meio Ambiente, datada de 27 de maio de 2003, segundo a qual atualmente existem 632 espécies da fauna brasileira em extinção, dados estes muito significativos, em especial se comparados com a Portaria n. 1.522/89 do Ibama, que listava 220 espécies em extinção.

O comércio ilegal e o tráfico da fauna silvestre são, em muito, responsáveis pelo número de animais em extinção. Atualmente, o comércio de animais silvestres no país, e com o exterior, dá-se por meio de criadouros comerciais (atividade regulamentada pela Portaria n. 118-N do Ibama), nos termos da Lei n. 5.197/67¹, que dispõe sobre a proteção à fauna, e da Portaria n. 117/97 do Ibama, que normatiza a comercialização de animais vivos, abatidos, partes e produtos da fauna silvestre, provenientes de criadouros com finalidade econômica e industrial e jardins zoológicos registrados no Ibama. O comércio da fauna, no entanto, nem sempre é feito com observância das normas que regulamentam a atividade, vindo o comércio ilegal e o tráfico a ser opções extremamente lucrativas para comercialização de espécimes da fauna, não só internamente mas também com o exterior.

* O Grupo de Trabalho da Fauna (GT-8), formado no âmbito da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, é composto pelos seguintes membros: Roberto Monteiro Gurgel Santos, Subprocurador-Geral da República; Alexandre Camanho de Assis, Procurador Regional da República; Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Procurador da República; Anaíva Oberst Cordovil, Procuradora da República; Bartira de Araújo Góes, Procuradora da República; Carolina da Silveira Medeiros, Procuradora da República; Cristianna Brunelli Nácúl, Procuradora da República; Inês Virgínia Prado Soares, Procuradora da República; Maria Cristiana Simões Amorim, Procuradora da República; Orlando Monteiro E. da Cunha, Procurador da República; Rosane Cima Campiotto, Procuradora da República; Ubiratan Cazetta, Procurador da República

¹ Art. 3º É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

§ 1º Excetua-se os espécimes provenientes de criadouros devidamente legalizados.

§ 2º Será permitida, mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, larvas e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

Atualmente, sabe-se que os valores monetários movimentados com o comércio ilegal e com o tráfico internacional de espécimes da fauna silvestre são bastante elevados, apresentando-se em terceiro lugar na listagem das atividades ilegais que mais movimentam recursos financeiros, perdendo apenas para o tráfico internacional de drogas e o tráfico internacional de armas. Os valores estão estimados em aproximadamente um bilhão de dólares por ano no Brasil, e aproximadamente 10 bilhões de dólares no mundo². A questão apresenta tanta relevância que foi constituída uma Comissão Parlamentar de Inquérito para tratar da matéria³, tendo o respectivo relatório sido apresentado em fevereiro de 2003.

Visando à proteção da fauna silvestre, o Brasil firmou diversos tratados e convenções, sendo signatário, entre outros, da Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas e Naturais dos Países da América (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 03, de 13-2-1948); do Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos da República Federativa do Brasil e da República da Colômbia (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 72, de 3-12-1973); da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – Convenção Cites (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 54, de 24-6-1975); do Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos da República Federativa do Brasil e da República do Peru (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 39, de 17-5-1976); do Acordo de Pesca e Preservação de Recursos Vivos, entre o Brasil e o Uruguai (aprovado pelo Decreto-Lei n. 412, de 9-1-1969); do Acordo para a Conservação da Fauna Aquática nos Cursos dos Rios Limítrofes, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 138, de 10-11-1995); do Acordo sobre Cooperação em Matéria Ambiental, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 74, de 4-5-1995); do Acordo de Cooperação na Área do Meio Ambiente, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos Mexicanos (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 70, de 4-5-1995); da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 002, de 3-2-1994); do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e as Nações Unidas relativo à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizada na cidade do Rio de Janeiro de 1º a 12-6-1992) (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 242, de 20-12-1991).

O número de documentos internacionais assinados e/ou ratificados pelo Brasil, relativamente à fauna, evidencia a importância da matéria não apenas para o Estado brasileiro, mas também para as demais nações, bem como para a Organização das Nações Unidas, que no ano de 1992 organizou no Brasil a Convenção sobre Diversidade Biológica, não podendo, nessa medida, a União se furtar a atuar em defesa da fauna silvestre.

² Informações do relatório da CPI do Tráfico Ilegal de Animais e Plantas Silvestres da Fauna e Flora Brasileiras.

³ Comissão criada em 10 de setembro de 2002.

2 Da legislação protetiva da biodiversidade

Não restam dúvidas, portanto, sobre a importância da biodiversidade para as nações e, em especial, para a Nação brasileira, devendo o governo federal implementar ações que visem à preservação dessa biodiversidade, aqui inserida a fauna silvestre, tanto em razão de disposições constantes na Carta Constitucional e na legislação federal, quanto em razão da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada pelo país durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 2/94 e promulgada pelo Poder Executivo, por meio do Decreto n. 2.519/98, estando atualmente em vigor.

De se observar, ainda, que muito antes da promulgação da Constituição Federal, ou da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, no ano de 1992, o Brasil e o mundo já demonstravam preocupação com a biodiversidade, e de forma especial com a fauna, o que levou à edição da Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas dos Países da América, em Washington, no ano de 1940.

O Brasil, signatário da Convenção, ratificou-a em 1948, por meio do Decreto Legislativo n. 03, de 13 de fevereiro de 1948, e promulgou-a pelo Decreto n. 58.054, de 23 de março de 1966. A convenção tem como objetivo, entre outros, o de “proteger e conservar no seu ambiente natural exemplares de todas as espécies e gêneros da flora e fauna indígenas, incluindo aves migratórias, em número suficiente e em locais que sejam bastante extensos para que se evite, por todos os meios humanos, a sua extinção”.

Para tanto, as partes deveriam adotar medidas preventivas e repressivas, entre elas as de criação de parques nacionais, reservas nacionais, monumentos naturais; notificação à União Pan-Americana da criação desses parques e reservas, mas não apenas isso. Deveriam as partes, igualmente,

“proibir a caça, a matança e a captura de espécimes da fauna e a destruição e adotar ou recomendar aos seus respectivos corpos legislativos a adoção de leis e regulamentações que assegurem a proteção e conservação da flora e fauna, das paisagens, em especial das aves migratórias de valor econômico ou de interesse estético ou para evitar a extinção que ameace a uma espécie determinada”.

Mas, de fato, o maior impulso quanto à proteção da biodiversidade foi dado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), um documento subscrito por 175 países, por ocasião da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, em junho de 1992, no Rio de Janeiro. Tal documento já foi ratificado por 168 países, incluindo o Brasil.

Aqui, a Convenção foi submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 02/94, sendo promulgada pelo Decreto n. 2.519/98, de 16 de março de 1998.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), por seu turno, reconhece a soberania nacional sobre a biodiversidade e os recursos genéticos e estabelece que o acesso

a esses recursos só pode ser feito mediante autorização do país de origem (consentimento prévio autorizado).

Além da Convenção da Biodiversidade, no Brasil a questão relativa à proteção da biodiversidade, incluída aqui a fauna silvestre, igualmente encontra previsão na Constituição Federal e nas Leis n. 8.974/95 e 9.279/96. Estabelece a Constituição Federal em seu art. 225, §1º, incisos II e V:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético;

[...]

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

A Lei n. 8.974/95, por sua vez, regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e estabelece normas sobre o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança⁴, tendo sido regulamentada pelo Decreto n. 1.752/95, ao passo que a Lei n. 9.279/96 regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial.

Conclui-se, assim, pelo que foi apresentado relativamente à biodiversidade, que nossa fauna silvestre é importante elemento da biodiversidade nacional, apresentando significativos impactos na economia e na soberania, devendo, nessa medida, receber especial proteção da União, dada sua importância para a Nação, para preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

3 Do comércio e do tráfico de animais silvestres

Como já mencionado, o comércio de animais silvestres no país está regulamentado e pode ser realizado, nos termos da legislação em vigor, sendo possível, inclusive, a exportação de espécimes da fauna silvestre, até mesmo de espécies ameaçadas de extinção. Tal atividade, no entanto, deverá se dar nos termos da Convenção sobre o Comércio

⁴ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.”

Internacional das Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção (Cites), assinada pelo Brasil, cujo objetivo principal é o de regular e controlar o comércio internacional, de modo que ele não se transforme em uma das causas de extinção da fauna.

Essa convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 54/75 e implementada pelo Decreto n. 3.607/2000. A convenção visa proteger espécies da fauna e flora silvestre em perigo de extinção, mediante a adoção de certas condutas nos casos de comércio internacional. Para a efetivação das medidas previstas na Convenção, necessário se faz que em todos os casos de comércio internacional de espécies da fauna silvestre seja verificado se o animal se encontra na lista de espécies ameaçadas de extinção, e se é necessária a observância das normas estabelecidas na Convenção, regulamentadas pelo Decreto n. 3.607/2000, as quais são executadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que se apresenta como a autoridade administrativa e científica do Cites no Brasil, cabendo à sua Diretoria de Fauna a competência para a emissão de licenças e certificados respectivos.

Por outro lado, e conforme já demonstrado, a biodiversidade brasileira, em especial a representada pela fauna, apresenta valor científico e também econômico incalculável, atraindo a atenção dentro e fora do país. O comércio da fauna, no entanto, nem sempre é feito com a observância das normas que regulamentam a atividade, vindo o tráfico a ser uma opção extremamente lucrativa para a comercialização de espécimes da fauna com o exterior.

Nessa medida, a problemática da fauna brasileira não pode ser vista dissociada da questão do tráfico, até porque, conforme será demonstrado, as práticas do tráfico interno são altamente significativas no território nacional, não sendo possível diferenciar-se, em muitas oportunidades, o comércio ilegal interno da atividade do tráfico internacional.

A esse respeito, a Organização Não-Governamental WWF denuncia a existência de íntima relação entre o que chama de tráfico nacional e tráfico internacional, atribuindo essa situação ao grande volume de comércio verificado em solo nacional, atividade que sustenta os traficantes que agem no país e servem de intermediários para os traficantes internacionais. Observa o WWF que, devido a essa realidade, a diminuição do tráfico interno teria, certamente, fortes reflexos na atividade do tráfico internacional⁵.

Citamos como exemplo que pode se enquadrar na descrição acima o caso da apreensão de 40 exemplares de araras-azuis-de-lear, em um cativeiro na zona rural da cidade de Itu, região de Sorocaba/SP, no ano de 2002, aves estas avaliadas em até U\$ 25.000,00 no Japão. No mesmo sentido, a apreensão de 28 flamingos, 150 cardeais e 2 araras no Município de Viamão/RS, apesar de nem os flamingos nem as araras fazerem parte na fauna nativa gaúcha.

A respeito do tráfico internacional de animais, a Organização Não-Governamental Renctas (Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres), elaborou o Relatório Nacional sobre o Comércio Ilegal da Fauna Silvestre, no qual classifica o tráfico de animais no Brasil em três tipos: a) tráfico de animais para colecionadores particulares e zoológicos,

⁵ Ver < www.wwf.org.br/participe >.

atividade que prioriza as espécies ameaçadas de extinção; b) tráfico científico (biopirataria), que envolve uma série de espécies fornecedoras de substâncias utilizadas na pesquisa e produção de medicamentos; e c) tráfico para *pet shops*.

A Comissão Parlamentar de Inquérito criada para apurar a questão do tráfico de animais silvestres concluiu, por sua vez, que a maioria dos animais silvestres comercializados ilegalmente vem das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, sendo que os principais pontos de destino, antes do exterior, são os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, onde são comercializados em feiras livres ou exportados por portos e aeroportos. Aponta, ainda, o relatório da CPI, que países como Portugal, Espanha e México atuam como escala para a legalização de animais, da mesma forma que alguns países limítrofes com o Brasil são usados para o fornecimento de documentação falsa para os animais contrabandeados, inclusive para animais protegidos pela Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies de Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Cites).

Ainda a respeito dos valores envolvidos no tráfico, dados levantados pela Comissão Parlamentar de Inquérito informam que o mico-leão é vendido na Europa por US\$ 15,000.00, sendo que o grama do veneno da jararaca é cotado hoje no mercado internacional a US\$ 433.00 e o veneno da cobra coral a US\$ 31,300.00. Uma arara-azul-de-lear está sendo cotada em até US\$ 60,000.00 e uma jaguatirica em US\$ 10,000.00; a jararaca-ilhoa em US\$ 20,000.00; a surucucu-bico-de-jaca em US\$ 5,000.00; e o grama do veneno extraído da aranha-marrom está avaliado em US\$ 24,000.00⁶.

Outro dado relevante quanto ao tráfico de animais é a altíssima mortalidade que ele causa, já que de cada dez animais traficados apenas um sobrevive, segundo dados do WWF⁷ que foram ratificados pelo relatório da CPI do tráfico de animais e flora.

4 Soberania nacional

Após a análise dos itens anteriores, em especial no que diz respeito à biodiversidade, ao comércio e ao tráfico de animais da fauna silvestre, bem como aos valores movimentados com ambas as atividades, a conclusão lógica a que se chega é a de que a fauna silvestre, e o valor que ela encerra, dizem respeito, diretamente, à soberania nacional. Tal concepção, inclusive, consta da Convenção sobre Diversidade Biológica, que determina que as nações têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos biológicos, segundo suas políticas de meio ambiente e desenvolvimento. Tendo em vista que no Brasil as questões relativas à biodiversidade estão intimamente ligadas às populações tradicionais, sendo que os povos indígenas, os quilombolas e as outras comunidades locais desempenham um papel importante na conservação e na utilização sustentável da biodiversidade brasileira, e considerando que a referida Convenção determina que a manutenção da diversidade cultural

⁶ Dener Giovanini, Coordenador-Geral da Renctas, em depoimento prestado à CPI do Tráfico de Animais e informações do item 6.1 do relatório da CPI, referentes ao Relatório Nacional sobre o Comércio Ilegal da Fauna Silvestre, elaborado pela Renctas.

⁷ Disponível em: < www.wwf.org.br >.

nacional é importante para a pluralidade de valores na sociedade em relação à biodiversidade, devem as ações nacionais de gestão da biodiversidade integrar-se com convenções, tratados e acordos internacionais relacionados ao tema da gestão da biodiversidade.

Nessa medida, as ações relativas à preservação da fauna silvestre, ações de fiscalização ou ações judiciais que se façam necessárias, inclusive e especialmente medidas de natureza criminal, devem ser intentadas no âmbito da Justiça Federal, em face do evidente aspecto de soberania envolvido na matéria. O próprio Hino Nacional já reconhece que “nossos bosques têm mais vida”.

E esse aspecto de soberania, evidente nas ações relativas à fauna, tem ainda importante reflexo econômico, na medida em que, segundo informações da Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (Renctas), o comércio de animais silvestres, além de ameaçar nossa biodiversidade, igualmente nos traz grandes prejuízos econômicos, pois nossos recursos genéticos acabam sendo perdidos para grandes grupos multinacionais, que os utilizam, em muitos casos, como princípio ativo na elaboração de medicamentos. O mercado mundial de medicamentos para hipertensão, por exemplo, que segundo a organização movimenta cerca de US\$ 500 milhões por ano, utiliza o princípio ativo do veneno de jararacas e cascavéis, sendo que a cotação internacional dos venenos ofídicos é altíssima: um grama de veneno da jararaca (*Bothrops jararaca*) vale US\$ 433.70 e o da cascavel (*Crotalus durissus terrificus*) US\$301.40.

Estando em jogo, portanto, valores relativos à soberania nacional, parece óbvio o interesse da União em dar proteção à fauna silvestre, não se limitando tal interesse aos Estados-Membros, uma vez que é matéria que em muito ultrapassa as fronteiras existentes entre os Estados, desconhecidas dos espécimes da fauna.

5 Cancelamento da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça

a) Até o presente momento, buscou-se demonstrar a importância da fauna silvestre para a Nação brasileira e para o planeta, com o objetivo de melhor evidenciar sua condição de bem da União e a necessidade de se manter a competência federal para processar e julgar os delitos contra ela praticados.

A importância da fauna silvestre para a Nação brasileira, para a nossa biodiversidade e nossa soberania, contudo, já era de muito reconhecida pela Corte Constitucional e pela melhor doutrina administrativista brasileira, antes mesmo que as atividades de comércio e tráfico de animais comessem a se intensificar em território nacional. A visão dos operadores do Direito nesse aspecto apresentava-se em consonância com a importância da matéria, antecipando os problemas e as situações que viriam a ocorrer no futuro.

A doutrina que deu início ao posicionamento que futuramente foi aceito, de forma quase irrestrita, de que a fauna silvestre é bem da União (posicionamento de fácil aceitação após o conhecimento e a análise das informações relativas à biodiversidade da fauna brasileira, seu incalculável valor científico e também econômico, sendo matéria diretamente afeta à soberania nacional), é atribuída a Hely Lopes Meirelles.

O referido doutrinador, primeiro defensor e, em realidade, o criador dessa tese, demonstrou extraordinária visão da importância da fauna silvestre para o nosso país, ao interpretar o art. 1º da Lei n. 5.197/67 (ainda em vigor), que dispõe sobre a proteção à fauna:

“Art. 1º Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”.

Ao interpretar o normativo legal acima reproduzido, Hely Lopes Meirelles posicionou-se no sentido de que a referência a Estado, feita no art. 1º da Lei n. 5.197/67, deveria ser lida e entendida como se se tratasse da União. Nessa medida, os animais da fauna silvestre passaram a ser reconhecidos como sendo de propriedade da União.

Esse posicionamento foi, posteriormente, reconhecido e acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Conflitos de Jurisdição n. 6.115, 6.364, 6.289 e 6.277, ocasião em que a Corte Constitucional analisou exaustivamente a matéria e sobre ela firmou entendimento. Na oportunidade, os delitos contra a fauna ainda eram classificados como contravenções, mas, para efeitos de competência, eram julgados pela Justiça Federal. O Supremo Tribunal Federal, demonstrando clareza de entendimento sobre a importância do tema, reconheceu a competência federal para processamento e julgamento dos delitos contra a fauna, em decisões irretocáveis, que analisaram em profundidade a matéria. Nesse contexto, merece especial atenção a decisão proferida nos autos do Conflito de Jurisdição n. 6.115-3, julgado pelo Pleno do STF em 3 de novembro de 1978, que ora reproduzimos:

Conflito de Jurisdição n. 6.115-3.

“Conflito de Jurisdição. A expressão ‘crimes’ usada pela Constituição no art. 125, inciso IV, deve ser entendida como sinônima de ‘infrações penais’ compreendendo, assim, as contravenções. Conflito julgado procedente dando-se pela competência da Justiça Federal suscitada.”

Durante o julgamento, a questão relativa à fauna silvestre e sua condição de bem da União foi amplamente discutida:

“Ministro Rodrigues Alckmin (Relator): [...]”

3. Leio, do parecer, de fls. 235/238, o seguinte:

‘5. No mérito, entendo que procede o conflito, por ser da Justiça Federal a competência para o processo e julgamento da ação penal.

6. Inicialmente deve ser enfrentado o problema sobre a competência, em geral, para processo e julgamento das contravenções praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União, em face da interpretação restritiva empregada, em vários acórdãos, pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos à expressão ‘crimes’ constante do inciso IV do artigo 125 da Constituição

Federal, para reconhecer a competência da Justiça Estadual para o julgamento das contravenções, qualquer que seja o bem jurídico atingido. Esta egrégia 1ª Turma, porém, acolhendo fundamentado parecer do Dr. Francisco de Assis Toledo, 4º Subprocurador-Geral da República, já proclamou a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de contravenções penais, desde que praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ao reconhecer tal competência no caso de contravenção constante de violação do privilégio postal da União [...].

7. No caso, é evidente que a contravenção prevista no art. 27 do Código de Caça (Lei 5.197/67) afeta bens, serviço e interesse da União.

8. Já o art. 1º do citado Código dispõe, *verbis*:

‘Art. 1º Os animais de qualquer espécie, em qualquer fase de seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha’.

[...]

9. Ora, sem dúvida a expressão Estado está empregada no sentido de União, como adverte Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

‘O Código de Caça (Lei 5.197/67), embora usando impropriamente o termo ‘Estado’ incorporou a fauna silvestre ao patrimônio federal, pois todos os seus espécimes estão sob controle absoluto da União, mesmo quando habitem terrenos do domínio privado, como vimos no texto’.

(Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., pág. 525/526.)

[...]

13. Dúvida não há, portanto, que as contravenções penais previstas no Código de Caça, quando praticadas, atingem bens, serviço e interesse da União e, portanto, seu processo e julgamento cabem à Justiça Federal, nos termos do art. 125, IV, da Constituição Federal’.

4. Nos termos do parecer, cuja fundamentação adoto integralmente, dou pela procedência do conflito e pela competência do Juízo da 4ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro, suscitado”.

Posteriormente, por ocasião do julgamento dos Conflitos de Jurisdição n. 6.277-0, 6.289-3 e 6.364-4, e novamente reunido o Pleno da Corte Constitucional, decidiu-se pela competência da Justiça Federal para processar infrações cometidas contra a fauna silvestre, sendo que, no ano de 1988, a Lei n. 7.653 deu nova redação ao art. 27 da Lei n. 5.197/67, para determinar que as infrações praticadas contra a fauna passavam a ser consideradas crimes e não mais contravenções.

Em outubro de 1993, cinco anos depois de promulgada a Constituição Federal, é editada a Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça, determinando que “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”.

A referida Súmula teve por base, e fundamento para edição, o art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, a Lei n. 5.197/67, a Lei n. 7.653/88 (que alterou a Lei n. 5.197/67), e os julgamentos dos Conflitos de Competência n. 200-0-MS (DJ de 26 jun. 1989), 1.074-0-SP (DJ de 14 maio 1990), 1.597-0-SP (DJ de 25 fev. 1991), 3.369-9-SC (DJ de 16 nov. 1992), 3.373-0-SC (DJ de 5 out. 1992) e 3.608-1-SC (DJ de 17 dez. 1992).

Disponham os Conflitos de Competência analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, para edição da Súmula n. 91:

CC n. 1074-0-SP

“Constitucional e processual penal. Competência. Crime contra a caça. Justiça Federal.

1. Infração penal ocorrida na vigência da Lei n. 7.653, de 12.02.88, é considerada crime e não mais contravenção.

2. Remessa dos autos à Justiça Federal após a promulgação da Constituição.

3. Os crimes praticados contra bens, serviços e interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas continuam a ser de competência da Justiça Federal (art. 109, IV). [...]

4. A legislação especial considera ‘os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase de desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha’ (art. 1º da Lei n. 5.197/67). Logo, a proibição não se restringe à ação ocorrida dentro de parques ou reservas nacionais.

5. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal.”

CC n. 3369-9 – SC

“ [...] a caça ou apanha das espécies da nossa fauna silvestre foi elevada à categoria de crime federal com o advento da Lei n. 7.653/88; logo, as condutas desta natureza afetam bens ou interesses da União, o que convoca, para o feito, a competência da Justiça Federal, mercê do art. 109, IV, da CF/88.”

Encerrado estaria, assim, o ciclo de discussões e debates relativos à competência para processar e julgar os delitos cometidos contra a fauna, que se definira quinze anos antes, com o julgamento do Conflito de Jurisdição n. 6.115-0 pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão que evidencia retrocesso no tratamento e discussão da questão relativa à competência dos crimes contra a fauna, cancela a Súmula n. 91 e, com isso, reabre a discussão que se acreditava estar encerrada.

b) Vejamos agora, e por outro lado, os motivos que levaram ao cancelamento da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça e o posicionamento que vem sendo adotado a partir de então.

Neste particular, causam espécie os argumentos utilizados para fixar a competência estadual para tratar da matéria. De se observar, inicialmente, que o referido processo teve início com o julgamento do Conflito de Competência n. 29.508 – São Paulo, envolvendo a 2ª Vara

Federal de Ribeirão Preto/SP e a Vara Criminal de Santa Rosa de Viterbo/SP, em caso relativo a crime de pesca, mais precisamente o art. 34 da Lei n. 9.605/98, que assim dispõe:

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas”.

Na ocasião, decidiu a Corte Superior pela competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do delito previsto no art. 34 da Lei n. 9.605/98 (pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente), desencadeando, a partir desse julgamento, o processo de cancelamento da Súmula n. 91, relatado pelo ministro Fontes de Alencar.

Ultimado o procedimento regimental, decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, pelo cancelamento da Súmula n. 91. Em suas razões de fundamentação assim se pronunciou o ministro relator Fontes de Alencar:

“É certo que em dado instante o Superior Tribunal de Justiça sumulou (verbete n. 91): ‘Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna’.

Todavia, fê-lo em momento anterior ao advento da Lei n. 9.605/98, de dezembro de 1998, que, como acertadamente observa o prof. Roberto Rosas em seu Direito Sumular, ‘não prevê competência’.

Em relação à norma penal em branco debuxante dos crimes de pesca irregular (arts. 34 e 35, da Lei n. 9.605/98, de 12.2.98) eis o escólio de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, especialistas em Direito Ambiental:

‘Regra geral, esses crimes serão da competência da Justiça Estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal quando o crime for praticado nas 12 milhas do mar territorial brasileiro (Lei n. 8.617, de 4.1.1993), nos lagos e rios pertencentes à União (internacionais ou que dividam Estados – CF, 20, inc. II) e nas unidades de conservação da União (por exemplo, Parque Nacional do Iguaçu)’ (Crimes contra a natureza, p. 53, São Paulo, 6 ed., Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Ora, segundo a denúncia de fls. 2/3, palco do fato a que se reportam os autos foi o Córrego Bela Vista na comarca de Santa Rosa de Viterbo, do Estado de São Paulo.

Ergo, competente para a causa é o Juízo estadual suscitante – o que declaro.

Na ocasião, como registrado em local próprio:

‘A Seção, por unanimidade, com audiência do Ministério Público, acolhendo proposta do ministro Fontes de Alencar, decidiu pela instauração do procedimento de cancelamento da Súmula 91 do Superior Tribunal de Justiça, na forma regimental. Será Relator o senhor ministro Fontes de Alencar’.

Cumpro, nesta oportunidade, o encargo que o Colegiado me atribuiu.

O referido verbete sumular expõe como legislação de referência a Lei n. 5.179, de 3.1.67, e a Lei n. 7.653, de 12.2.1988, em outras palavras, os mencionados diplomas suportavam-no.

Parece-me a mim assaz interessantes as considerações que os especialistas Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, ambos magistrados, gizaram a propósito do tema na última edição de Crimes Contra a Natureza, razão por que as faço anexas.

A respeito de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, desde 12.2.1998 o Brasil tem a Lei n. 9.605/98, que em seu Capítulo V – Dos Crimes Contra o Meio Ambiente – se ocupa dos Crimes Contra a Fauna.

A competência da Justiça Federal relativa a delitos contra o ambiente ressaí do conteúdo do art. 109, IV, da Constituição da República, vale dizer, quando praticadas, as infrações penais, ‘em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e Eleitoral’.

Dessarte, neste momento a lei já não dá suporte à mencionada nota sumulária.

De feito, falto hoje o enunciado n. 91 de fundamento, não há como correlatar-se com a presente legislação regencial dos crimes contra a natureza. Ademais – é inegável –, antes atrapalha que auxilia a prestação jurisdicional. Na verdade, sugere equívocos.

Posto isso, e considerando o condito no art. 125 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, proponho o cancelamento da Súmula n. 91, desta Seção oriundo”.

Pela análise da exposição de motivos do ministro relator do processo de cancelamento da Súmula 91 do STJ, observa-se que a questão da competência não foi analisada em sua total amplitude, limitando-se ao caso de crime de pesca (art. 34 da Lei n. 9.605/98) com relação ao qual, reconhecidamente, a competência vinha sendo atribuída à Justiça Estadual, por ser a fauna ictiológica considerada *res nullius* e não bem da União, o que impossibilita a utilização do argumento para os casos de crimes praticados contra a fauna silvestre, conceito distinto daquele de fauna ictiológica.

A argumentação utilizada para justificar a competência estadual é, assim, equivocada, uma vez que foi aplicada em situação envolvendo a fauna ictiológica, reconhecida na doutrina como sendo *res nullius*, nunca tendo integrado o conceito de fauna silvestre do art. 1º da Lei n. 5.197/67, o que evidencia a impropriedade do argumento utilizado, impossibilitando-se, dessa forma, seu aproveitamento para fins de fixação da competência em matéria de crime contra a fauna.

Nessa medida, pois, conclui-se que a decisão que fundamentou o cancelamento da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça não pode afetar a regra de competência relativa ao processamento dos crimes contra a fauna silvestre, uma vez que se refere, tão-somente, à situação da fauna ictiológica.

Esta, como visto, é considerada pela doutrina como *res nullius*, ou seja, coisa de ninguém. Nessa medida não são, nem nunca foram, considerados os peixes propriedade do Estado, para os fins da Lei n. 5.197/67, o que se deu, diferentemente, com a fauna silvestre. Nesse sentido, a exata lição de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas na 6ª edição de sua obra *Crimes contra a natureza*⁸, utilizada como fundamento para decisão do Superior Tribunal de Justiça que concluiu pelo cancelamento da Súmula n. 91:

“*res nullius*, ou seja, coisa de ninguém. Não são considerados propriedade do Estado, como os espécimes da fauna silvestre. Segundo o art. 3º do Código de Pesca (Decreto-Lei n. 221, de 28.2.1967), o Estado possui o domínio público dos animais e vegetais que se encontrem nas águas dominiais. Isto significa caber ao Estado regular a pesca, preservando-a e protegendo-a. Regra geral, esses crimes serão da competência da Justiça Estadual. No entanto, poderão ser da atribuição federal quando o crime for praticado nas 12 milhas do mar territorial brasileiro (Lei n. 8.617, de 4.1.1993), nos lagos e rios pertencentes à União (internacionais ou que dividam Estados – CF, art. 20, inc. II) e nas unidades de conservação da União (por exemplo, Parque Nacional do Iguaçu)”.

Já com relação à fauna silvestre, a questão sempre teve tratamento diverso. Ao comentar a questão, posicionaram-se os doutrinadores anteriormente citados, na obra já referida⁹, no sentido de que:

“A competência nos ilícitos penais contra a fauna, outrora previstos na Lei n. 5.197, de 3.1.1967, foi reconhecida como sendo da Justiça Federal, porque o art. 1º daquela lei dispõe que a fauna silvestre é propriedade do Estado. Isto levou Hely Lopes Meirelles a concluir que se tratava de bem da propriedade da União. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal chegou ao mesmo raciocínio e decidiu pela competência da Justiça Federal”.

Esse, em verdade, o inteiro teor da lição e o entendimento de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas acerca da competência nos crimes ambientais, por ocasião do processo de cancelamento da Súmula 91 do STJ, entendimento citado, apenas em parte, no voto que fundamentou o cancelamento da Súmula.

Observe-se, por outro lado, que a fundamentação da decisão que determinou o cancelamento da Súmula 91 do STJ deixou de referir as considerações acerca do caráter de *res nullius* da fauna ictiológica e, ainda, o posicionamento dos doutrinadores citados (Vladimir e Gilberto Passos de Freitas), à época, relativamente à questão da competência

⁸ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

⁹ Op. cit., p. 52.

nos crimes contra a fauna silvestre, visto que na ocasião entendiam-na como sendo da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual.

Os casos de competência envolvendo crimes contra a fauna ictiológica, portanto, não poderiam ser utilizados como parâmetro para fixação da competência relativamente ao restante da fauna silvestre, porque aquela (fauna ictiológica) é considerada *res nullius*, ao passo que esta (restante da fauna silvestre) é considerada propriedade da União Federal, elemento suficiente e necessário para fixação da competência federal.

Esse argumento e os demais apresentados no mesmo sentido – CC 200-0-MS, CC 1.074-0-SP, CC 1.597-0-SP, CC 3.369-9-SC, CC 3.373-0-SC (5-10-1992) e CC 3.608-1-SC (17-12-1992) –, que fundamentaram a edição da Súmula n. 91 do STJ, foram desconsiderados por ocasião do seu cancelamento.

c) Entendeu ainda o ministro Fontes de Alencar, relator do processo de cancelamento da Súmula n. 91 do STJ, para fins de reconhecimento da competência estadual para julgamento e processamento dos crimes contra a fauna, que a edição da Lei n. 9.605/98 teria modificado a interpretação da Constituição Federal, no que diz respeito à competência para processamento e julgamento dos crimes contra a fauna e, por conseguinte, da Súmula n. 91 do STJ, ambas fundamentadas no art. 1º da Lei n. 5.197/67, não se podendo mais entender que a fauna silvestre fosse bem federal.

A esse respeito, entretanto, convém esclarecermos que a Lei n. 9.605/98 não revogou a Lei n. 5.197/67, anteriormente referida e utilizada como parâmetro para a classificação da fauna silvestre como bem da União, mas apenas determinou, em seu art. 82, que estavam revogadas as disposições em contrário.

Assim, para que o art. 1º da Lei n. 5.197/67 estivesse revogado, necessário seria que fosse contrário à Lei n. 9.605/98, o que, contudo, não se verifica. Pela leitura atenta da Lei n. 9.605/98, em cotejo com o art. 1º da Lei n. 5.197/67, verifica-se que não há, na nova legislação federal, qualquer dispositivo contrário ao art. 1º da Lei n. 5.197/67 (propriedade da fauna silvestre), assim como não há também dispositivo sobre competência, sendo que o único que havia nesse sentido foi objeto de veto presidencial.

Nessa medida, portanto, a Lei n. 9.605/98 não trouxe qualquer inovação no que diz respeito à determinação de regra de competência, sendo de se observar, ainda, que várias publicações da referida lei fazem remessa, no capítulo relativo aos crimes contra a fauna, à Lei n. 5.197/67.

d) Desde o cancelamento da Súmula n. 91 do STJ, que dispunha sobre a competência da Justiça Federal quanto ao processamento e julgamento dos crimes contra a fauna, diversos posicionamentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, foram proferidos a respeito da matéria, favoráveis ou contrários ao cancelamento da Súmula, demonstrando que a matéria está longe de se encontrar pacificada.

Estamos nos propondo a demonstrar, ao longo desta apresentação, e a partir da análise de questões introdutórias relativas à importância da fauna para a biodiversidade brasileira, à biodiversidade e soberania, aos números envolvendo tráfico de animais, ao comércio de animais silvestres e ao histórico legislativo e jurisprudencial utilizado para a criação do conceito de fauna silvestre como bem da União, que, de fato, razão assiste àqueles que se colocam contrários ao cancelamento da Súmula n. 91 do STJ.

Inicialmente, de se observar que a questão relativa à competência nos crimes contra a fauna envolve matéria constitucional, de forma que somente o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para apreciá-la. A Corte Constitucional, por seu turno, já havia se pronunciado, em sede de julgamento dos Conflitos de Jurisdição anteriormente apresentados, no sentido de que é federal a competência para processar e julgar os crimes contra a fauna.

Nessa medida, e com base nas decisões proferidas, todas anteriores à Constituição Federal, pode-se obter como primeira conclusão a de que os animais da fauna silvestre, por ocasião da promulgação da Carta Constitucional de 1988, eram considerados bens da União, a partir da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Assim, e por consequência, foram atingidos pelo disposto no inciso I do art. 20 da Constituição Federal, que assim determina: “Art. 20. São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos”.

Inquestionável, nessa medida, que os animais silvestres devem ser considerados bens da União, o que nos leva a concluir que a competência para processamento e julgamento dos crimes que os atingem é federal, nos termos do art. 109, inciso IV, da CF:

“Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

Assim, considerando-se que o art. 20, inciso I, da Constituição Federal determina que são bens da União os que “*atualmente lhe pertencem*”, ou seja, os bens que por ocasião da promulgação da Carta Constitucional eram de propriedade da União, e levando-se em consideração que a interpretação do Supremo Tribunal Federal, em 1988, era no sentido de que os animais da fauna silvestre eram considerados bens da União, esse caráter subsistiu após a promulgação da Carta Constitucional, passando todos os espécimes da fauna silvestre a integrar o patrimônio federal com novo fundamento: o inciso I do art. 20 da Constituição Federal.

A par disso, reitera-se o fato de que a Lei n. 9.605/98 não revogou integralmente a legislação anterior (Lei n. 5.197/67), mas apenas as disposições em contrário, o que não se verifica relativamente ao art. 1º, que determina que a fauna silvestre é considerada bem do Estado, interpretado aqui como União. Nessa medida, portanto, e como não há na nova legislação ambiental dispositivo que trate da questão da competência ou da titularidade da fauna silvestre, não há que se falar em mudança de orientação relativamente à questão da competência.

Conclui-se, portanto, que a fauna silvestre continua sendo propriedade da União, em razão de dispositivo constitucional expresso nesse sentido (art. 20, inc. I, da CF), e, ainda, pelo fato de não ter havido revogação do art. 1º da Lei n. 5.197/67.

Tal interpretação, contudo, não é inédita, e não deve ser vista como uma novidade, na medida em que consta de decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em especial de decisões proferidas pela ministra Ellen Gracie Northfleet, quando integrante daquela Corte, por ocasião do julgamento das Correições Parciais n. 1999.04.01.074374-8/SC e 1999.04.01.009252-0/SC que abaixo transcrevemos:

“A matéria já é bem conhecida deste Tribunal, que em diversas oportunidades manifestou-se pela competência da Justiça Federal para julgar crimes contra a fauna silvestre, sob o entendimento de que a Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, não contém nenhum dispositivo que disponha sobre a competência jurisdicional, devendo ser aplicada a Súmula 91 do Superior Tribunal de Justiça, que se manteve inalterada.

A maciça jurisprudência originou-se da conjugação do art. 1º da Lei n. 5.197/67 (‘os animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, [...] são propriedade do Estado’), com os artigos 20, inciso I (‘são bens da União os que já lhe pertencem’), e 109, inciso IV (‘é competência da Justiça Federal ‘o julgamento das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União’), ambos da Constituição Federal. Complementando, o § 3º do art. 29 da Lei n. 9.605/98 dispõe que: ‘são espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas’.

Assim, o que define a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes contra a fauna é o fato de os animais silvestres pertencerem ao patrimônio da União”.

“Constitucional. Processo penal. Competência. Crime contra fauna. Artigo 29 da Lei 9.605/98. Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação do artigo 63 da Lei 9.099/95 na Justiça Federal.

1. A Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, não contém nenhum dispositivo que disponha sobre a competência jurisdicional. 2. Conforme jurisprudência antiga do Supremo Tribunal Federal e Súmula 91 do Superior Tribunal de Justiça, a competência, nos crimes contra a fauna, continua sendo da Justiça Federal. 3. Correição parcial indeferida.”

A fixação da competência em matéria de crimes contra a fauna se dá, portanto, a partir de dispositivos constitucionais, no caso os arts. 20, inciso I, e 109, inciso IV, analisados em conjunto com o art. 1º da Lei n. 5.197/67 e art. 82 da Lei n. 9.605/98.

Assim, o caráter de bem federal da fauna silvestre subsiste à edição da Lei n. 9.605/98, por disposição constitucional contida no art. 20, inc. I, da Carta Magna, sendo, nessa medida e *data maxima venia*, inválido o argumento apresentado pela exposição de motivos de cancelamento da Súmula n. 91 do STJ, no sentido de que, por ter sido editada (a súmula) anteriormente ao advento da Lei n. 9.605/98, norma penal em branco, referia-se, tão-somente, às Leis n. 5.179/67 e 7.653/88.

e) Por outro lado, é princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso I, da Constituição Federal, a soberania:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania”.

A soberania, por sua vez, é a propriedade ou qualidade que caracteriza o Poder Político supremo do Estado como afirmação de sua personalidade independente, de sua autoridade plena e Governo próprio, dentro do território nacional e em suas relações com outros Estados¹⁰, e é expressa também pela biodiversidade existente nesse Estado, não apenas por lhe ser própria e muitas vezes única, mas pelo seu elevado valor ambiental e econômico.

No caso brasileiro, a biodiversidade, representada pela fauna silvestre, tem especial valor e relevância para a Nação brasileira, constando sua defesa e preservação de diversos documentos internacionais.

Nessa medida, os crimes que afetem à fauna silvestre, além de afetarem um bem da União, afetam bem cuja defesa e preservação vêm determinadas em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, como no caso da Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, assinada pelo Brasil em Washington em 1940, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 03, de 13 de fevereiro de 1948, e promulgada pelo Decreto n. 58.054, de 23 de março de 1966; ou da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada pelo Brasil no Rio de Janeiro em 1992, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 02, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; ou, ainda, da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, firmada em Washington em 3 de março de 1973, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 54, de 24 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n. 76.623, de 17 de novembro de 1975, tendo sido aprovada sua alteração pelo Decreto Legislativo n. 35, de 5 de dezembro de 1985.

De se observar, nesse particular, conforme anteriormente referido, que as convenções determinam a adoção de medidas de cooperação internacional para defesa e proteção da fauna, sendo que a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América determina, ainda, que os Estados signatários adotem medidas preventivas e repressivas, dentre elas a de proibição da caça, da matança e da captura de espécimes da fauna, em especial das aves migratórias, o que faz incidir, para as situações definidas na convenção – “proteger e conservar no seu ambiente natural exemplares de todas as espécies e gêneros da flora e fauna indígenas, incluindo aves migratórias, em número suficiente e em locais que sejam bastante extensos para que se evite, por todos os meios humanos, a sua extinção” –, a regra de competência prevista no art. 109, inciso V, da Constituição Federal:

¹⁰ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2589.

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Igualmente, com relação à Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Cites), há previsão expressa no Decreto n. 3.607/2000 no sentido de que: “Art. 26. As autoridades nacionais competentes para combater o tráfico, fiscalizar a importação, a exportação e as normas de vigilância sanitária deverão editar normas internas visando o cumprimento das disposições contidas neste Decreto”, sendo que, a respeito da matéria, o pronunciamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é no sentido da confirmação da competência federal nos casos em que o bem objetivamente protegido, no caso a fauna silvestre, encontra proteção em documento internacional firmado pelo Brasil:

“Constitucional. Ambiental penal. Competência. Importação de animais. Constituição Federal, art. 109, inc. V. Lei 9.605/98, art. 29, § 1º.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de manutenção de espécimes silvestres em cativeiro (68 tartarugas), comprovadamente trazidas do Paraguai, por ter o Brasil nesse sentido se comprometido, através de Acordo para a Conservação da Fauna Aquática nos Cursos dos Rios em Brasília, 1/9/1994, acordo este promulgado pelo Decreto n. 1.806, de 6/2/1996, incidindo, no caso, a hipótese do art. 109, inc. V, da Constituição Federal.

2. É correta a condenação do acusado que, surpreendido em sua casa com 68 espécimes da fauna silvestre sem autorização do órgão ambiental competente, limita-se, em sua defesa, a negar a autoria, sem disso fazer qualquer prova” (TRF – 4ª Região – 7ª Turma – Autos n. 2000.70.02.003077-2/PR – Data da Decisão: 18/6/2002 – DJU 21 ago. 2002 – Relator Acórdão juiz Vladimir Freitas).

Assim, também por aplicação do inciso V do art. 109 da Constituição Federal, verifica-se a possibilidade de fixação da competência federal relativamente aos crimes praticados contra a fauna.

f) Mesmo após o cancelamento da Súmula n. 91 do STJ, a questão relativa à competência dos crimes contra a fauna vem sendo continuamente discutida por meio de recursos e conflitos de competência. Nas recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não se observou o enfrentamento do tema em toda sua amplitude, limitando-se as decisões a repetir a ementa que resultou na cassação da súmula, ao dizer que somente se justifica a competência nos crimes contra a fauna se houver ofensa a bens, direitos ou interesses da União.

Em decisão proferida nos autos do Conflito de Competência n. 34.689/SP¹¹, contudo, o ministro Gilson Dipp, ainda que reconhecendo a competência da Justiça Estadual para

¹¹ 3ª Seção do STJ – Decisão de 22 de maio de 2002.

processar e julgar os delitos contra a fauna, alargou, em muito, o entendimento da Corte Superior sobre os casos em que se fazem presentes as circunstâncias do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, de forma a possibilitar o reconhecimento da competência federal.

Na ocasião, assim se pronunciou o ministro, relator do conflito de competência então analisado:

“Ainda cabe a ressalva de que a 3ª Seção desta Corte, revendo posicionamento anterior, entendeu pelo cancelamento da Súmula n. 91.

Outrossim, há situações específicas que justificam a competência da Justiça Privilegiada, como as seguintes: delito envolvendo espécies ameaçadas de extinção, em termos oficiais; conduta envolvendo ato de contrabando de animais silvestres, peles e couros de anfíbios ou répteis para o exterior; introdução ilegal de espécie exótica no País; pesca predatória no mar territorial; crime contra a fauna perpetrado em parques nacionais, reservas ecológicas ou áreas sujeitas ao domínio iminente da Nação; além da conduta que ultrapassa os limites de um único Estado ou as fronteiras do País”.

Os fundamentos apresentados, ainda que a decisão tenha reconhecido a competência da Justiça Estadual, em muito alargam os limites de competência firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, após o cancelamento da Súmula 91, em especial ao reconhecer o ministro relator que as situações de espécies ameaçadas de extinção, de introdução de espécies exóticas e de condutas que ultrapassam os limites de um único Estado, justificam a fixação da competência federal. As demais situações, como as de casos de crimes praticados em parques nacionais e reservas ecológicas ou, ainda, de comércio para o exterior, por certo são igualmente importantes, mas são situações em que a competência federal não comporta discussão, ou por se tratarem de áreas de Unidades de Conservação Federal, ou em razão da internacionalidade.

Ainda em outra oportunidade, nos autos do Conflito de Competência n. 35.476, novamente o ministro Gilson Dipp, na condição de relator, analisou a questão da competência federal, ampliando mais uma vez seu entendimento para incluir como situação em que se configura o interesse da União, para fins de fixação de competência, os casos de crimes cometidos em áreas consideradas Reservas Particulares de Patrimônio Natural.

“Criminal. Conflito de competência. Caça e venda de animais silvestres sem permissão legal. Possível crime ambiental. Reserva Particular de Patrimônio Natural. Área de interesse público. Lei n. 9.985/00. Áreas particulares gravadas com perpetuidade de uso sustentável. Determinação legal de que deve ser verificada a existência de interesse público. Responsabilidade do Conama, do Ministério do Meio Ambiente e do Ibama a justificar o interesse da União. Competência da Justiça Federal.

I. De regra, compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feitos que visam à apuração de crimes ambientais.

II. Contudo, tratando-se de possível venda de animais silvestres, caçados em Reserva Particular de Patrimônio Natural – declarada área de interesse público,

segundo a Lei n. 9.985/00 –, evidencia-se situação excepcional indicativa da existência de interesse da União, a ensejar a competência da Justiça Federal.

III. De acordo com a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, as Reservas Particulares de Patrimônio Natural são áreas privadas, gravadas com perpetuidade, que representam um tipo de Unidade de Uso Sustentável e têm por objetivo a conservação da diversidade biológica de determinada Região.

IV. A Lei n. 9.985/00 determina que só será transformada em Reserva Particular de Patrimônio Natural a área em que se verificar a ‘existência de interesse público’.

V. Ressalva de que os responsáveis pelas orientações técnicas e científicas ao proprietário da reserva, incluindo-se aí a elaboração dos Planos de Manejo, Proteção e Gestão da Unidade são o Conama, o Ministério do Meio Ambiente e o Ibama, sendo que este ainda detém a administração das unidades de conservação – tudo a justificar o interesse da União.

VI. Conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba/PB, o suscitante” (Conflito de Competência n. 35.476/PB – Rel. min. Gilson Dipp – 3ª Seção, 11-9-2002).

Por outro lado, o que se observa, em todas as circunstâncias em que foram alargadas as possibilidades de reconhecimento da competência federal pela referida decisão, é a presença, ainda que indireta, do conceito de biodiversidade. De fato, ao preservarmos as espécies ameaçadas de extinção, ao impedirmos o ingresso de espécies exóticas no país, ao assegurarmos que a fauna transite normalmente de um Estado para outro da Federação, estamos em realidade adotando medidas que visam, antes de mais nada, a preservação da biodiversidade.

Demonstrada, assim, tendência do Superior Tribunal de Justiça, já em dois julgamentos, no sentido da significativa ampliação das possibilidades de reconhecimento da competência federal para processar e julgar os delitos praticados contra a fauna.

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que após o cancelamento da Súmula 91 havia julgado Questão de Ordem nos autos do Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 2000.71.07.007215-6/RS, decidindo pela competência da Justiça Estadual, vem modificando seu entendimento, conforme se verifica em recentes decisões:

“Fauna. Porte ilegal de arma. Competência.

1. Interesse da União (art. 109, IV, da CF) e a conseqüente competência da Justiça Federal, no que se refere à fauna.

2. O porte ilegal de arma, de competência estadual, não conexo, sujeita-se a julgamento pelo juízo local já instaurado.

3. Voto vencido” (TRF – 4ª Região – 8ª Turma – Autos n. 2001.04.01.071727-8/SC – Data da Decisão: 23-9-2002 – DJU 9 out. 2002, p. 950 – Relator des. fed. Volkmer de Castilho).

Observa-se, assim, que mesmo com o cancelamento da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça a questão relativa à competência para processamento e julgamento dos crimes contra a fauna não se encontra pacificada, necessitando ser analisada de forma acurada pelos Tribunais, observando todas as peculiaridades e especificidades que envolvem a matéria, enquanto se aguarda o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

6 Conclusão

Conforme se buscou demonstrar ao longo deste trabalho, a importância da biodiversidade brasileira, expressa pela nossa fauna silvestre, é imensa, não podendo dispensar a proteção da União, por seu reconhecido valor à Nação brasileira e à nossa soberania, conforme entendimento de longa data do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido é, pois, que o art. 1º da Lei n. 5.197/67, atualmente em vigor, deve ser interpretado, ou seja, considerando a fauna silvestre como bem de propriedade da União, condição reconhecida por ocasião da promulgação do Texto Constitucional de 1988 (art. 20, inc. I). Ademais disso, nenhuma regra nova de competência foi trazida pela Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos delitos cometidos contra o meio ambiente, a ponto de permitir modificação de entendimento.

Nesse cenário, o cancelamento da Súmula 91 do STJ, que fixava competência federal para processar e julgar delitos contra a fauna, deu-se a partir da utilização de argumentos e fundamentos que não têm aplicação para casos envolvendo a fauna silvestre, mas tão-somente para casos relativos à fauna ictiológica, não observando, ademais, o histórico da matéria que estava sendo julgada, a disposição constitucional que trata do tema (art. 20, inciso I, da Constituição Federal), ou a importância da fauna silvestre para o país.

Sendo assim, e por tudo o mais quanto foi exposto, só resta concluir que a competência para processamento e julgamento dos delitos contra a fauna é da Justiça Federal, tendo em vista ter a fauna silvestre o *status* de bem da União.

A AUTONOMIA DA VONTADE COMO SUPORTE DO SISTEMA CIVILISTA E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIREITO INTERNO

*Irineu Strenger**

SUMÁRIO: 1 Enfrentar vicissitudes. 2 Caracteres gerais da vontade. 3 Multiplicidade de possibilidades. 4 Autonomia da vontade no direito privado. 5 Ciclo conceitual. 6 Doutrina e jurisprudência. 7 Postulações do novo Código Civil.

“Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais” (Clóvis Beviláqua).

1 Enfrentar vicissitudes

Autonomia da vontade é instituto que, após enfrentar inúmeras vicissitudes, incorporou-se universalmente no direito positivo. Não subsistem as críticas doutrinárias que durante largo tempo comprometeram o seu desenvolvimento e consolidação.

Se o princípio da autonomia da vontade constituiu motivo de severas restrições, principalmente como teoria de filosofia jurídica, se houve na evolução do direito positivo um declínio de seus corolários técnicos, não resta, hoje, a menor dúvida de que a vontade individual é o grande motor dos atos jurídicos, notadamente dos contratos, dos quais forma o denominador comum.

Reconhecer-se na autonomia da vontade uma energia criadora e considerá-la como uma força autônoma ou como uma força outorgada pela lei não mais é exagero. Seu nascimento jurídico ocorre diretamente pelo só acordo de duas ou mais vontades, sem que tenha necessariamente de revestir-se de qualquer formalidade. Assim, o princípio do consensualismo continua fundamental; libertados da tutela dos ritos, os contratantes engajam-se *solo consensu*. Tal regra é predominante nos ordenamentos vigentes em maior ou menor escala, na doutrina e na jurisprudência, dominando a gênese dos contratos. Em nossos dias, o formalismo aparece como exceção, se não como aberração. São poucas as hipóteses, englobando sobretudo os atos unilaterais, em que o legislador se reteve sobre as regras do consensualismo, para exigir o respeito a certas formas e solenidades, sob pena de nulidade do ato. Contudo, assim mesmo é preciso frisar que a forma requisitada pela lei refere-se ao ato jurídico propriamente dito, não à expressão da vontade, pois, nos atos solenes, a vontade exprime-se com toda liberdade, uma vez que não existem temas sacramentais.

* Irineu Strenger é professor titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da USP; professor livre-docente de Filosofia do Direito pela USP; bacharel e licenciado em Filosofia pela USP; professor da Academia de Direito Internacional da Haia (1991); Doutor *Honoris Causae* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy; árbitro do Brasil junto ao Mercosul e árbitro da Câmara do Brasil-Canadá.

A vontade preserva sempre a escolha do meio pelo qual se afirma. Segundo análise clássica, o ato jurídico repousa sobre uma ou diversas vontades desejosas de produzir efeitos de direito.

Tais vontades surgem no interior das partes para produzir efeitos de direito, precisando, portanto, ser exteriorizadas, a fim de dar lugar às declarações de vontade, estas definidas como procedimentos pelos quais a vontade interna alcança o conhecimento de terceiros.

A manifestação da vontade é geralmente definida como todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir a existência de certo propósito, isto é, que tem valor declaratório (*Erklärungswert*, na terminologia alemã).

A idéia da autonomia da vontade elevou a vontade subjetiva da pessoa ao papel de elemento criador dos atos jurídicos e, especialmente, dos contratos.

No quadro extremamente extenso atribuído à vontade, esta deve poder exprimir-se de modo que se torne efetivamente conhecida do co-contratante ou de outros interessados.

No direito moderno, o “consensualismo” constitui o princípio das relações de direito privado, e os atos jurídicos são largamente liberados de formas rígidas, pois os modos absentes de formalismo mais eficazes de expressão da vontade são aqueles de natureza a engendrar um ato jurídico válido *quoad substantiam*.

Tais colocações permitem, desde logo, vislumbrar a importância da autonomia da vontade como o segmento de maior significação no processo de legitimação dos entendimentos contratuais, como presentemente ocorre, em grande escala, no plano do comércio internacional, com o consagrado incremento da *lex mercatoria*.

O presente trabalho foi desenvolvido com o escopo de demonstrar o largo espectro da vontade na formação do direito, abrangendo extensas áreas e propiciando a superação dos entraves ocasionados pelo formalismo excessivo e da preponderância rígida da lei quando bloqueia indiscriminadamente o exercício do consensualismo.

O problema da liberdade na órbita do direito significa, de qualquer forma, algo distinto da liberdade como atributo da vontade do homem. Esta é realmente concebida como poder ou faculdade natural de autodeterminação. Poder-se-ia defini-la como a aptidão de agir por si, ou seja, sem obedecer a nenhuma força ou motivo determinante. A liberdade jurídica não é poder, nem capacidade derivada da natureza, mas direito. Do ponto de vista jurídico, a liberdade costuma ser definida como a faculdade de fazer ou omitir o que não está ordenado ou proibido. Entretanto, estamos com García Máynez, que nos apresenta a seguinte definição: “liberdade jurídica é a faculdade que todo sujeito tem de exercitar ou não exercitar seus direitos subjetivos, quando estes não se fundam num dever do mesmo sujeito”, demonstrando que a liberdade não se relaciona diretamente com os direitos, mas com o seu exercício ou não-exercício, e explica que sua definição tem validade tanto dentro do marco de uma concepção positivista do direito como na órbita do jusnaturalismo. Assim, cada vez que os homens ou os povos obtêm o reconhecimento de um novo direito, concomitantemente sua liberdade aumenta; cada vez que suas faculdades legais são restringidas, sua liberdade diminui. Se o número de nossos direitos varia, o volume da liberdade necessariamente se modifica. Portanto, ser livre outra coisa não significa senão

ter direitos não fundados nos próprios deveres e, conseqüentemente, estar em condições de optar entre exercitá-los ou não exercitá-los¹.

Todavia, se reconhecermos que qualquer dos conceitos apresentados não é o verdadeiro e definitivamente aceitável, teremos de dizer, como o fez Miguel Reale em seu trabalho *Pluralismo e liberdade*: “Se, no fundo, não é possível uma resposta teórica ao problema da liberdade, todos nós pressentimos que não podemos querer a nossa liberdade sem sairmos do círculo de nossa singularidade, sem querermos, pura e simplesmente, a liberdade”².

Assim compreendida, a liberdade torna-se solidária com o desenvolvimento da sociedade, torna-se progressiva como esta e com esta se enriquece. Isso explica por que o homem pode hoje conquistar muitas coisas, apesar de a regulamentação jurídica restringir inúmeras de suas atividades. A regra jurídica deve ter, em primeiro lugar, este requisito: procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isso significa que não se legisla sem finalidade e que o direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados.

2 Caracteres gerais da vontade

A vontade como problema envolve ampla esfera da cultura. A investigação científica, em todos os seus matizes, coloca a questão como uma de suas fundamentais preocupações, talvez porque entre a vontade e o homem existe uma relação inseparável.

Muitos são os sentidos que procuram levar à compreensão do fenômeno vontade, mas nenhum deles consegue reduzir a limites invioláveis suas concepções explicativas.

Os planos ético, psicológico, sociológico, filosófico, metafísico ou jurídico separam-se metodicamente, mas nivelam-se estruturalmente, porquanto, em qualquer hipótese, a vontade em seu atuar surge como um caráter fenomênico do intelecto.

No domínio da filosofia, particularmente, a vontade se constitui verdadeiro centro de vida, por um processo de correlação dialética ao qual se é levado pela incessante atividade do homem, que sempre propicia a revelação de um mundo novo que acaba sendo a sua própria realidade subjetivo-objetiva.

Em nenhuma fenomenologia da vontade pode omitir-se o complexo de fatores que intervêm necessariamente na sua manifestação, em que pese a preocupação de caracterizar o problema de acordo com as finalidades de pesquisa de cada ciência³.

¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Los principios de la antología formal del derecho y su expresión simbólica*. México, 1953.

² REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1964.

³ Ferrater Mora (Voluntad. *Diccionario de Filosofía*. 4. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1958) registra três sentidos: a) psicologicamente, como um conjunto de fenômenos psíquicos, ou também como uma “faculdade” cujo caráter principal se encontra na tendência; b) eticamente, como uma atitude ou disposição para querer algo; c) metafisicamente, como uma entidade à qual se atribui absoluta subsistência e se converte por isso em substrato de todos os fenômenos. E adverte: “Essas três significações da vontade caracterizam as diferentes acepções do voluntarismo, porém junto com a distinção necessária em toda investigação filosófica, deve reconhecer-se que em quase todas as doutrinas voluntaristas se proclama o domínio da vontade nas três esferas e se passa insensivelmente da psicologia à metafísica, ou, pelo menos, à ética”.

A vontade, em quaisquer circunstâncias, pode ser considerada uma forma de atividade pessoal que comporta, de maneira praticamente completa, a representação do ato a produzir, ou uma suspensão provisória da tendência a praticar esse ato, intervindo nesse processo o sentimento do valor das razões, que podem determinar ou não o seu cumprimento, ou seja, a decisão de agir ou abster-se dessa ação.

Descartes assinala que a vontade consiste somente em que, para afirmar ou negar, perseguir ou fugir das coisas que o entendimento nos propõe, agimos de tal sorte que não percebemos, ou sentimos, se alguma força exterior existe a nos constranger⁴.

Para muitos, o que verdadeiramente caracteriza a vontade, ao mesmo tempo em que a distingue de outras operações intelectuais, é a presença de um conflito entre duas tendências, por conseguinte, tendo por objeto o fim da ação, ou seja, a vontade é um conflito de fins.

A tomada de consciência de “si mesmo”, que possibilita ao homem encontrar-se existencialmente numa situação, explica por que a vontade tem primordialmente por condições e como pressupostos os movimentos reflexos do organismo e o movimento da reflexão impulsiva.

Nesse sentido, Recaséns Siches pondera que o homem é árbitro, não por estar munido de determinada potência ou de certa energia, mas porque sua situação essencial, relativamente à circunstância que o envolve e o processo de vida, coloca-o sempre diante de uma pluralidade limitada e concreta de possibilidades, isto é, de caminhos a seguir, e, portanto, impondo-lhe decidir por si mesmo, por sua própria conta, sob sua responsabilidade⁵.

Se, por um lado, inegavelmente, a vontade reflete impulsos ou predeterminações que podem circunscrever o problema ao âmbito da psicologia, por outro ela não é uma atividade unicamente impulsiva, porquanto a sua liberdade consiste em querer a si mesma, ou, como diria Jaspers, a vontade tem seu fundamento na liberdade, a qual ela mesma deixa em suspenso e, em virtude desse estado de suspensão e da própria liberdade, chega à decisão⁶.

3 Multiplicidade de possibilidades

Há sempre, portanto, uma circunstância concreta, que se apresenta com uma multiplicidade de possibilidades em cada um dos momentos da vida de um sujeito humano, configurada numa combinação de variados elementos correlacionados dinamicamente, de modo que, segundo acertada expressão de Ortega y Gasset, a vida não pode ser compreendida senão como constituída pela co-presença incidível do sujeito com os objetos, com os quais tem de haver-se, queira ou não.

⁴ DESCARTES. *Méditations*, IV, 7.

⁵ RECASÉNS SICHES, Luiz. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 56.

⁶ JASPERS, Karl. *Filosofía*. Madrid: Ed. de la Universidad de Puerto Rico, 1958. 29 v. p. 5 e ss.

Miguel Reale, ao estudar os processos intuitivos do conhecimento, mostra que a filosofia contemporânea se caracteriza por uma revalorização dos processos intuitivos, “no sentido de mostrar que o homem não é apenas portador de razão, nem tampouco um ser que só pela razão logra atingir o conhecimento”, porquanto há certas coisas que só se conhecem plenamente por meio dos elementos que a afetividade, a vontade ou a intelecção pura nos fornecem⁷.

Jaspers, com genial acuidade, evidencia que todas as ações da vida cotidiana são importantes porque, queridas ou não, têm uma ação plastificadora, formadora e, assim, a consequência da vontade atribuível a ela empiricamente é, portanto, não só a ação momentânea sob as condições dadas pelas disposições caracterológicas naturais e os mecanismos extraconscientes, mas, também, a aptidão adquirida no atuar⁸.

Historicamente, como analisa Ferrater Mora, a vontade desenvolve-se como uma discussão em torno de seu possível predomínio sobre o conjunto dos fenômenos psíquicos e de sua relação com o intelecto, sabendo-se que, já na filosofia antiga, Platão e Aristóteles examinaram a questão, advertindo o primeiro que, enquanto o desejo pertence à ordem do sensível, a vontade pertence à ordem do intelecto, ao passo que o segundo explicitamente assinalava que, embora o desejo e a vontade sejam por igual motores, a vontade é de índole racional⁹.

Schopenhauer chegou a uma ortodoxia voluntarista, afirmando que a essência das coisas é a vontade¹⁰.

A vontade, para esse grande filósofo da época romântica, é entendida num sentido amplíssimo, como princípio independente da consciência, como impulso que se encontra incluído na matéria bruta. O mundo é uma vontade que tende a individualizar-se; a vontade de viver é o princípio informador do mundo: dela se originam as formas individuais. A inteligência sobrevém como uma faculdade secundária. A individualização é a grande desventura, a fonte de todos os males, porque da vontade de viver individualmente nasce a desproporção entre as aspirações e o ser, isto é, a dor. Dadas essas premissas, a ética tem um único princípio: a negação da vontade de viver, a abnegação. Para Schopenhauer, a compaixão é a virtude fundamental, o princípio da ética, porque esta significa precisamente uma superação da vontade individual, uma participação na vida alheia e, por fim, o reconhecimento da identidade fundamental de todos os seres contra as ilusões de nossa subjetividade.

Para Dilthey, a unidade vital está na ação recíproca com o mundo exterior. A vida consiste no fato de que a unidade vital reage aos estímulos, modifica-os ou adapta-se às causas ou a um processo que corresponderia a essa conclusão, mas, ao contrário, essas representações de efeito e causa não são mais do que abstrações tiradas da vida de nossa vontade¹¹.

⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁸ JASPERS, op. cit.

⁹ FERRATER MORA, op. cit.

¹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. 1942.

¹¹ DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México, 1944. p. 7 e ss.

Na acertada interpretação de Miguel Reale, em Dilthey só a intuição volitiva nos permite conhecer a existência das coisas, porquanto de certas realidades só temos conhecimento autêntico pela resistência que elas nos oferecem. Assim, temos convicção da realidade do mundo interior pela experiência imediata de nossa vontade, pelo que se dá na intuição volitiva. É ela que nos possibilita a compreensão da existência, assim como o conhecimento do mundo histórico¹².

Genericamente, o conceito de vontade sempre leva implícita a idéia de que a vontade humana é algo mais que o resultado de um mero paralelogramo de forças e de que o ego tem poder para outorgar a um impulso determinado maior peso que a outros, produzindo um resultado diferente do que se poderia esperar se a pessoa humana fosse mero mecanismo de reações governadas por instintos, reflexos ou tropismos.

Seja em que plano for, a vontade mantém certas estruturas inteiramente válidas no domínio de qualquer ciência, sendo impossível dissociá-la ou atomizá-la com características diversas, segundo interesses puramente metódicos.

O que chamamos vontade é uma transfiguração dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos dá a capacidade de executar os atos da razão. Nesse sentido, compreender-se-á que a vontade, ao passar para o plano do direito, não se dissolve na experiência jurídica, perdendo sua contextura filosófica, mas, ao contrário, reassume em toda a plenitude sua condição totalizadora, porquanto somente a vontade em toda a extensão possui uma verdadeira consciência no sentido do conhecimento da finalidade.

Há, portanto, certos pressupostos conceituais da vontade que se tornam imprescindíveis para situar e precisar, em toda a sua medida e importância, a significação que adquire o problema no mundo do direito e cujas fontes estão nas funções reguladoras que exerce a vontade em qualquer comportamento humano.

Todo homem é dotado de natural mobilidade no sentido de dar uma direção à sua vida, e a função essencial da vontade parece ser a de reduzir ou aumentar esse processo conforme a intensidade não só dos impulsos ou exigências subjetivas, mas também de todas as inclinações resultantes da dinâmica existencial.

André Darbon, num excelente estudo que chamou *Filosofia da vontade*, aponta como razões da atividade voluntária o temperamento, as tendências, as inclinações e os sentimentos, o eu social e o eu autônomo¹³.

O temperamento explicaria todos os tipos de reação pessoal, seja na vida séria, no jogo, na vida privada ou na vida social, visto que, sejam quais forem as circunstâncias às quais devemos responder ou reagir, cada um apresenta seu próprio modo de conduta.

Todos os atos humanos têm seus móveis ou estímulos com certos graus variáveis de força e tensão, impondo determinada atividade, cuja lentidão ou rapidez, erro ou acerto, perseverança ou desânimo demonstram aquilo que somos naturalmente, independentemente de qualquer estudo, investigação ou critério educacional, ou seja, muitas vezes o poder dos atos que expressam um temperamento é mais forte que a vontade, que é obrigada a aceitar

¹² REALE, *Filosofia...*, 1998.

¹³ DARBON, André. *Philosophie de la volonté*. Paris: PUF, 1951.

os impositivos da natureza humana, acomodando-se às suas exigências, por incapacidade de vencer aquilo que é constitucionalmente imutável. Assim, para Darbon, o temperamento é um limite, e provavelmente o principal, ao exercício da vontade.

Por outro lado, as necessidades orgânicas e os sentimentos elementares são os dados estáveis de nossa natureza, mas em contraposição existe toda uma série de inclinações e sentimentos que se formam e se transformam no curso de nossa existência, mudando de objeto e de intensidade. Essas variações, explica Darbon, às vezes caprichosas de nossos gostos, de nossos pendores, de nosso humor, que Montaigne chamava nossa natural volubilidade, são forças que tendem a determinar nossos atos, os quais podem ser fáceis ou difíceis segundo acompanhem ou não nossas tendências¹⁴.

Outro aspecto importante é a participação do indivíduo na vida coletiva, na qual ele aprende a disciplinar-se, a resistir a certos impulsos e a desprender-se de seus egoísmos. As representações coletivas, por seu lado, servem de apoio quando um ato mais difícil de ser cumprido ou resistente a certas inclinações contrárias desvia o indivíduo de alguns propósitos superiores aos indicados pela sua vontade.

Nessa hipótese, supõe Darbon que uma educação liberal, que procura esclarecer e convencer, em vez de ordenar brutalmente, ajuda a vontade a se formar e a se tornar autônoma, mas um esforço pessoal é indispensável para aperfeiçoar essa autonomia¹⁵.

Há, também, o eu autônomo que se apóia sobre o pensamento refletido e uma consciência clara do bem e dos valores. Mas, para determinar em que medida a vontade é eficaz, interrogar-se-á sobre as relações do eu social e do eu autônomo. A aliança entre a razão e a vida afetiva leva necessariamente a um processo de julgamento que, se confirmado pelas inclinações do coração, torna-se capaz de governar a conduta. Alguns psicólogos, porém, sustentam que, em caso de conflito, a razão poderá tornar-se letra morta, tirando o caráter operante das idéias, a não ser quando dotadas estas de carga afetiva.

4 Autonomia da vontade no direito privado

Na sucinta e expressiva conceituação de Santi Romano, deve-se entender por autonomia, em sentido subjetivo, o poder de dar a si próprio um ordenamento jurídico, e, no sentido objetivo, o caráter do próprio ordenamento que as pessoas constituem para si mesmas distinguindo-se e contrapondo-se aos ordenamentos constituídos para elas, mas por outrem¹⁶.

O reconhecimento do valor da vontade jurídica, seja qual for a flexão teórica, resultaria sempre na exaltação do valor do indivíduo, porque, no entender acertado de Vicente Ráo, criticando a rigidez das teorias que somente vêem ou a vontade psicológica ou a declaração da vontade como geradoras dos efeitos jurídicos, quando vemos na vontade

¹⁴ MONTAIGNE, Michel de. *Les essais*, I, 1. Paris, 1582.

¹⁵ DARBON, op. cit.

¹⁶ Apud BETTI, Emilio. Autonomia privata e competenza de la "lex loci actus", nelle obbligazioni civili e commerciali. *Riv. Dir. Int.*, 1930.

autônoma, que na ordem privada se exerce, um elemento essencial dos atos produtores de efeitos jurídicos, não se exclui o valor, nem a necessidade da declaração, nem se deixa de considerar que, em princípio, a força produtora de tais efeitos se encontra na vontade eficaz e atuante, de conformidade com o ordenamento jurídico¹⁷.

Em que pese ao empenho das correntes objetantes do valor e da possibilidade do prevalecimento do princípio da autonomia da vontade por força da infiltração do Estado nos negócios privados, bem justifica Vicente Ráo ao observar que o problema não pode ser colocado em termos simplistas, visto que a autonomia da vontade não se exerce, apenas, no campo delimitado pela lei, nem se aplica tão-só aos contratos nominados ou inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas, padecendo maiores ou menores limitações, mais graves ou menos cominações, segundo a relação de que se trate¹⁸.

Para contestar a concepção extremadamente publicista, vale-se da opinião de Betti, segundo a qual a autonomia de um ente ou sujeito subordinado pode ser concebida por meio de duas funções distintas: a) como fonte de normas destinadas a formar parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece como tal e por meio dela realiza uma espécie de descentralização da função nomogenética, fonte esta que poderia ser qualificada como regulamentar, por ser subordinada à lei; e b) como pressuposto da hipótese de fato gerador de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas de ordem jurídica, revelando semelhante distinção um dado fenomenológico que não pode ser desconhecido, bastando, para compreender o problema, comparar as regras resultantes de um acordo normativo entre entes dotados de autonomia, v.g., às produzidas pelo contrato coletivo de trabalho celebrado entre associações profissionais titulares dessa faculdade, como as decorrentes do contrato concluído entre particulares. E conclui: a autonomia privada verdadeira e própria consiste no poder que os sujeitos privados possuem de ditar as regras de seus interesses particulares em suas relações recíprocas¹⁹.

De acordo com Orlando Gomes, em seu bem elaborado trabalho sobre as *Transformações gerais do direito das obrigações*, alguns publicistas, como Wieacker, por exemplo, têm demonstrado que, de algumas décadas para cá, certas figuras jurídicas devem perder o tratamento tradicional, especialmente porque a autonomia da vontade nada mais seria do que a manifestação de um individualismo superado, e os direitos subjetivos já não constituem limites inflanqueáveis ao poder do Estado.

Entretanto, apesar de desenvolver as teorias mais inflexíveis e outras menos obstinadas na apreciação do papel do princípio da autonomia da vontade, ressalva Orlando Gomes, com louvável precisão, o fato de que as limitações, que se devem reconhecer ao seu exercício, não impedem que os juristas contemporâneos dêem atenção mais profunda à questão, pois marcadamente importante é o trabalho pandectista nesse sentido e, portanto,

¹⁷ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 512 e ss.

¹⁸ RÁO, op. cit.

¹⁹ Idem, ibidem.

insuscetível de fáceis substituições doutrinárias, por mais que prevaleçam as teses opostas da nova realidade jurídico-social que a ninguém é lícito negar²⁰.

A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Não se pode deixar de reconhecer a procedência das explicações que apontam as mudanças de critérios apreciativos impostos pela expansão do contrato em massa, que Orlando Gomes com indiscutível autoridade mostra

“que substituiu, em diversos setores do campo negocial, o negócio jurídico bilateral *dantes* concluído individualmente. Nos transportes, nos seguros, nas operações bancárias, no trabalho realizado nas empresas, e em tantos outros departamentos da atividade social dos indivíduos, esse elemento, sem constituir uma comunidade jurídica, influi decisivamente na sua própria dogmática”²¹.

Em geral, porém, o pluralismo contemporâneo concebe direitos relativos e objetivos, que permitem adiantar uma distinção entre direitos individuais e sociais. Os primeiros, teoricamente, pertenceriam aos indivíduos isolados, aos quais se deve reconhecer uma esfera própria e bem delimitada. E o aspecto mais característico de oposição entre o direito social e o individual é que este último se apóia sobretudo no contrato, ao passo que o direito social coloca em primeiro plano a instituição.

Ora, o contrato, seja de que natureza for, constitui um meio pelo qual os particulares regulam seus interesses de acordo com determinada vontade, mesmo admitidas as limitações ao seu exercício, apresentando-se num quadro abstrato que, segundo nossa visualização, pode configurar em seus conteúdos as instituições correspondentes, essencialmente os relativos a quaisquer dados concretos da vida social, expressos na lei ou num ordenamento jurídico. Tais elementos não devem ser vistos somente pelo ângulo da técnica jurídica, porque exatamente o direito que se apóia sobre o contrato, como símbolo do direito individual, alicerça-se nos princípios da igualdade e da liberdade, ao passo que o direito que se apóia nas instituições tem apenas como suporte a autoridade.

Assim, deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade, na qual os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana.

Por outro lado, o processo jurígeno não se exaure na norma jurídica, porquanto, como diz Miguel Reale, ela mesma suscita, no seio do ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências fáticas e axiológicas²², e o homem constitui o centro do direito, e o fim principal do direito é servir a seus legítimos interesses.

²⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967. p. 65 e ss.

²¹ Idem, *ibidem*.

²² REALE, op. cit.

Somos, portanto, novamente levados à controvérsia central, cujos termos principais procuramos desenvolver, e chegamos à convicção de que o princípio da autonomia da vontade sobrevive a despeito das tentativas demolidoras, tendo toda razão Coviello quando sustenta que

“a vontade deve ter por escopo um fim prático que não precisa ser necessariamente de ordem patrimonial ou econômica, bastando que seja tutelado pelo direito. As conseqüências que o direito lhe atribui não são sempre coincidentes com a vontade subjetiva do agente: podem, mesmo, ser-lhe disformes e, até, contrários, mas sempre correspondem a um fim prático, e nesse sentido podem ser ditos conformes, apenas, à vontade geral das pessoas”²³.

Fábio Konder Comparato, em precioso ensaio analítico sobre os elementos e a estrutura das obrigações, concentrando seu esforço interpretativo no confronto entre as teorias voluntaristas e a doutrina de Brinz, faz prévio e minucioso estudo dos “direitos subjetivos e das situações jurídicas passivas”, no qual esclarece que, apesar de ultrapassado o interesse pelo exame do conceito geral de direito subjetivo, subsiste ainda o propósito de classificação e estudo dos elementos constitutivos desse direito, como ocorre, presentemente, com a noção de poder jurídico, que leva nessa ordem de cogitações à concepção de que toda pessoa, tendo um interesse reconhecido pela lei, possui, ao mesmo tempo, o poder de fazê-lo valer, produzindo efeitos jurídicos em relação a terceiros. E, nos casos de incapacidade, esse poder de agir que é retirado do incapaz se transfere ao seu representante legal sem transfigurar a natureza de ambos os poderes. Caracterizando o poder em geral como a faculdade de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, assinala o jovem jurista pátrio que entre os poderes jurídicos é preciso assinalar aquele que consiste na criação, modificação ou supressão de uma relação de direito, por uma simples manifestação unilateral da vontade [...]”²⁴.

A dedução forçosa de quanto ficou dito é que não se pode evitar que a manifestação da vontade entre no mundo jurídico como ato ou como negócio jurídico. O princípio de que se parte é, sempre, o da autonomia ou auto-regramento da vontade, como diria Pontes de Miranda, naturalmente sob a compulsão das regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas, que, entretanto, nunca são suficientes para justificar a ineficácia daquela categoria jurídica.

Fenômeno idêntico observa-se na representação, por meio da qual se supre a carência da vontade própria de uma pessoa na sua vida jurídica. E, modernamente, a representação não “desdota” o homem do poder jurídico de fazer a sua lei. Não se pode dizer que a pessoa fique sufocada na sua capacidade volitiva diante das novas figuras jurídicas, visto que o seu alargamento não é suficiente a garantir-lhe um reinado antivoluntarista.

²³ COVIELLO, Alfredo. *Los trece temas de la democracia, teoría y realidad social*. Buenos Aires, 1938.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.

Impossível e incompatível com a experiência jurídica levar-se, como pretendem alguns, a conseqüências extremas a doutrina que nega a autonomia da vontade, que pode converter-se numa regulamentação tirânica e resultar na destruição da prosperidade que produz a livre atividade, como, aliás, se comprovou recentemente na Rússia, que, depois de vários anos de experiências e diversas alternativas, fez restaurar certa liberdade na contratação privada.

Como advertem Planiol e Ripert, falar na decadência da soberania do contrato na época moderna é esquecer que o desenvolvimento do comércio proporcionou ao contrato um campo que jamais havia tido anteriormente e, ainda, que as restrições de índole moral à liberdade contratual desaparecendo provocam com maior intensidade o aparecimento de novas forças da vontade individual²⁵. Apesar de poder-se afirmar, em resumo, que o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo, inclusive, nos contratos celebrados por particulares em matéria que antes era do estrito domínio privado, apesar de alguns publicistas sustentarem a tese de que na época contemporânea a autonomia da vontade tem valor apenas acadêmico e que a maioria dos contratantes terá de submeter-se às leis que o Estado lhes impõe, tudo isso não significa que a autonomia da vontade tenha desaparecido ou tenda a desaparecer. Haverá, por certo, a extensão de certas limitações impostas pela ordem pública, mas impõe-se reconhecer que a história do direito revela não haver sido aplicada tal doutrina, segundo seus termos extremos, em momento algum, pelos diversos sistemas legislativos.

A autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, de poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum²⁶.

A força da autonomia da vontade, praticamente, concentra-se no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em conseqüência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas.

Embora o problema não esteja jungido a uma tipificação, há certos institutos jurídicos, evidentemente, que expressam com maior fidelidade as hipóteses em que pode ser considerada a vontade como elemento de relevância conceitual, ou mesmo gerador de direito.

De modo geral, poucos sistemas jurídicos podem ser meditados com abstração de suas raízes romanas, cuja evolução reflete a influência nunca expungível de seus ensinamentos, e, se quisermos raciocinar exemplificativamente, verificaremos que são nos chamados contratos consensuais de quatro tipos no direito romano – venda, locação, sociedade e mandato – que encontramos hipóteses nas quais a vontade é criadora de situações jurídicas.

²⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Trad. esp. de Mario Díaz Cruz. Havana, Cuba: Ed. Cultural, 1940. t. 6.

²⁶ Cf. BETTI, Emilio. Autonomia privata. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, v. 1, t. 2.

Teoricamente, tanto no direito antigo como no atual, a norma dá nascimento a sua situação jurídica, regulada por suas disposições, de maneira geral e uniforme para todos, mas entre os deveres jurídicos alguns são fixados por regras de direito como consequência obrigatória dos fatos jurídicos e outros são prescritos ou recebem predominante incidência da vontade humana.

O fenômeno moderno não invalida o pensamento *supra*, como é dedutível das equilibradas considerações de Orlando Gomes ao assinalar que a delimitação do campo da autonomia privada não deve obstar a indagação de seu fundamento prático, pois essa função, segundo suas próprias palavras,

“encontra-se, para alguns, no reconhecimento da propriedade privada, porque unicamente nos regimes que a admitem ocorrem a circulação de bens e a prestação de serviços entre os indivíduos [...] De fato, onde não existem esferas particulares de interesses, a autonomia privada está ausente [...] Onde, porém, se reconhece ao indivíduo o poder de manifestar interesses particulares, seu exercício constitui dado incomovível da realidade social. Tem a ordem jurídica, no reconhecimento da autonomia privada, sua pedra angular. Outra não é a razão por que o negócio jurídico, principal instrumento dessa autonomia, se coloca no centro do sistema do Direito Privado”²⁷.

Acrescenta, ainda, o emérito privatista que esse reconhecimento, embora não signifique contestação da conveniência de restringi-lo com o objetivo de submeter ao interesse coletivo os interesses individuais, deve admitir-se que, apesar das limitações impostas pelo Estado e pela concentração de capitais, o princípio da autonomia privada conserva-se incólume. E conclui:

“as limitações sempre existiram, apenas se apertaram na atualidade, apanhando o campo econômico e se tornando tanto mais numerosas quanto mais se compenetra o Estado da necessidade de intervir com o objetivo de realizar superior justiça social [...] Do ponto de vista técnico, ocorrem limitações precisamente como efeito da multiplicação de normas cogentes. Não se permite a formação do conteúdo de alguns negócios, obrigando-se os interessados a adotarem a forma típica; a exclusão de certos efeitos jurídicos não é válida em certos negócios; difunde-se o princípio da inserção automática de comando legal no conteúdo de determinados contratos, e assim por diante. Predominam, entretanto, as normas de caráter supletivo, que podem ser indiferentemente afastadas pelas partes contratantes. Prevalece, por outro lado, a liberdade de criar negócios atípicos”²⁸.

Tem sentido lógico e fundamento concreto a preocupação revelada por Orlando Gomes em diferenciar a “declaração da vontade” do “ato de autonomia privada”, este como empenho do sujeito ao regulamento e aquele como uma abertura para fugas

²⁷ GOMES, op. cit.

²⁸ Idem, *ibidem*.

estritamente subjetivas, que incapacitam a compreensão dos intentos; mas, na raiz dessas considerações, a vontade permanece sobreviva, visto que a aliança da vontade e da legalidade é geradora da noção jurídica e técnica de autonomia.

Fazer abstração da legalidade é desconhecer o sentido do princípio de autonomia, pois ela não se vincula aos indivíduos senão pela lei que lhe dá uma habilitação *ad hoc*. Exatamente a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia. A sociedade e o legislador soberano que a representa diante do indivíduo formam a confiança deste a fim de que ele possa exercer sua vontade jurídica pelo bem comum.

Pontes de Miranda, que prefere substituir a expressão autonomia da vontade por auto-regramento, também concorda que é no direito das obrigações que se verifica com maior latitude tal problemática, porquanto entende que “as categorias jurídicas do direito das obrigações deixam margem a negócios jurídicos que não entram nos tipos fixados pela lei”²⁹.

Preleciona, ainda, o grande mestre que o “auto-regramento” sofre as limitações do direito cogente que se opera impositiva ou dispositivamente, inibindo a pessoa de qualquer escolha, mesmo que a regra cogente contenha alternativa, mas não contesta o pleno vigor do “auto-regramento”, quando se trata de *jus dispositivum*. E explica:

“A forma de tais regras é: ‘Se não foi dito *não-a*, entende-se *a*’, ou ‘Se nada se disse quanto a *a*, entende-se *a*’. Porém a cada momento tem o jurista, diante de regras jurídicas que podem ser cogentes ou dispositivas, de levantar ou de responder à questão. Para isso tem de examiná-las em sua função e alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes outras que como tais foram apontadas, o argumento a contrário. Às vezes a regra jurídica, em lugar de aludir à manifestação da vontade, alude à possibilidade de se excluírem efeitos; ou de alguns serem incluídos; ou a serem tais e tais, se não se dispôs diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usa de expressões que mais serviriam ao direito cogente, ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo”³⁰.

Por outro lado, Pontes de Miranda avança sua tese para admitir que as regras interpretativas também em nada limitam o “auto-regramento” da vontade. E diz: “Supõem-no. A vontade lá está [...]”. Assim, “a dúvida entre a interpretação da vontade que se prefere na regra interpretativa e outra interpretação da vontade resolve-se pelos métodos de interpretação dos atos jurídicos, porque vontade houve”³¹.

Em direito privado interno, portanto, a autonomia da vontade, como preferimos denominar essa categoria jurídica, dinamiza-se numa compreensão mais ampla de correlação dinâmica ou dialética com a experiência jurídica sob a égide de uma soberania única, ou seja, a vontade individual é criadora de situações jurídicas, porque, ao mesmo tempo em

²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3, p. 254-255.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ Idem, *ibidem*.

que ela age, preenche missão social. Sejam as regras impositivas, sejam dispositivas ou interpretativas, não há nenhum critério *a priori* que possa justificar a classificação de uma regra ou de uma relação de direito numa ou noutra categoria, porquanto compete ao juiz descobrir as razões contingentes que fazem entrar uma regra no domínio da autonomia ou da lei imperativa.

Acreditamos que essa maneira de ver a questão encontra eco positivo, ainda, no pensamento de Pontes de Miranda quando alude ao princípio da liberdade de contratar, definindo-o como o poder de livremente assumir deveres e obrigações, ou de “se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o da escolha, ao líbrito, das cláusulas contratuais”. E explica: “No fundo, os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não”. O direito longe está de adotar esses princípios como absolutos: sofrem eles, sempre sofreram, limitações. A própria existência de tipos de negócios jurídicos limita-os. Limita-os, também, a natureza cogente de certas regras. Quanto aos tipos, se bem que, em geral, se pense poderem ser criados tipos novos, sem se criarem novas regras jurídicas, a verdade está com A. Manigk (*Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 82, nota 2): só constituem novas espécies, e não tipos. Acrescentamos: salvo se há lei—costume que os crie. Mais uma vez aparece a distinção entre costume—regra jurídica e costume—série de negócios jurídicos. Às vezes, na vida, aparecem figuras contratuais que formam tipos, mas estranhos aos da lei e dos costumes. Esses tipos são apenas negociais, e somente se podem levá-los em conta para que sejam recebidos como disposições onde, se eles não existissem, couberem regras dispositivas das leis. Quer dizer: no que não entram na tipicidade legal, somente se alojam no espaço deixado à autonomia da vontade³².

A filosofia do direito de Hegel expressa com fidelidade o conceito de pessoa como raiz, alicerce do contrato, entre ambos existindo estreita vinculação que constitui a base do *direito abstrato*. A pessoa concreta, diz o insuperável filósofo, que é para si mesma um fim particular, como totalidade de necessidade e um misto de necessidade natural e de vontade, é um dos fundamentos da sociedade civil, mas a pessoa particular, substancialmente considerada, está em relação com particularidade análoga *do outro* e ao mesmo tempo é obrigada a passar à forma da universalidade que é o outro princípio. Por isso acentua Hegel, com magistral visão do problema, que o contrato é a forma típica das relações chamadas de direito individual, porque ainda que cada parte seja membro de uma comunidade ou de várias comunidades da vida, nessa circunstância, o indivíduo se comporta como autônomo e não se entrega altruisticamente à totalidade do *nós*, pois, na relação contratual, as duas partes se comportam, uma em relação à outra, como pessoas imediatas e autônomas, motivo por que o contrato é fruto do arbítrio, e a vontade idêntica que se torna existente no contrato é somente uma vontade posta pelas partes contratantes³³.

³² Idem, *ibidem*.

³³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. Trad. André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.

Transposto o teorema para o âmbito das aporias hodiernas, diríamos que, se o homem não tivesse a dimensão social da sua personalidade, não existiria personalidade jurídica. Em compensação, personalidade jurídica somente existe à imagem e semelhança da personalidade humana. Esta é a razão que levou Hegel a considerar pessoa, em geral, significando, tanto quanto ser, pessoa no sentido jurídico, exatamente porque a personalidade representava o momento formal e abstrato da subjetividade.

Diz muito bem, a esse propósito, Legaz y Lacambra que esse é o motivo que explica a colocação da pessoa em segundo plano nas ideologias totalitárias, nas quais o homem é negado em seu valor substancial para ser reconhecido somente como membro ou parte integrante de determinada totalidade sobre a qual recai toda inflexão do valor³⁴.

5 Ciclo conceitual

O ciclo conceitual que envolve o direito moderno parece ser a substituição gradativa da autoridade da lei geral pela autoridade das leis especiais, fenômeno esse que denuncia a pressão constante dos motivos ético-políticos e da penetração do elemento publicístico no plano do direito privado, revelando visível e profunda crise da consciência jurídica contemporânea.

As transformações que ora se operam no direito obrigacional, com reflexos no campo do direito interno e do internacional privado, não atingem a estrutura do ato jurídico, que é, essencialmente, ato de vinculação e, por conseguinte, empenhado, especificamente, na liberdade individual, que de abstrata torna-se concreta.

O impressionante desenvolvimento da casuística das obrigações e dos negócios não pode destruir a base da liberdade do querer jurídico, como valor objetivado nas normas e regulamentações. Toda a fenomenologia do direito privado desenvolve-se nesse plano, mas é especialmente nas várias formas do negócio jurídico ou dos contratos inominados que a autonomia pode se afirmar, indefinidamente, resistindo às limitações legislativas.

6 Doutrina e jurisprudência

O credo filosófico e jurídico dos séculos XVIII e XIX, segundo expõe Rieg em bem fundamentado estudo, está expresso no seguinte aforismo: “a vontade é a causa primeira do direito”. O indivíduo é o centro e a razão de ser de todo o edifício social e jurídico, desempenhando o Estado o dever de refletir com a máxima fidelidade as vontades individuais conjugadas, cuja expressão mais autêntica se encontra no direito subjetivo.

A era é da *Willenstheorie*, como acrescenta Rieg, ou da *Willensdogma*, visto que o ato jurídico é a manifestação do poder criador que pertence à vontade privada no domínio jurídico, cabendo à vontade interna conferir todos os matizes e todos os feitos do ato.

A *Willenstheorie* torna-se a teoria clássica da autonomia da vontade, repercutindo na Alemanha e, principalmente, na França, onde foi ardorosamente defendida pela totalidade dos civilistas do século XIX, destacando-se na doutrina germânica por intermédio dos

³⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.

sistemas de Thibaut, Puchta, Savigny, Windscheid e Zittelmann, cujas postulações repercutiram fundamente durante largo tempo, informando alguns códigos, ainda presos aos esquemas liberalistas, como o nosso e muitos outros, em que pese à distorção causada pelas leis especiais e pela jurisprudência, submissas ao evoluir histórico e político-social³⁵.

Inúmeros exemplos poderiam demonstrar à saciedade o império da vontade sobre os contratos, em particular, e todos os atos jurídicos, em geral, fazendo da intenção das partes o móvel único da atividade jurídica dos indivíduos, nessa fase do liberalismo extremo, mas que evoluiu com Zittelmann e Enneccerus para a acentuação do papel do direito objetivo, absorvendo para si a tarefa de circunscrever a vontade aos efeitos jurídicos decorrentes da declaração em relação à lei, ou seja, o efeito jurídico querido somente se produz na medida em que a lei vincula um efeito jurídico à vontade.

Daí por diante, assinala Rieg, a *Willenstheorie* rompe com a autonomia da vontade, porquanto a força da vontade individual não é mais inicial, originária, mas uma força secundária, outorgada pela lei. A justificação apóia-se, então, na declaração da vontade, nascendo a *Erklärungstheorie*, que admite constituir a vontade a essência do ato jurídico, pois é um fato voluntário, como toda ação humana, bastando, para que o ato possa ser considerado criado, que a declaração tenha sido querida, pouco importando o conteúdo da vontade interna. O que vale é a declaração da vontade (*Erklärungswille*) e não a vontade do efeito (*Wirkungswille*). Esta última é inútil e a primeira indispensável, caso contrário, um louco poderia lavrar um contrato³⁶.

Baseado em Wieacker, que aponta as novas tendências da ciência jurídica contemporânea, Orlando Gomes prognostica o reexame de toda matéria perquirida pelos teóricos da vontade na pandectística, como impositivo a que não poderão escapar os juristas atuais, tendo em vista com toda razão as novas categorias jurídicas que se impõem a todas as relações de fato e de direito, principalmente a teoria da confiança que, na opinião do notável civilista, é superadora da *Erklärungstheorie*, porquanto em lugar de se fundar em causalidades psicológicas, ou numa dogmática, baseia-se na Ética social aplicada, e “o elemento social, representado pela confiança, cobra significação cada vez mais extensa, a ponto de se admitir a responsabilidade de que, por seu comportamento, suscitou em outra pessoa a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações”³⁷.

Jurisprudência recente, todavia, tem reconhecido que em todo pacto e disposição em que as partes possam declarar licitamente, por sua própria iniciativa, a indicação de uma legislação para reger a relação jurídica, não há razão para não prevalecer tal acordo, que deve ser respeitado pelo juiz. Em recentíssima decisão, a Câmara Civil da *Cour de Cassation* francesa reconheceu a possibilidade de as partes escolherem, num contrato internacional, entre a lei do lugar da celebração ou redação da convenção e a lei que rege a matéria de fundo.

³⁵ RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957, t. 4, p. 125 e ss.

³⁶ RIEG, op. cit.

³⁷ GOMES, op. cit.

7 Postulações do novo Código Civil brasileiro

Em Portugal, dois são os postulados que regulam o fundo das obrigações e estão contidos no Código Comercial (art. 4º): “Os atos de comércio serão regulados: 1) quanto à substância e efeito das obrigações, pela lei do lugar onde foram celebrados, salvo convenção em contrário; 2) quanto ao modo do seu cumprimento, pela lei do lugar onde este se realizar”.

Para Veiga Beirão, autor do Código Comercial, “na palavra substância se inclui tudo o que respeita à validade intrínseca da obrigação, e que as partes podem escolher livremente essa lei”, admitindo, assim, como bem interpreta Vasco Taborda Ferreira, que a vontade tinha poder para estabelecer a lei normalmente competente, podendo funcionar como verdadeiro elemento de conexão, “elemento este que interviria com independência relativamente ao lugar da celebração”³⁸.

A jurisprudência brasileira de certo modo acompanha a doutrina, no sentido de dar sempre prevalência à lei da celebração, com a conseqüência prática de esta lei aplicar-se sempre que a vontade das partes não se revele, clara e concludentemente, em sentido diferente. Reconhece, pois, de acordo com a letra da lei, que a autonomia da vontade sugere o elemento de conexão no campo obrigacional.

A lei reguladora das obrigações, no Código Civil atualmente em vigor, estabelece expressamente que as obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, serão reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista, mas, aduzindo: “Todavia, a designação ou referência das partes só pode recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado”.

Como se vê, a vontade das partes é o instrumento de que se serve o legislador para situar a relação jurídica.

A justificativa do novo Código Civil brasileiro expressa-se em termos de louvável equilíbrio quanto às conseqüências do intervencionismo na esfera das atividades privadas, acentuando que a tendência social do direito moderno não significa que se devam banir os princípios da liberdade negocial ou da autonomia da vontade. Quer dizer apenas que as leis, no geral, se dão conta das numerosas restrições que hoje limitam a antiga soberania absoluta do proprietário e ainda das inúmeras disposições de caráter imperativo que no comércio privado procuram acautelar as exigências, não apenas da moral ou dos bons costumes como outrora, mas da própria justiça comutativa, da boa-fé, da certeza do direito ou da segurança das relações, contra o simples arbítrio ou capricho das partes, ou contra o maior poder econômico ou social de um dos contraentes.

A sistemática do novo Código Civil brasileiro, obedecendo idêntico critério para as normas de conflito, procura assegurar às partes a possibilidade de conservar, em princípio,

³⁸ FERREIRA, Vasco Taborda. *Sistema de direito internacional privado: segundo a lei e a jurisprudência*. Lisboa: Edições Ática, 1957. p. 107; cf. Isabel Maria de Magalhães Collaço em interessante estudo sobre a matéria (*Da compra e venda no direito internacional privado: aspectos fundamentais*. Lisboa: [s.ed.], 1954).

a liberdade necessária para celebrarem, se quiserem e quando quiserem, os diferentes contratos previstos na lei, para neles incluírem as cláusulas que bem lhes aprouver, ou até para realizarem negócios diferentes dos que a lei prevê como tipos e modelos da atividade privada.

A interpretação dos negócios continua a orientar-se pela vontade dos contraentes e são numerosíssimas as regras de natureza supletiva que encontramos no amplo setor das obrigações em geral e dos contratos em especial³⁹.

Sem desconhecer as significativas disposições de caráter imperativo que restringem a liberdade dos contraentes, nem por isso a orientação do direito hodierno português inclina-se para uma posição intransigente na aplicação do princípio da autonomia da vontade, no que acerta plenamente, porque nenhum direito se legitima se avançar contra certas concepções éticas da consciência humana, até aqui inabaláveis pela sua própria e insuperável natureza.

Os caminhos teóricos pelos quais transita o princípio da autonomia da vontade são tortuosos, cheios de altos e baixos, suscetíveis, com maior ou menor intensidade, às fixações doutrinárias ligadas às vicissitudes do processo histórico, influenciando as legislações e a jurisprudência. Entretanto, em que pese às necessárias limitações à liberdade jurídica individual, sua aceitação é admitida em sentido muito lato, obedecidas as restrições impostas pela ordem pública, porque, como sustenta com brilhantismo Bustamante y Sirven, o Estado não pode ser considerado uma camisa-de-força que prive os cidadãos e os estrangeiros de toda ação e de todo movimento. A liberdade abrange tanto o direito privado como o direito público e a sociedade política, não impondo suas leis às pessoas, a não ser quando o bem comercial reclama tal conduta, ou, como diria Mancini, a ação do poder social deve deter-se diante da liberdade inofensiva e lícita dos particulares⁴⁰.

Bibliografia

- AMSELEK, Paul. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Paris: LGDJ, 1964.
- ANDRADE, Adalmo de Araújo. *A autonomia da vontade no direito internacional privado*. Belo Horizonte, 1953.
- BATIFFOL, Henri. Le rôle de la volonté en droit international privé. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffré, 1955. 2 v.
- CALEB, Marcel, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Paris, 1927.

³⁹ No novo Código Civil, art.110: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

⁴⁰ BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanches de. *Derecho internacional privado*. Havana, 1943. tomo 1; MANCINI, G. F., *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1959-1963. 40 v.

- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1964.
- DARBON, André. *Philosophie de la volonté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1951.
- DESPAGNET, Frantz. *Précis de droit international privé*. 5. ed. Paris: Larose & Forcel, 1909.
- FERREIRA, Vasco Taborda. *Sistema de direito internacional privado: segundo a lei e a jurisprudência*. Lisboa: Edições Ática, 1957.
- FOULQUIÉ, Paul. *La volonté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1965.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- FRAZÃO, Sérgio Armando. *Da autonomia da vontade: valor do princípio no sistema individualista – Sua decadência no direito moderno*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1939.
- GIL, Otto. *A vontade real nos contratos de adesão*. Rio de Janeiro, 1962.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*. Traduit par André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.
- HURTADO, Avelino Leon. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Chile, 1957.
- JITTA, Josephus. *Método de derecho internacional privado*. Madri.
- KOHLER, J. Über den Wille im Privatrecht. *Jahrbuecher für die Dogmatik*. 1889.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valério Abeledo, 1952.
- MESSÍA, José Yanguas de. *Derecho internacional privado: I – parte general*. Madrid: Editorial Reus, 1944.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1955. 2 v.
- NIBOYET, J. P. La théorie de l'autonomie de la volonté. *Recueil des Cours*, Paris, t. 16, 1927.
- NUSSBAUM, Arthur. *Principios de derecho internacional privado*. Buenos Aires, 1947.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, 1963. 3 v.
- PERTICONE, Giacomo. *Filosofia e teoria del diritto: la libertà e la legge*. Roma.
- PFÄNDER, Alexander. *Fenomenología de la voluntad*. Tradução de Manuel García Morente. Madrid: Revista de Occidente, 1931.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro. v. 1.

- . *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- . *O direito e a vida dos direitos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- . *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1964.
- . *Teoria do direito e do Estado*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Martins, 1960.
- RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957, t. 4.
- RODRIGUES, Silvio. *Dos defeitos dos atos jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- ROUBIER, Paul. Le rôle de la volonté dans les créations des droits et des devoirs. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- . *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.
- TERRÉ, François. Volonté et qualification. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1957.
- VALLADÃO, Haroldo. Doutrinas modernas e contemporâneas de direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*, v. 346, p. 7.
- . O método do direito internacional privado. *Revista dos Tribunais*, v. 330, p. 10.
- . Posição do direito internacional privado frente às dicotomias: internacional-interno e público-privado. *Revista dos Tribunais*, v. 315, p. 186.
- . *Conflito das leis no espaço*. Ed. Part., 1957.
- . *Estudos de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1947.
- . *Lei geral de aplicação das normas jurídicas* (anteprojeto). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.

A PROTEÇÃO LEGAL DO ACESSO A INFORMAÇÕES SOBRE ATIVIDADES CAUSADORAS DE IMPACTOS AMBIENTAIS

*Lucivaldo Vasconcelos Barros**

1 Introdução

A possibilidade de a sociedade ter acesso a atos e documentos produzidos pelo Estado tem sido um importante fator no fortalecimento e consolidação de várias democracias do mundo.

Diferentemente do Brasil, alguns países já têm lei de acesso a informações públicas. Na América Latina, nações vizinhas já possuem lei de acesso à informação. É o caso da Argentina, México e Peru, colocando os cidadãos em situação mais confortável que a dos brasileiros. África do Sul e Lituânia são exemplos recentes de incorporação desse direito. O caso mais conhecido, entretanto, é o dos Estados Unidos, com o *Freedom of Information Act* (FOIA), lei de 1966¹.

De outro lado, outros governos têm dificultado o acesso à informação de caráter estatal, pertencente a toda coletividade, “arvorando-se em verdadeiros proprietários de dados obtidos no exercício da função pública”².

Na área ambiental, por exemplo, a disponibilização de informações tem sido um grande tabu para muitos agentes públicos, principalmente para aqueles que utilizam os recursos naturais como fonte única e exclusiva de promoção do crescimento econômico, sem se preocuparem com aspectos sociais, biológicos, éticos e culturais relacionados com o meio ambiente.

O presente trabalho, apesar de debruçar-se sobre uma questão fundamental para a cidadania, que é o acesso à informação, não tem a pretensão de fazer uma análise minuciosa de cada lei aqui apresentada, mas apenas oferecer uma visão geral da legislação brasileira sobre o acesso à informação pública, enfatizando a importância dessas normas na defesa e proteção do meio ambiente, em particular daquelas afetas às atividades causadoras de impactos ambientais.

2 Posição constitucional

A Constituição Federal procurou dar ao meio ambiente a proteção necessária, conferindo a todos a responsabilidade pela defesa de um meio ambiente sadio, não só para

* Lucivaldo Vasconcelos Barros é Analista de Documentação da Procuradoria da República no Pará, em exercício na Escola Superior do Ministério Público da União, mestrando em Desenvolvimento Sustentável pela UnB, professor do Departamento de Biblioteconomia da UFPa e advogado.

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Direito de acesso a informações públicas no Brasil: legislação*. Brasília, 2003. p. 4.

² SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Direito à informação na esfera ambiental. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 10, p. 729, out. 2000.

a presente, mas também para as futuras gerações, convidando o cidadão a participar desse processo.

Previu, igualmente, ao longo de seu texto, de forma genérica, o direito de acesso à informação pública³ e, ao tratar de matéria ambiental, inseriu, de modo específico, o direito à informação ambiental, ao estabelecer no *caput* do art. 225, § 1º, IV, que em caso de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, seja exigido pelo Poder Público Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), dando publicidade a toda a sociedade por meio de divulgação das informações ambientais contidas no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Na verdade, a Constituição de 1988 tratou de recepcionar o direito à informação ambiental que já constava como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente⁴, como forma de assegurar a todo cidadão o conhecimento sobre atividades potencialmente causadoras de impactos ambientais.

O direito constitucional de acesso a informações ambientais pode ser “exercido tanto por pessoas físicas como jurídicas, nacionais ou estrangeiras, e é oponível aos órgãos da administração direta e indireta e a todos os órgãos que exerçam funções delegadas do Poder Público”⁵.

Cabe ao Estado assegurar mecanismos que dêem ao titular desse direito uma efetiva comunicação dos atos públicos, não apenas como uma mera publicidade, mas sobretudo como uma prestação de contas das atividades ambientais que delega ou realiza.

A opinião pública funciona como fermento da democracia e fonte de afirmação de valores. Na área ambiental, o acesso a informações desempenha importante papel no equacionamento da política ambiental. “Os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e idéias e de tomar parte nas decisões que lhe dizem respeito diariamente”⁶.

³ A Constituição Federal de 5/10/1988, em seu art. 5º, XIV, assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Prevê, ainda, no art. 5º, XXXIII, que todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade; no inciso XXXIV, o direito de petição e a obtenção de certidão, e no inciso LXXII institui o *habeas data* para o reconhecimento ou retificação de dados pessoais; no art. 216 prevê a gestão da documentação governamental, franqueando sua consulta, e no *caput* do art. 37 prevê o princípio da publicidade ou da transparência da Administração Pública.

⁴ A Lei n. 6.938, de 31/8/1981, com alteração feita pela Lei n. 7.804, de 18/7/1989, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, elegendo em seu art. 9º, VII, o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SISNAMA) como um dos instrumentos da Política Ambiental, garantindo a prestação de informações relativas ao meio ambiente e obrigando o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes. Os Decretos n. 99.274, de 6/6/1990, n. 4.297, de 10/7/2002, e n. 4.339, de 22/8/2002, regulamentaram o referido diploma.

⁵ GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução* n. 1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 27.

⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 262.

3 Panorama legal

Embora não exista um ato único que regule o direito de acesso a informações públicas, o Brasil possui algumas leis que garantem ao cidadão o acesso a esse tipo de informação e podem até ser utilizadas na defesa e proteção do meio ambiente.

Uma das leis mais destacadas na defesa da cidadania é a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a Ação Civil Pública, constituindo um importante instrumento na defesa dos direitos difusos, entre os quais se enquadra a proteção do direito ao meio ambiente ou, mesmo, o direito de acesso à informação.

O art. 8º da Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1988, instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, determinando que os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal, estadual ou federal na Zona Costeira comporiam o Subsistema Gerenciamento Costeiro, integrando-o ao Sisnama.

A Lei dos Agrotóxicos, editada sob o número 7.802, de 11 de julho de 1989, entre outras providências, protegeu o acesso e a disponibilização de informações sobre os produtos que menciona. Tal diploma foi, em parte, alterado pela Lei n. 9.974, de 6 de junho de 2000 e, em seguida, regulamentado pelo Decreto n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002.

O Decreto n. 98.161, de 21 de setembro de 1989, tratou da administração do Fundo Nacional do Meio Ambiente, atribuindo ao comitê administrador do fundo, no art. 6º, competência para elaborar o relatório anual de atividades e obrigando-o a promover sua divulgação.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, obrigou o comerciante, o fabricante e o fornecedor a informar todos os detalhes técnicos e científicos de seus produtos, para que o consumidor saiba o que está comprando e como manusear corretamente o que está adquirindo, classificando o direito à informação como um direito difuso, de caráter transindividual, de natureza indivisível, do qual são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

O interesse é transindividual e indivisível, porque a informação é direcionada a “todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato”⁷ de serem receptores da mesma publicidade.

Já a Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que instituiu a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, assegurou a todos o acesso pleno a qualquer documento público, mas não previu como se daria tal acesso. Muito menos estabeleceu prazos para que os agentes do Estado fornecessem informações quando solicitadas.

Na prática, essa lei abriu caminho para o surgimento de outras normas sobre a salvaguarda de documentos públicos de caráter sigiloso, como, por exemplo: o Decreto n. 2.134, de 24 de janeiro de 1997, já revogado, mas que criava as Comissões Permanentes de Acesso; o Decreto n. 2.910, de 29 de dezembro de 1998, sobre normas para a salvaguarda

⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 64.

de documentos de natureza sigilosa; o Decreto n. 2.942, de 18 de janeiro de 1999, já revogado, que dispunha sobre arquivos de caráter privado; o Decreto n. 4.073, de 3 de janeiro de 2002, criando o Conselho e o Sistema Nacional de Arquivos, e, finalmente, o Decreto n. 4.553, de 27 de dezembro de 2002, que revogou o de n. 2.134/1997 e criou o conceito de sigilo eterno, permitindo a renovação indefinida do prazo máximo de 50 anos para a não-divulgação de determinados documentos.

Merece destaque, também, a Política Agrícola, a partir da edição da Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que, ao tratar de capítulo sobre informação agrícola, exigiu a divulgação de uma série de atividades pelo Sistema de Informação Agrícola.

Os transgênicos, como são conhecidos os Organismos Geneticamente Modificados (OGM's), estão regulamentados pela Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, ou Lei da Biossegurança, que garante a todos os cidadãos o acesso a informações sobre atividades suscetíveis de afetar a saúde e segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, à qual o Brasil aderiu por intermédio do Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998, previu em seu art. 17 a obrigatoriedade dos países signatários de promover o intercâmbio de informações, disponibilizando-as ao público interessado.

Da mesma forma, a Convenção Internacional de Combate à Desertificação, ratificada por nosso país por meio do Decreto n. 2.741, de 20 de agosto de 1998, em seu art. 18, determinou a divulgação das informações obtidas nos trabalhos científicos sobre a temática.

Por sua vez, o Decreto n. 3.871, de 18 de julho de 2001, que disciplinava a rotulagem de alimentos geneticamente modificados, obrigando a publicação de informações no rótulo desses produtos, foi revogado pelo Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003. Esse novo ato regulamentou o direito à informação assegurado pelo Código do Consumidor, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM's.

Outro mecanismo legal publicado no Brasil, importante para a garantia do acesso a informações públicas, foi a Lei n. 9.051, de 18 de maio de 1995, que tratou da expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, estipulando prazos, sem, entretanto, especificar o teor de tais documentos.

A Lei Antifumo, editada sob o n. 9.294, de 15 de julho de 1996, restringiu o uso e a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, disciplinando a divulgação de informações nos meios de comunicação.

A Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, ou Lei das Águas, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e, em seu art. 5º, VI, criou o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos como um dos instrumentos dessa política, cuja gestão está sob a responsabilidade da Agência Nacional de Águas (ANA), entidade federal instituída pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, e estruturada pelo Decreto n. 3.692, de 19 de dezembro de 2000.

O *habeas data*, previsto na Constituição Federal, foi mais bem explicitado pela Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, regulamentando o direito de acesso à informação constante de registro ou banco de dados de caráter público e o procedimento do *habeas data*.

Outro avanço no campo ambiental foi a edição da Lei dos Crimes Ambientais, ou Lei da Natureza, em vigor a partir da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, constituindo um excelente mecanismo no combate aos crimes contra o meio ambiente. Entre as várias tipificações jurídicas está prevista a sonegação de informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental pelo funcionário público. Essa lei foi regulamentada pelos Decretos n. 3.179, de 21 de setembro de 1999, e 3.919, de 14 de setembro de 2001.

A Educação Ambiental foi assunto positivado na Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, e regulamentada pelo Decreto n. 4.281, de 25 de junho de 2002. A Política Nacional de Educação Ambiental tem como uma de suas ações a difusão de conhecimentos, tecnologias e informações sobre questões ambientais.

O Estatuto da Cidade, por meio da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, procurou estabelecer diretrizes gerais da Política Urbana. Ao tratar do Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV), estabeleceu que se dê publicidade “aos documentos integrantes do estudo, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado” (art. 37, parágrafo único).

O Regulamento do Patrimônio Genético Nacional, instituído pelo Decreto n. 3.945, de 28 de setembro de 2001, estabeleceu normas sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, normatizando, entre outras atividades, a criação e a manutenção de base de dados para acesso a vários tipos de informações. A Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, acrescentou alguns dispositivos a esse diploma.

Não se pode deixar de citar, também, outras leis que, de forma direta ou indireta, podem assegurar a defesa do meio ambiente ou garantir o acesso a informações públicas. São elas: a Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação; a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (Ação Popular); Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (Mandado de Segurança), além de outros remédios constitucionais previstos na Carta Magna.

No entanto, apesar do relativo arcabouço jurídico que ampara o acesso a documentos públicos, o grande avanço em relação às informações ambientais e sobre as atividades causadoras de impactos ambientais deu-se com a promulgação da Lei n. 10.650/2003.

Em face da sua importância, essa lei terá destaque à parte neste artigo.

4 A nova Lei do Direito à Informação Ambiental

Após ser aprovada pelo Congresso Nacional, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva sancionou, em 16 de abril de 2003, juntamente com os ministros Marina

Silva, do Meio Ambiente, e Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União, a Lei n. 10.650 – Lei do Direito à Informação Ambiental –, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

A Convenção de Aarhus⁸, que é considerada “uma das normas mais completas e atuais sobre o tema da participação pública na gestão do meio ambiente”⁹ e a Agenda 21 emprestaram importantes princípios à nova Lei Brasileira do Direito à Informação Ambiental.

Por força dessa Lei os órgãos integrantes do Sisnama obrigam-se a permitir o acesso a documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas à qualidade do meio ambiente; políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; substâncias tóxicas e perigosas; diversidade biológica e OGM's.

Qualquer indivíduo, independentemente da comprovação de interesse específico, terá acesso às informações ambientais¹⁰ mediante requerimento escrito, no qual assumirá a obrigação de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil, penal, de direito autoral e de propriedade industrial, assim como de citar as fontes, caso, por qualquer meio, venha a divulgar os aludidos dados, sendo assegurado o sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei, bem como o relativo às comunicações internas dos órgãos e entidades governamentais.

Convém ressaltar que a noção de impacto ambiental trazida pela Resolução Conama n. 001, de 23 de janeiro de 1986, “deve ser interpretada em consonância com os novos

⁸ A 4ª Conferência Ministerial da série Meio Ambiente para a Europa, conhecida como Convenção de Aarhus, foi realizada em 21/4/1998, na cidade de Aarhus, Dinamarca. Nesse evento, a Comissão Econômica Européia das Nações Unidas, juntamente com Organizações Não-Governamentais, elaborou uma Convenção sobre Acesso à Informação Ambiental e Participação Pública nas Decisões Ambientais (FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Amablume; FAPESP, 2002. p. 38).

⁹ FURRIELA, loc. cit.

¹⁰ A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) n. 01, de 23/1/1986, instituiu a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentando o licenciamento sobre atividades causadoras de impactos ambientais. Essa norma disciplina o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e estabelece que o RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão, devendo, as informações, ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as conseqüências ambientais decorrentes de sua implementação. Respeitado o devido sigilo industrial, o público em geral poderá acessar o RIMA, estando suas cópias disponíveis nos centros de documentação ou bibliotecas da Secretaria de Meio Ambiente e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, inclusive no período de análise técnica. A Resolução Conama n. 6, de 24/1/1986, dispõe sobre a publicidade de informações ambientais sobre licenciamento em quaisquer de suas modalidades. Já a de n. 09, de 3/12/1987, dispõe sobre a audiência pública para melhor discussão do RIMA. E a Resolução n. 279, de 27/6/2001, também se refere à publicação e divulgação de Relatório Ambiental Simplificado para as atividades que menciona.

contornos dados à matéria pela norma do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, que se refere ao impacto ambiental como uma significativa degradação ambiental”¹¹.

Pela nova Lei, as autoridades públicas poderão exigir a prestação periódica de qualquer tipo de informação, por parte das entidades privadas, mediante sistema específico a ser implementado por todos os órgãos do Sisnama, sobre os impactos ambientais potenciais e efetivos de suas atividades, independentemente da existência ou necessidade de instauração de qualquer processo administrativo.

Deverão ser publicados em Diário Oficial e ficar disponíveis, no respectivo órgão, em local de fácil acesso ao público, listagens e relações contendo os dados referentes aos seguintes assuntos: a) pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão; b) pedidos e licenças para supressão de vegetação; c) autos de infrações e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais; d) lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta; e) reincidências em infrações ambientais; f) recursos interpostos em processo administrativo ambiental e respectivas decisões; e g) registro de apresentação de estudos de impacto ambiental e sua aprovação ou rejeição.

As relações contendo os dados deverão estar disponíveis para o público trinta dias após a publicação dos atos a que se referem. A Lei determina, ainda, que os órgãos competentes integrantes do Sisnama deverão elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água e, na forma da regulamentação, outros elementos ambientais.

As informações serão prestadas mediante o recolhimento de valor correspondente ao ressarcimento dos recursos despendidos para o seu fornecimento, observadas as normas e tabelas específicas, fixadas pelo órgão competente em nível federal, estadual ou municipal.

Como se observa, nosso país parece ter avançado bastante em termos de posituação do acesso a informações públicas, em especial na área ambiental. Entretanto, para a efetividade desse direito, um dos fatores de suma importância é a integração das várias leis existentes, em busca de resultados mais eficazes em favor da proteção da natureza.

5 A importância da informação pública ambiental

Apesar de o Brasil ser considerado o celeiro natural da humanidade, em razão da sua extraordinária beleza geográfica e abundante diversidade biológica, estatísticas apontam que boa parte da população brasileira ainda não conhece esse imenso patrimônio nem se conscientizou da importância que esses ativos representam para o país, a começar pelo nível de informações ambientais a que tem acesso¹².

O acesso à informação ambiental é importante na consolidação da democracia e na defesa do meio ambiente, pois proporciona esclarecimento e instrução, permitindo que os

¹¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 27.

¹² Pesquisa coordenada pelo Ministério do Meio Ambiente, realizada pelo IBOPE/ISER, em todo o território nacional, em outubro de 2001, concluiu que os brasileiros, de modo geral, continuam se sentindo pouco informados sobre os assuntos relativos ao meio ambiente e à ecologia, indicando quase nenhum avanço nesse setor, após 10 anos da Rio-92. (Disponível em: <<http://www.iser.org.br>>. Acesso em: 2 ago. 2003.)

indivíduos estejam aptos a interferir no processo decisório, manifestando-se sobre os riscos que um impacto ambiental possa causar no meio em que vivem.

A Educação Ambiental, por exemplo, é um instrumento essencial para adquirir conhecimentos, bem como mudar valores, comportamentos e estilos de vida.

O alcance de um futuro sustentável está na conscientização da população sobre a importância do meio ambiente. Esse conhecimento permite que os membros de uma comunidade se identifiquem na busca de um propósito de mudança, “aprendendo com seus próprios erros e tentativas a desenvolver suas capacidades de organizarem-se, integrarem-se e se auto-ajudarem para dobrar os obstáculos que se opõem a seus processos particulares de desenvolvimento”¹³.

Uma das formas de as pessoas adquirirem essa consciência e serem capazes de acessar e assimilar informações necessárias à tomada de decisões e à melhoria de sua qualidade de vida é, como foi ressaltado anteriormente, a Educação Ambiental.

Na disputa política das decisões públicas ou no jogo do mercado ambiental, nem sempre há uma correspondência no acesso a informações ambientais. O sistema de troca entre atores envolvidos é quase sempre assimétrico. De um lado, alguém tem carência de informação¹⁴ e, de outro, alguém quer ganhar por ter o poder da informação. “O conhecimento é, em muitas situações, o fundamento para uma decisão livre”¹⁵. Aquele que dispõe de maiores informações sobre recursos naturais tem melhores condições de fazer uma avaliação sobre determinada decisão.

O ideal seria que o Estado proporcionasse acesso prévio¹⁶ a informações ambientais¹⁷, por meio da publicidade de atos e documentos, e assegurasse à população o recebimento da informação de forma adequada, com a veracidade necessária e clareza suficiente.

¹³ CARVALHO, Wilson Sérgio de. *Educação ambiental & desenvolvimento comunitário*. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2002. p. 147.

¹⁴ Informação é um conhecimento inscrito (gravado) sob a forma escrita (impressa ou numérica), oral ou audiovisual. A informação comporta um elemento de sentido. É um significado transmitido a um ser consciente por meio de uma mensagem inscrita em um suporte espacial-temporal: impresso, sinal elétrico, onda sonora etc. Essa inscrição é feita graças a um sistema de signos (a linguagem), que são elementos da linguagem que associam um significante a um significado: signo alfabético, palavra, sinal de pontuação (LÊ COADIC, Yves-François. *A ciência da informação*. Brasília: Briquet de Lemos, 1996. p. 5). Na mesma obra o autor expõe que um conhecimento (um saber) é o resultado do ato de conhecer, ato pelo qual o espírito apreende um objeto. Conhecer é ser capaz de formar a idéia de alguma coisa; é ter presente no espírito. Isso pode ir da simples identificação (conhecimento comum) à compreensão exata e completa dos objetos (conhecimento científico). O saber designa um conjunto articulado e organizado de conhecimentos a partir do qual uma ciência – um sistema de relações formais e experimentais – poderá originar-se.

¹⁵ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

¹⁶ A propósito do acesso prévio a informações ambientais, vale ressaltar a oposição do Brasil ao Princípio 20 da Declaração de Estocolmo, que, originalmente, se referia à obrigação de informação prévia (ver, a esse respeito, a obra de CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu: energia, diplomacia e direito na Bacia do Prata*. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 99).

¹⁷ A Convenção de Aarhus define como informação ambiental toda informação disponível sob forma escrita, visual, oral ou eletrônica, ou sob qualquer forma material, a respeito de: a) o estado do meio ambiente, tais como o ar e a atmosfera, as águas, o solo, as terras, a paisagem e os sítios naturais, a diversidade biológica e seus componentes, compreendidos os organismos geneticamente modificados, e a interação desses elementos; b) fatores tais como as substâncias, a energia, o ruído e as radiações e atividades ou medidas, compreendidas as medidas administrativas,

A informação adequada se traduz em disseminar a informação no momento certo e adequado ao desenvolvimento físico, intelectual e moral e à formação política, cultural e social dos cidadãos.

A veracidade consiste em prestar informação verdadeira, não-enganosa, não-falsa, para que as pessoas possam se esclarecer a respeito da realidade dos fatos e tirar suas próprias conclusões, contribuindo para o enriquecimento da democracia.

Já a clareza significa que a informação, além de verdadeira e adequada, precisa ser acessível, completa, integral, devendo ser veiculada de forma imparcial e corresponder à realidade dos fatos.

Sabe-se, contudo, que nem sempre essa engrenagem funciona assim. A informação pública, não só a relativa ao meio ambiente, tem seus inimigos: “Aqueles que querem ser autoritários e corruptos evidentemente tentarão de forma direta ou indireta dificultar a transmissão da informação ambiental”¹⁸.

É necessário desenvolver a consciência de que a informação ambiental produzida pelo Estado não pertence ao governo, mas a todos os cidadãos, e o acesso a ela contribui para diminuir ou evitar a corrupção, dá mais transparência aos atos governamentais, permite melhor conhecimento sobre atividades e planos governamentais e possibilita mensurar a qualidade do meio ambiente em favor de toda a sociedade.

Nesse fluxo dinâmico da informação, cada cidadão atua como um acionista do Estado. O reconhecimento do direito de acesso a informações ambientais, tanto em âmbito nacional quanto internacional¹⁹, representa uma grande conquista da liberdade e da

acordos relativos ao meio ambiente, políticas, leis, planos e programas que tenham, ou possam ter, incidência sobre os elementos do meio ambiente concernente à alínea *a*, precedente, e a análise custo/benefício e outras análises e hipóteses econômicas utilizadas no processo decisório em matéria de meio ambiente; c) o estado de saúde do homem, sua segurança e suas condições de vida, assim como o estado dos sítios culturais e das construções, na medida em que são, ou possam ser, alterados pelo estado dos elementos do meio ambiente ou, através desses fatores, atividades e medidas visadas na alínea *b* precedente (SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 77-78). Já a Diretiva 90/313 do Conselho das Comunidades Europeias, em seu art. 2º, considera informação ambiental qualquer informação disponível sob forma escrita, visual, oral, ou de base de dados relativa ao estado das águas, do ar, do solo, da fauna, dos terrenos e dos espaços naturais, às atividades (incluindo as que provocam perturbações como ruído) ou medidas que os afetem ou possam afetar negativamente e às atividades ou medidas destinadas a protegê-los, incluindo medidas administrativas e programas de gestão ambiental. Alguns exemplos de informações que podem ser solicitadas invocando essa norma: águas residuais, incidentes ou acidentes dos quais resulte poluição, emissões, substâncias radioativas, níveis de ruído, planos de ordenamento do território, resíduos, licenciamento de obras, qualidade das águas, loteamentos urbanos, consumo de energia, planos rodoviários, fontes de energia utilizadas, construção de estradas, pontes etc., licenciamento industrial, licenciamento de comércio e serviços, condições de laboração, transporte de mercadorias perigosas e outras (disponível em: <<http://www.despodata.pt/geota/Particip/guiainfo.htm>>. Acesso em: 19 set. 2003).

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Informação e participação: instrumentos necessários para a implementação do direito ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 134, p. 214, abr./jun. 1997.

¹⁹ Vários documentos internacionais prevêm o direito à informação em seus textos. A Declaração do Rio, por exemplo, elaborada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, explícita, em seu art. 10, o dever do Estado de tornar as informações ambientais acessíveis a todos os indivíduos. A Agenda 21, aprovada nessa Conferência, recomenda, no capítulo 40, a implementação de programas para a redução das diferenças em matéria de dados e para a melhoria da disponibilidade da informação, chamando a atenção, também, para a falta generalizada de capacidade de transformação dos dados em informação útil.

democracia, oportunizando à comunidade o direito de saber o que está sendo realizado em seu nome e no seu ambiente vivo.

6 Considerações finais

Não adianta garantir o acesso a informações ambientais mediante a edição de normas, apenas para dizer que possuímos a melhor legislação nesse aspecto. Já basta a grande quantidade de leis existentes em nosso ordenamento jurídico sobre os mais variados temas, que muitas vezes representam letra morta.

O fortalecimento dos canais de comunicação, possibilitando o acesso a variadas fontes de informação, tais como materiais bibliográficos, audiovisuais, internet, televisão, etc., pode representar uma excelente via para o exercício efetivo do direito à informação.

A difusão dos meios tecnológicos – principalmente da internet – pode reduzir a distância entre o cidadão e as informações ambientais²⁰. O aparelhamento das escolas com computadores permitirá a inclusão digital de milhares de indivíduos, que terão melhores condições de atuar na sociedade, de articular mais eficazmente desejos e idéias e de tomar parte nas decisões que lhes dizem respeito diretamente.

A participação das comunidades nos processos públicos decisórios, com o envolvimento de agremiações, igrejas, partidos, clubes, sindicatos e movimentos associativos, representa, também, um passo fundamental na defesa do meio ambiente. “As comunidades têm muita força legal para impedir ou modificar projetos de obras ou atividades potencialmente poluidoras”²¹, acessando os relatórios na fase de comentários e na Audiência Pública ou acessando o RIMA, nos centros de documentação ou bibliotecas do IBAMA e dos Órgãos ou Secretarias Estaduais e Municipais de Meio Ambiente.

Os instrumentos administrativos permitem o acesso à informação sobre atividades comprometedoras do equilíbrio ecológico, facilitando a cobrança, pela população, dos direitos constitucionais relativos ao meio ambiente, por meio dos órgãos judiciais e do Ministério Público.

Além disso, é necessário que essas informações estejam sistematizadas, atualizadas, disponíveis e integradas a bancos de dados federais, estaduais e municipais, e que haja investimentos estatais na criação, manutenção e aparelhamento da estrutura física e humana dos centros de informação ambiental em todos os níveis, com a destinação de uma porcentagem do orçamento público a tais setores como uma ação de Estado e não de governo.

A “ética ambiental vinculada ao dever de bem informar”²² constitui também fator imprescindível para o efetivo acesso à informação. De nada adianta investir em educação ambiental se o princípio ético estiver apartado²³. A verdade, a moral, a prudência, a

²⁰ O IBAMA disponibiliza na internet os licenciamentos ambientais por meio do site www.celaf.ibama.br.

²¹ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. 2. ed. Brasília: IBAMA, 1998. (Estudos Educação Ambiental, 2), p. 116.

²² CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e relevância da informação. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 67, p. 65, jan./mar. 1994.

²³ Devido ao agravamento do problema de água no Distrito Federal, uma pesquisa encomendada pelo WWF-Brasil, realizada pelo Ibope Opinião, revelou que o desperdício de água era maior entre aqueles que têm escolaridade mais alta – 53% deles têm curso superior. (Disponível em: <<http://www.wwf.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2003.)

transparência, a sinceridade, a honestidade, o compromisso pessoal e coletivo, a responsabilidade profissional e social, são valores que precisam ser resgatados.

Muitas vezes não se consegue promover a consciência social por causa da publicidade deformada, em sua grande parte, pela divulgação inverídica, inconsistente ou tardia. Precisamos estar atentos ao fato de que “a sobrevivência da humanidade como espécie, no entanto, está posta progressivamente em risco e irá depender de um enorme esforço conjunto de toda a raça humana”²⁴, e disso resulta o compromisso ético.

A publicidade deve ser feita em linguagem clara, acessível e compreensível para a comunidade local, por meio da elaboração de cartazes, de cartilhas, de programas complementares na mídia local e em horário nobre. “Em país como o nosso a informação jurídica – e não só a jurídica – deveria ser colocada à disposição dos carentes no próprio meio em que vivem ou exercem suas normais atividades”²⁵. Como as pessoas podem modificar a realidade muito mais em nível local e regional, percebe-se a importância do incentivo ou até da obrigação da criação de espaços na televisão para programas municipais e regionais.

Por outro lado, observa-se, segundo o disposto nos arts. 221 e 223 da Constituição Federal, que o serviço informativo da televisão é considerado serviço público, competindo sua exploração diretamente à União, ou a terceiros, mediante autorização, concessão ou permissão. O serviço veiculado pelas emissoras “não é prestado apenas em benefício do concessionário, mas, principalmente, de toda a sociedade”²⁶.

O grau de esclarecimento sobre determinada informação ambiental depende, em muito, do grau de instrução de seu receptor. Assim, a diminuição da degradação ambiental será proporcional ao aumento da consciência e do nível de acesso à informação pela população. A participação e, sobretudo, a educação, são a porta de entrada para ver concretizada essa mudança.

Bibliografia

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. 2. ed. Brasília: IBAMA, 1998. 158 p. (Estudos Educação Ambiental, 2).

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Direito de acesso a informações públicas no Brasil: legislação*. Brasília, 2003. 43 p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 118 p.

²⁴ DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2001. p. 102.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A desinformação jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 325, p. 319, jan./mar. 1994.

²⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 159.

- CARVALHO, Vilson Sérgio de. *Educação ambiental & desenvolvimento comunitário*. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2002. 224 p.
- CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu: energia, diplomacia e direito na Bacia do Prata*. São Paulo: Acadêmica, 1989. 385 p.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e relevância da informação. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 67, p. 58-66, jan./mar. 1994.
- DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2001. 134 p.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 176 p.
- FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Amablume; FAPESP, 2002. 194 p.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução – n. 1*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13-36.
- LÊ COADIC, Yves-François. *A ciência da informação*. Brasília: Ed. Briquet de Lemos, 1996. 118 p.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 347 p.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Informação e participação: instrumentos necessários para a implementação do direito ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 134, p. 213-218, abr./jun. 1997.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 120 p.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A desinformação jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 325, p. 317-320, jan./mar. 1994.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 284p.
- SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Direito à informação na esfera ambiental. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 10, p. 729-730, out. 2000.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TRANSPOSIÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO

*Manoel Jorge e Silva Neto**

1 Notas iniciais

Observa-se um considerável crescimento na tendência de visualização do ordenamento jurídico como sistema, ou, diferentemente, como prefere Maria Helena Diniz, como realidade que pode ser estudada sistematicamente¹.

A propensão, irrefreável, advém fundamentalmente da tomada de consciência de que todos os problemas normativos ocorrentes nos mais diversos domínios do sistema do direito positivo devem ter as soluções atreladas aos dispositivos constitucionais.

E, no caso, não se poderia deixar o direito do trabalho à margem de tudo isso.

E vou mais além para repetir o que tenho afirmado já com alguma insistência: as graves questões postas atualmente no altiplano do direito do trabalho são todas de cunho constitucional.

Conseqüentemente, o resgate do estudo das coisas da Constituição, concretizado na enorme procura de cursos de pós-graduação em direito constitucional – especialização, mestrado ou doutorado –, não se atém a mero diletantismo, mas, convictamente, responde a necessidades de ordem prática, na razão direta da prolação de um sem-número de decisões de órgãos judiciais singulares e colegiados que, a cada dia de forma mais acentuada e marcante – de modo específico no contexto da Justiça do Trabalho –, vão colher na Constituição os fundamentos jurídicos para solucionar as controvérsias judiciais.

É um movimento carente ainda de consolidação, reconhecimento, porque não viceja na consciência jurídica brasileira a cultura constitucional. Mas, cultura não é; está sendo. Revela processo que se instala e continuamente se submete a adensamento, razão por que acalento a esperança de, num futuro próximo, cada um de nós incorporar a saudável responsabilidade, como cidadãos, de cumprir a Constituição e seu maravilhoso projeto por uma sociedade que não inimiza as pessoas, mas reúne-as em prol da consecução da justiça substancial. Pode até ser sonho de ingênuo, mas, com certeza, é uma saborosa idéia que me acompanha há muito tempo e me conduz na atuação no Ministério Público do Trabalho e no magistério do agora fortalecido direito constitucional.

Porém, o assunto que me move à reflexão, embora tenha cunho constitucional, não promana de divagações quase inúteis sobre o que acontecerá com a nossa Constituição... Trata-se de tentativa de desencobrir alguns efeitos decorrentes da decisão prolatada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.150-2-RS, cujo Acórdão, publicado no *DJ* de 17 abr. 1998, não foi ainda examinado tomando-se por base as possíveis repercussões no âmbito do direito do trabalho.

* Manoel Jorge e Silva Neto é Procurador Regional do Trabalho (BA), mestre e doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva. p. 12.

2 Relato de caso

Requerida pelo Procurador-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.150-2-RS tem por objeto a declaração de incompatibilidade vertical de expressões constantes dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 276 da Lei n. 10.248, de 30 de agosto de 1994, do Estado do Rio Grande do Sul, por ofensa aos comandos constitucionais previstos no art. 37, II e § 1º, do art. 19 do ADCT.

São os seguintes os termos sublinhados e previstos na referida lei estadual que ensejaram a propositura da ação:

“Art. 276. [...] § 2º Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal. § 3º Nos órgãos em que já existia sistema de promoção para servidores celetistas, a transformação da respectiva função será para o cargo de provimento efetivo em classe correspondente. § 4º Os cargos de provimento efetivo resultantes das disposições deste artigo, excetuados os providos na forma do art. 6º, terão carreira de promoção própria, extinguindo-se à medida que vagarem, ressalvados os quadros próprios, criados por lei, cujos cargos são providos no sistema de carreira, indistintamente, por servidores celetistas e estatutários”.

A representação oferecida por Oscar Breno Stahnke ao então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga – que originou a medida –, aduz, em síntese, que

“a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, caput, estabelece os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, a serem observados pela administração pública direta, indireta e fundacional, e mais ao seguinte: ‘II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado de livre nomeação e exoneração’. No mesmo sentido da indispensabilidade do concurso público para provimento de cargo efetivo, está o § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê o cômputo do tempo de serviço dos servidores estabilizados como título ‘(...) quando se submeterem a concurso para fins de efetivação’. Como se vê, até os estabilizados pelas disposições transitórias da Carta Magna só alcançarão cargo público de provimento efetivo mediante concurso público”.

Prestou informações o governador do Rio Grande do Sul, neste sentido:

“A Lei Complementar n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1984, dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do

Rio Grande do Sul. Enquanto projeto de lei, recebeu o n. 272/93 e foi submetido ao veto governamental, conforme determina o disposto nos artigos 66, § 1º, combinado com 82, VI, da Constituição Estadual, tendo sido vetado em vários de seus dispositivos, inclusive no artigo 276. Foi dito nesse veto, cuja cópia ora se junta, que o artigo 276 padecia de inconstitucionalidade formal e material, porque fora introduzido por emenda parlamentar, o que o tornava inconstitucional por vício de iniciativa, e ainda por afrontar normas da Carta Magna, além da contida no § 1º do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao permitir a efetivação dos servidores estaduais sem concurso público e de servidores das fundações de direito público. De acordo com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, salvo cargos em comissão, sendo inclusive previsto o concurso, no artigo 19, § 1º, do ADCT da Carta Federal, para ‘fins de efetivação’. Como o artigo 276 permitia a nomeação sem concurso não sendo para cargo em comissão, entendeu-se de vetá-lo, naquela ocasião. Salientou-se nesse mesmo veto que o Regime Único a ser implantado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como determina o artigo 39 da Carta Magna, não haverá de sê-lo já afrontando o princípio contido no citado inciso II do artigo 37, de obrigatória observância pelos Estados, por força de seu artigo 25. Ademais, o referido artigo 276 ainda permitia ingresso e efetividade a servidores que sequer contavam com os cinco anos exigidos pelo artigo 19 ADCT-CF/88, e não respeitava a decisão de servidores que desejassem permanecer sob o vínculo trabalhista, violando direito adquirido desses servidores. Apesar do extenso veto ao artigo 276, entendeu a Assembléia Legislativa do Estado de rejeitá-lo e promulgou-se a Lei n. 10.098 com aqueles dispositivos vetados e ora objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade”.

O relator da ação, ministro Moreira Alves, deferiu medida cautelar

“[...] para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão ‘operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes’, contida no § 2º do art. 276 da Lei n. 10.098, de 7.4.94, do Estado do Rio Grande do Sul; o § 4º do mesmo artigo, com a redação dada pela Lei n. 10.248, de 30.8.94; e, quanto ao § 3º, também do mesmo artigo, para dar, ao texto, exegese conforme a Constituição Federal, a fim de excluir, de sua aplicação, a interpretação que considerasse abrangidos, em seu alcance, servidores que não hajam ingressado, nas funções, mediante concurso público de provas”.

Por conseguinte, argúi, em síntese, o Procurador-Geral da República a inconstitucionalidade da transposição automática de servidores vinculados ao regime celetista para o mandamento unilateral estatutário em face do imperativo comando do art. 37, II, da Constituição, que consagra e põe em nível constitucional o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado

De sorte a bem compreender a importância do julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS e o desencadeamento de suas conseqüências conaturais – notadamente no direito do trabalho –, torna-se injuntivo o exame da ação direta de inconstitucionalidade no tocante aos efeitos determinados pelo sistema do direito positivo, de forma especial no que atina com os dispositivos da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Antes disso, porém, cumpre esclarecer que no controle difuso da constitucionalidade outorga-se a qualquer juiz ou tribunal o poder de declarar se uma lei ou ato do Poder Público com caráter normativo estão ou não consentâneos ao sistema constitucional, desde que, no caso de órgão colegiado, o entendimento acerca da inconstitucionalidade promane do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial, conforme prevê o art. 97 da Constituição.

Sabe-se também que na via de exceção ou de defesa – outra denominação do controle difuso – não é admissível a transcendência subjetiva dos efeitos do provimento judicial que concluiu pela inconstitucionalidade. Ou, em outras palavras: a declaração de incompatibilidade vertical somente aproveita ou prejudica as pessoas envolvidas na demanda².

O mesmo não sucede quando estamos diante da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Porque, no caso, a declaração de que um ato normativo é inconstitucional se apresenta como tema principal do processo objetivo – não se tratando, portanto, de uma questão a resolver-se *incidenter tantum* (como se presencia no controle difuso) – colhe-se que os efeitos da decisão judicial estender-se-ão para atingir tantas pessoas quantas forem as situações jurídicas subsumidas ao comando legal reputado inválido. É a conhecida eficácia *erga omnes*, ou “contra todos”, que não deve ser identificada com o efeito vinculante, confusão que se comete com infeliz habitualidade e por isso se impõe a análise de suas dessemelhanças.

O próprio § 2º do art. 102 da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, explicita que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

² Não se deve esquecer que o processo no qual se julgou incidentalmente a questão constitucional poderá, via recurso extraordinário, alcançar o Supremo Tribunal Federal, quando, na oportunidade, chancelando a tese de vulneração à norma constitucional, deverá a Suprema Corte remeter os autos ao Senado, a fim de que a Casa legislativa suspenda, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional (quando se moverá por critério estritamente político, avaliando se a suspensão da eficácia da norma inconstitucional não seria um mal maior do que a sua permanência no sistema), operando-se exclusivamente nessa hipótese a eficácia *erga omnes* da decisão produzida em um caso concreto. Todavia, são tão raras as resoluções do Senado cujo objeto seja a indigitada suspensão, que há na doutrina quem defenda, com acerto, a completa inutilidade da previsão do art. 52, X, da Constituição (cf. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 184-185). Ver também RE n. 108.873-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão.

Muito embora, inicialmente, a remissão constitucional à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante estivessem no bojo da ação declaratória de constitucionalidade, sempre defendi a necessidade de eclosão de idênticos efeitos relativamente à ação que se destinava ao reconhecimento da inconstitucionalidade, mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/99³, tudo com suporte na idéia de que a reclamação constitucional (art. 102, I, *l*, da Constituição), cujo propósito pode também ser dirigido ao cumprimento do que se decidiu no controle concentrado⁴, terminava por vincular à decisão do STF quem quer que se posicionasse de forma contrária ao dispositivo do *decisum*⁵.

Mas, o que vem a ser propriamente “efeito vinculante”?

A vinculação aos efeitos do acórdão declaratório da inconstitucionalidade se traduz na impossibilidade de repetição do ato tido por inconstitucional; proibição que, por sua vez, no Brasil, tem por destinatários os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99).

Nessa linha de compreensão, percebe-se que não fora atingido pelo efeito vinculante o Poder Legislativo, o que implicará importantíssimas conseqüências no trato dos desdobramentos da ADIn n. 1.150-2-RS⁶.

Em síntese, no momento, três conclusões podem e devem ser extratadas, a fim de possibilitar o ingresso no tema-título do artigo: i) a decisão na ação direta de inconstitucionalidade, do mesmo modo como se opera na ação declaratória de constitucionalidade e na ADPF, produz eficácia contra todos e efeito vinculante; ii) o efeito vinculante se diferencia da eficácia *erga omnes* porque impede a repetição do ato de caráter normativo tido por inconstitucional; iii) os Poderes Legislativos das unidades da Federação brasileira não estão juridicamente proibidos de repetir o conteúdo da norma reputada incompatível com a Constituição pelo STF, desde que a eles se não dirige o efeito vinculante.

³ Cf. nosso *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁴ O STF já consagrou tese impeditiva do cabimento da reclamação constitucional na hipótese de provimento prolatado em ação direta por se tratar de decisão em tese (*RTJ*, v. 129, p. 594), ou porque somente caberia reclamação em execução de julgado e no controle concentrado não há *executio*. Felizmente, o restritivo entendimento foi superado por diversas decisões produzidas em reclamações constitucionais, entre as quais a de n. 399-0-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, segundo a qual “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressupõem a validade” (apud PALU, op. cit., p. 234).

⁵ A argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), inovação introduzida pela EC n. 03/93, igualmente produz eficácia contra todos e efeito vinculante, conforme assinala o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.882/99.

⁶ Na ADIn n. 864-1-RS, Rel. Min. Moreira Alves, ficou bastante clara a natureza do efeito vinculante: “Tratando-se, pois, de leis diversas, e sendo certo que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade se adstringe à norma nela impugnada, a eficácia *erga omnes* da medida cautelar que suspende os efeitos desta a ela se limita, não alcançando norma posteriormente editada, ainda que de conteúdo igual ou semelhante àquela. Para que houvesse esse alcance, seria mister – como ocorre no direito alemão – que a ação direta de inconstitucionalidade tivesse efeito vinculante com relação ao Poder Legislativo. A eficácia *erga omnes* da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica dizer que, havendo tal reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade”.

4 Fundamentos jurídico-constitucionais no julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS

Recorde-se a redação do § 2º do art. 276 da Lei n. 10.098, do Estado do Rio Grande do Sul:

“Art. 276. [...] § 2º Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal”.

Ora, se a hipótese de transposição automática teve por beneficiários servidores públicos *lato sensu* “nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários”, tem-se por indubitado mesmo que tais agentes não ingressaram no serviço público com reverência à moralizadora regra do concurso público consubstanciada no art. 37, II, da Constituição, nem, de contraparte, poderiam ser considerados estáveis à luz do art. 19 do ADCT, porquanto somente servidores contratados até 5 de outubro de 1983 estariam sob o pálio da estabilidade constitucional, e mesmo assim não seriam ocupantes de cargo de provimento efetivo à conta da redação do § 1º do art. 19 do ADCT⁷.

É o que se extrai da conclusão do ministro Moreira Alves, relator da ação:

“A expressão impugnada ‘operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes’, que se refere aos nomeados interinamente para cargos públicos e aos extranumerários e contratados que ocupam funções que são transformadas em cargos de provimento efetivo, diz respeito, sem dúvida alguma, a servidores que não são concursados (art. 37, II, da Constituição) e que, ou também não foram estabilizados por força do disposto no artigo 19 do ADCT da atual Constituição, ou, se alguns o foram, não se submeteram ao concurso para fins de efetivação a que alude o citado dispositivo do ADCT”.

Por conseguinte, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente admitidas para contratação de pessoal no serviço público sem concurso (art. 37, II, parte final, e art. 37, IX)⁸, toda e qualquer tentativa de fazer ingressar servidor na Administração Pública, nos Poderes Judiciário e Legislativo, à margem do salutar comando, é e será sempre inconstitucional.

⁷ Art. 19, § 1º, do ADCT: “O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”. Assim posto o comando de direito intertemporal, vale referir que a efetividade, concernente aos servidores estabilizados, poderia ser alcançada exclusivamente por via de submissão a concurso público.

⁸ Art. 37, II: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”. Art. 37, IX: “A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

O judicioso voto do ministro Néri da Silveira leva à mesma conclusão, enriquecendo o debate, no entanto, com novos argumentos na linha da inconstitucionalidade reconhecida pelo relator:

“A inconstitucionalidade do artigo 276 do projeto em tela é, ainda, mais gritante porque promove, sem concurso, o ingresso em cargo público não apenas dos estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, mas também de quem não constava ao tempo a que alude este dispositivo. E fez mais, sempre sem distinguir entre concursados e não-concursados, incluiu em cargos quaisquer servidores das pessoas jurídicas de direito público, abrangendo, também, quem, após o advento da Constituição, houvesse sido admitido sem concurso, ou seja, inconstitucionalmente. Sob outro ângulo, ainda, se afigura a inconstitucionalidade do artigo 276 do Projeto. *É que incorreu no vício de inobservar direitos adquiridos, provenientes de vínculos trabalhistas, ao transformar relações desta ordem em relações estatutárias, independentemente da concordância dos interessados*”.

5 Repercussões da ADIn n. 1.150-2-RS no direito do trabalho

Feitas as considerações de cariz propedêutico, cabe finalmente tratar das conseqüências operadas no direito do trabalho a partir e com fundamento na citada ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, embora todas as repercussões indicadas se originem do julgamento da ação, penso ser metodologicamente acertado discorrer sobre cada uma delas em subitem distinto, até mesmo para tornar mais racional a investigação.

5.1 A ADIn n. 1.150-2-RS e o regime jurídico único

Qual a relevância do estudo das implicações da decisão, se o regime jurídico único foi extinto com a promulgação da EC n. 19/98?

Efetivamente, o legislador constituinte derivado substituiu a disciplina antes encontrada no estatuto jurídico único por aquela prevista no regime trabalhista comum (art. 39, § 3º) ou, excepcionalmente, pela decorrente do regime especial de natureza administrativa (art. 37, IX).

A substituição consumada, entretanto, não tem intensidade para infirmar a existência do regime jurídico único, porque continua sendo a norma disciplinadora do relacionamento dos servidores *stricto sensu*, cujo ingresso nos quadros da Administração se deu antes da promulgação da emenda que expunziu o regime único do sistema constitucional, além de se converter, ainda, no repositório legislativo dos direitos e obrigações dos agentes públicos.

5.2 A ADIn n. 1.150-2-RS e a Orientação Jurisprudencial n. 128 da SDI I do Tribunal Superior do Trabalho

A importância do exame da Orientação Jurisprudencial n. 128 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I se prende ao fato de que o entendimento do Tribunal Superior do

Trabalho consolidado em orientação jurisprudencial torna inviável o seguimento de recurso de revista cujo objeto seja tese que se contraponha à posição sufragada pelo sodalício.

Dispõe, a respeito, o § 4º do art. 896 da CLT, com o acréscimo da Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998: “A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, *ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*” [grifei].

“Iterativa e notória jurisprudência” outra coisa não é senão as denominadas orientações jurisprudenciais (OJ’s), a desempenhar papel que, antes das alterações determinadas pela Lei n. 9.756/98, era exclusivo dos enunciados, ou súmulas, de acordo com a linguagem então utilizada pela CLT⁹.

Atualmente – repita-se –, tanto é impeditiva de admissibilidade de apelo revisional a demonstração de inconformismo a respeito de decisão regional prolatada em consonância com enunciado, como também no que se refere à orientação jurisprudencial.

Indispensável, portanto, a remissão ao conteúdo da antedita OJ n. 128 da SDI I: “A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime”.

Duas foram as conclusões da OJ n. 128: i) opera-se a extinção do contrato de trabalho ato contínuo à aludida “transferência”; ii) o prazo prescricional é de dois anos a partir da mudança do regime celetista para estatutário.

O entendimento consubstanciado na OJ n. 128 se apresenta em total rota de colisão com o julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS.

Como vimos, o Supremo Tribunal Federal destacou a ofuscante transgressão ao preceptivo do art. 37, II, da Constituição e do art. 19 do ADCT à conta da automática transposição do regime celetista para estatutário.

E a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão prolatada no controle concentrado da constitucionalidade fulminam a OJ n. 128 em sua essência, tornando injuntiva a adoção de providências dirigidas à revisão do entendimento jurisprudencial.

E, nesse momento, é conveniente esclarecer que a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 83, VI, comete ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de “recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Contudo, a investigação do art. 83, VI, da LC n. 75/93 traz à tona questão de real densidade a respeito da iniciativa do Ministério Público do Trabalho no tocante ao pedido de revisão de orientação jurisprudencial.

⁹ Era a seguinte a redação do art. 896, *a*, da CLT: “Cabe recurso de revista das decisões de última instância para o Tribunal Superior do Trabalho, quando: derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado o mesmo ou outro Tribunal Regional, através do Pleno ou de Turmas, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”.

Versa sobre a possibilidade de o Procurador-Geral do Trabalho requerer a revisão sob comento à ausência de expressa disposição legal que a tanto o autorize.

Deveras, o art. 83, VI, da LC n. 75/93 faz referência apenas e exclusivamente à “revisão dos Enunciados das Súmulas de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”, não dizendo palavra sobre o cabimento do pedido de revisão de orientação jurisprudencial, o que poderá conduzir a uma exegese fortemente limitativa de atribuição do Ministério Público do Trabalho.

Parece-me que a solução ao problema normativo que venha calcada no processo exegético muito se distancia do melhor desfecho.

O fato de a norma não ter contemplado explicitamente como atribuição do *parquet* a prerrogativa quanto a requerer o cancelamento de orientação jurisprudencial não obsta a iniciativa ministerial, porque i) o referido dispositivo não poderia fazer alusão à possibilidade de pedido de revisão de OJ simplesmente em virtude de não existir tal instituto de consolidação de jurisprudência à época em que fora editada a LC n. 75/93; ii) pouco importa se o entendimento se encontra cristalizado em orientação jurisprudencial ou enunciado do TST, já que ambos produzem o mesmo efeito relativamente à admissibilidade do recurso de revista, impondo o exercício de atribuições do *parquet* tanto numa como noutra circunstância; iii) e, como corolário do argumento anteriormente exposto, pode-se afirmar que os processos teleológico e histórico-evolutivo de interpretação da norma jurídica conformam a atitude do intérprete no sentido de reconhecer, em primeiro lugar, o objetivo estampado na prerrogativa conferida ao chefe do Ministério Público do Trabalho, que é admitir também a revisão de orientação jurisprudencial, visto encerrar o instituto caráter inibidor de subida de recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, e, em segundo lugar, no que atina à interpretação amparada no processo histórico-evolutivo, reconhecer que a lei não deve ser interpretada com os olhos postos no seu momento genético, mas deve ser consagrada uma escolha que atribua à norma jurídica uma função solucionadora de litígio no presente.

Por isso que recusar o cabimento de pedido de revisão de orientação jurisprudencial atenta contra os processos teleológico e histórico-evolutivo de interpretação das normas.

Ademais, não bastasse a profusão de argumentos autorizativos do pedido de revisão de OJ, há mais um: o recurso à analogia.

A analogia, situada no campo da integração da norma, pressupõe a existência de identidade jurídica e não fática.

Maria Helena Diniz esclarece que “o processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto. Porém, para que tal se dê deve-se considerar como relevante alguma propriedade que seja comum a ambos”¹⁰.

É o caso. A hipótese normativa que concede ao Ministério Público a prerrogativa de buscar a revisão de enunciado se identifica com a revisão de OJ à vista da similitude

¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva. p. 144.

entre os institutos, visto que ambos funcionam como espécie de “cláusula de barreira” à interposição de recurso de revista.

E se, ainda assim, o Tribunal Superior do Trabalho não permitir ao Procurador-Geral do Trabalho o pedido de revisão de OJ? Não havendo dúvida que a OJ n. 128 descumpra integralmente o conteúdo da ADIn n. 1.150-2-RS, outra solução se não apresenta que o oferecimento de reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal, tudo de sorte a garantir a autoridade da decisão produzida no controle concentrado¹¹.

5.3 A ADIn n. 1.150-2-RS e a prescrição do FGTS (Enunciado n. 362)

O Enunciado n. 362 dispõe que “extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Muito embora não seja o caso de requerer-se o cancelamento da jurisprudência sumulada, é preocupante a habitualidade com que se lança mão do entendimento nela cristalizado para impedir a tutela judicial da pretensão de servidores que tiveram o regime convertido de celetista para estatutário.

Sabe-se, e bem, a esta altura, que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da transposição automática de um regime para outro. Logicamente, decorre da conclusão que os servidores públicos continuam vinculados ao regime celetista, passando, a partir da decisão, a integrar um quadro em extinção.

A necessidade de reconhecer-se a existência de um quadro em extinção composto de servidores públicos celetistas não-concursados e não-estabilizados pela regra do art. 19 do ADCT conduz ao claro juízo quanto ao completo descabimento de incidir a prescrição bienal assentada no Enunciado n. 362 do TST. Com efeito, se a incidência da exceção substancial condicionada está à extinção do contrato de trabalho, e, como demonstrado exaustivamente na decisão do STF, não houve ruptura dos contratos, não há qualquer plausibilidade de sua projeção em casos que tais.

5.4 A ADIn n. 1.150-2-RS e a competência da Justiça do Trabalho

Muitas foram as dúvidas surgidas por ocasião do advento do regime jurídico único e da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de causas relativas a servidores que foram vinculados ao regime estatutário.

O Superior Tribunal de Justiça chegou mesmo a editar a Súmula n. 97: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único”.

¹¹ Conquanto não tenha reconhecido inicialmente a viabilidade de reclamação constitucional para preservar a eficácia do que se decidiu no controle concentrado, o STF refluíu para tornar possível a reclamação em tais hipóteses, como aconteceu na ADIn n. 467-8-DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de utilização, ainda que em caráter excepcional, da via reclamatória como instrumento processual idôneo de preservação da autoridade decisória dos julgados proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade”.

Sempre defendi a tese de que a adequação de servidores outrora celetistas ao regime jurídico único alterava a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos litígios, deslocando-a imediatamente para a Justiça Federal.

E o fiz com base no fundamento de a Lei n. 8.112/90 ter promovido a alteração da competência material de órgão jurisdicional trabalhista mediante o comando do art. 240, alíneas *d* e *e*¹².

Sucedeu que o Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga, lembrado sempre com muito respeito e carinho pelos Membros do Ministério Público da União pela altivez e transparência de suas iniciativas, propôs ação direta de inconstitucionalidade, sob n. 492-1-DF, tendo o Supremo Tribunal Federal acolhido o pleito cautelar para declarar a incompatibilidade vertical do dispositivo que atribuía competência à Justiça do Trabalho para o julgamento de dissídios individuais e coletivos entre servidores públicos *stricto sensu* e a Administração Pública.

Concluí, na oportunidade, que se houvera alteração da competência material da Justiça do Trabalho pela Lei n. 8.112/90, posteriormente julgada inconstitucional em parte, o que retirara a nossa Suprema Corte outra coisa não poderia ter sido que a competência de postura material, motivo suficiente para orientar-se a solução do problema normativo pela regra do art. 87 do Código de Processo Civil¹³, tornando-se, nesse passo, tecnicamente inaceitável invocar-se o princípio da perpetuação da jurisdição positivado na referida norma do diploma processual, fundamentalmente porque, alterada, no caso, a competência *ex ratione materiae*, resolve-se a questão pela inteligência da parte final do preceito, ou seja, modificada que foi, não se cogita de conservação de competência material do juiz do Trabalho.

A fundamentação jurídica que afastava a competência da Justiça do Trabalho era apanágio da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da atribuição prevista em dispositivos da Lei n. 8.112/90.

Todavia, na ADIn n. 1.150-2-RS, o STF dispôs conclusivamente acerca da impossibilidade de transposição automática de um regime para outro, permanecendo os servidores vinculados ao regime celetista e em um quadro em extinção.

Resplandece com toda luminosidade uma idéia, clara e bela como um dia de sol em Salvador: a Justiça do Trabalho é competente para o julgamento de todas as causas referentes aos servidores municipais, estaduais e federais que foram destinatários da transposição automática por força de lei editada antes da prolação do Acórdão na ADIn n. 1.150-2-RS.

5.5 A ADIn n. 1.150-2-RS e os servidores municipais, estaduais e federais

A decisão produzida em uma ação direta de inconstitucionalidade impõe eficácia contra todos e efeito vinculante (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99).

¹² Parecer exarado no Processo TRT/RO-0824/93.

¹³ Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

De contraparte, o efeito vinculante – cuja amplitude fora remarcada no *item 3*, acima – se presta a impedir, por parte do Poder Judiciário e da Administração Pública municipal, estadual e federal, a repetição do ato tido por incompatível com a Constituição.

Nesse sentido, não apenas os órgãos jurisdicionais têm a sua liberdade contrita pela decisão, mas também a Administração Pública deve se abster quanto à prática de atos que simplesmente concretizem o ressurgimento da norma violadora da Constituição.

A eficácia *erga omnes*, de modo semelhante, produz efeitos no âmbito legislativo para suspender a operatividade da norma reputada inconstitucional; no entanto, no sistema do direito positivo brasileiro, não foi considerada a viabilidade de contenção *ad aeternum* da função estatal legiferante no que respeita ao conteúdo da decisão declaratória da inconstitucionalidade proferida pelo STF. Permite-se, portanto, no Brasil, que o Poder Legislativo renove o conteúdo de norma tida por inconstitucional pelo STF, pois não se estendeu o efeito vinculante à atuação do legislador. A partir daí, duas conclusões podem ser admitidas: i) os Poderes Legislativos da União, dos estados, do Distrito Federal (por analogia, já que não referido expressamente na Lei n. 9.868/99) e dos municípios podem editar leis fixando a transposição automática, mesmo após a decisão do STF; ii) para as unidades federativas que não lograrem aprovar leis do gênero, valerá para todos os efeitos a decisão do STF, marcadamente para se impedir a persistência quanto à inclusão de servidores celetistas no quadro estatutário.

No que concerne especificamente aos servidores públicos celetistas transpostos para o regime jurídico único por força da dicção do art. 243 e § 1º da Lei n. 8.112/90¹⁴, o mesmo raciocínio há de ser empregado quanto à inconstitucionalidade da transposição.

Nesse passo, por mais radicais que possam parecer, os efeitos da decisão fulminam *ab initio* a transposição e a transformação de empregos em cargos públicos dos servidores federais cuja situação jurídico-funcional esteja adequada ao disposto no art. 243 da Lei n. 8.112/90.

Reconheço que o transtorno será inegável. Mas o art. 27 da Lei n. 9.868/99 prevê que

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Mesmo sabendo-se que o Acórdão não poderia ter utilizado a regra excepcional do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em virtude do simples fato de que a norma não existia à época de sua prolação, parece acertado concluir que, se agora vier o STF a ser instado a se pronunciar

¹⁴ Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo da prorrogação. § 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

sobre o tema, poderá dela se valer de sorte a evitar a instalação de grande insegurança no serviço público federal.

6 A ADIn n. 1.150-2-RS e a questão previdenciária

O excerto versa sobre as repercussões da ação no contexto do direito do trabalho.

É irresistível, no entanto, apontar igualmente as conseqüências de natureza previdenciária, máxime porque se encontra o tema na ordem do dia da agenda política e interessa, de perto, a milhões de brasileiros.

Por isso convém ressaltar que as repercussões da decisão do STF na medida analisada não estão adstritas ao plano da competência material trabalhista ou ao próprio direito do trabalho; transcendem para reproduzir notáveis alcances na questão previdenciária.

Se não era admissível a transposição, logicamente não se autoriza a inclusão de agentes transpostos de forma indevida no rol de beneficiários da previdência dos servidores públicos.

Dois são os regimes previdenciários acolhidos pela Constituição: o geral, que contempla o público (art. 40 e parágrafos) e o privado (art. 201 e parágrafos), e o de natureza complementar (art. 202 e parágrafos).

Na linha da decisão do STF, os servidores transpostos não estão cobertos pelo regime previdenciário geral público, mas sim pelo da iniciativa privada, à semelhança do que acontece com milhões de trabalhadores brasileiros.

Poderiam alguns argumentar sobre a inconveniência de atribuição de efeitos *ex tunc* ao provimento judicial do STF, visto que geraria grande insegurança jurídica e traria, por outro lado, a obrigatoriedade de pagamento de parcelas típicas do contrato de trabalho (como é o caso do FGTS) desde o início da transposição inconstitucional, circunstância que acarretaria grave déficit público.

A ponderação não deixa de suscitar efeitos importantíssimos e decorrentes da retroeficácia do acórdão declaratório; mesmo assim, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 esclarece que

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Ora, parece evidente que a prerrogativa conferida aos ministros do STF vai ao encontro da reclamada segurança jurídica, não se justificando o porquê do surgimento de incertezas no tocante aos efeitos da declaração. Muito pior, mas muito pior mesmo, seria – como, na verdade, está ocorrendo – a indiferença acintosa a uma decisão do STF, que se identifica como ato insolente ao Estado Democrático de Direito.

7 Conclusão

Diante do exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

- a decisão na ação direta de inconstitucionalidade, do mesmo modo como se opera na ação declaratória de constitucionalidade e na ADPF, produz eficácia contra todos e efeito vinculante; o efeito vinculante se diferencia da eficácia *erga omnes* porque impede a repetição do ato de caráter normativo tido por inconstitucional; os Poderes Legislativos das unidades da Federação brasileira não estão juridicamente proibidos de repetir o conteúdo da norma reputada incompatível com a Constituição pelo STF, desde que a eles se não dirige o efeito vinculante;
- se a hipótese de transposição automática teve por beneficiários servidores públicos *lato sensu* “nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários”, tem-se por certo que tais agentes não ingressaram no serviço público com reverência à regra do concurso público consubstanciada no art. 37, II, da Constituição, nem poderiam ser considerados estáveis à luz do art. 19 do ADCT, porquanto somente servidores contratados até 5 de outubro de 1983 estariam sob o pálio da estabilidade constitucional, e mesmo assim não seriam ocupantes de cargo de provimento efetivo à conta da redação do § 1º do art. 19 do ADCT;
- o entendimento consubstanciado na OJ n. 128 se apresenta em total rota de colisão com o julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS, carecendo de pedido de revisão a ser promovido pelo Procurador-Geral do Trabalho, sendo a base normativa para tal proceder o art. 83, VI, da LC n. 75/93, ainda que não se encontre expressamente fixada a atribuição no que concerne ao instituto da orientação jurisprudencial;
- a necessidade de reconhecer-se a existência de um quadro em extinção composto de servidores públicos celetistas não-concursados e não-estabilizados pela regra do art. 19 do ADCT conduz ao claro juízo quanto ao completo descabimento de incidir a prescrição bienal assentada no Enunciado n. 362 do TST;
- no sistema do direito positivo brasileiro, não foi considerada a viabilidade de contenção *ad aeternum* da função estatal legiferante no que respeita ao conteúdo da decisão declaratória da inconstitucionalidade proferida pelo STF. Permite-se, portanto, no Brasil, que o Poder Legislativo renove o conteúdo de norma tida por inconstitucional pelo STF, pois a ele não se estendeu o efeito vinculante;
- na linha da decisão do STF, os servidores transpostos não estão cobertos pelo regime previdenciário geral público, mas sim pelo da iniciativa privada, à semelhança do que acontece com milhões de trabalhadores brasileiros.

O MPDFT E A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A LEITURA CERTA DAS LINHAS TORTAS

*Marcello Paranhos de Oliveira Miller**

1 Introdução

A reforma do regime de previdência dos servidores públicos que está sendo proposta pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva prevê, tal como aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados, modificações em ao menos uma disposição constitucional que não veicula matéria exclusivamente previdenciária. O inciso XI do art. 37 da Constituição da República passaria a vigorar com a seguinte redação:

XI – 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 subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal deixaria, assim, de funcionar como teto nacional para a remuneração e a aposentadoria de agentes públicos dos três Poderes e do Ministério Público. Passariam a ser distintos, conforme a esfera federativa, os paradigmas de fixação dos limites máximos de remuneração e aposentadoria: na União, o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal funcionaria como teto único para os três Poderes e o Ministério Público; em cada um dos estados e no Distrito Federal, haveria três tetos, o do Executivo (subsídio do governador), o do Legislativo (subsídio dos deputados) e o do Judiciário (subsídio dos desembargadores, limitado a 90,25% do subsídio dos ministros do STF), este último extensivo ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos Procuradores, entendidos estes como os representantes judiciais do estado; nos municípios, o teto seria único (o subsídio do prefeito), sob condição de ser inferior aos

* Marcello Paranhos de Oliveira Miller é Procurador da República e ex-Promotor de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

dois paradigmas cabíveis – do Executivo e do Legislativo – do estado onde se situar o município.

A parte da nova redação do inciso XI do art. 37 da Constituição que interessa ao MPDFT é a que prevê três tetos não apenas para os estados, mas também para o Distrito Federal, na equivocada suposição de que o Distrito Federal conta com estruturas judiciárias e de funções essenciais à justiça equivalentes às dos Estados. O presente artigo limita-se à análise das consequências administrativas, funcionais e institucionais da nova redação, caso aprovada como acima transcrita, para o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; suas conclusões também podem ser válidas, contudo, *mutatis mutandis*, para a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja posição constitucional muito se assemelha à do MPDFT¹.

2 Distrito Federal e Territórios – especificidades e pontos de proximidade institucional

O Distrito Federal recebeu da Constituição de 1988 a maior parcela de autonomia de que já desfrutou em sua história, a qual remonta ao antigo município neutro, sede da corte imperial. Apesar de sua autonomia atual, seria miopia institucional concebê-lo como equiparado aos estados da Federação. Um dos motivos está no próprio conceito de *distrito*, que corresponde à divisão administrativa de um município, donde a vedação constitucional da subdivisão do Distrito Federal em municípios. Outro motivo está na atribuição ao Distrito Federal, pela Constituição, de competências legislativas e tributárias estaduais e *municipais*, como forma de não deixar em segundo plano sua vocação local. Mas talvez o principal motivo esteja na finalidade constitucional dessa unidade federada, que existe apenas para abrigar o governo federal. O surgimento dos estados está ligado a circunstâncias históricas, condicionamentos econômicos ou conveniências políticas; o Distrito Federal surge para preencher uma *função*.

As imbricações institucionais entre o Distrito Federal e a União decorrem dessa função, ou, mais especificamente, da premissa de que seu adequado desempenho não pode prescindir de considerável parcela de colaboração da União. À presença material do governo federal deve corresponder, em nível local, percepção direta de sua autoridade; daí por que em tantos outros Estados Federais, como a Argentina, os EUA e o México, o governo central tenha competências próprias no que diz respeito à manutenção da lei e da ordem na capital federal.

¹ A Constituição da República também atribui à União competência para organizar, manter e disciplinar a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios. A inércia da União – que só há menos de dois anos realizou o primeiro concurso para provimento de cargos de Defensor Público da própria União – determinou a criação, pelo governo do Distrito Federal, de órgão distrital à guisa de *Defensoria Pública*. A iniciativa não chega a configurar usurpação de competência, pois tal órgão não é nem pretende ser a Defensoria Pública do Distrito Federal, mas apenas constitui órgão público voltado para assistência jurídica aos necessitados. A macrofunção institucional da Defensoria Pública constitui, ademais, serviço de natureza assistencial, cuja prestação não precisa ser estatal: pode ser oferecido até mesmo por escritórios de advocacia privada, como ocorre em larga escala nos EUA (a chamada “representação *pro bono*”). A essencialidade da Defensoria Pública à Justiça decorre, portanto, do serviço público essencial que presta aos necessitados ao possibilitar seu acesso às cortes. Diferente é o caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, em que avulta, ao lado de sua também indiscutível relevância social, a nota de sua essencialidade *ao próprio Estado* – daí decorrem suas prerrogativas institucionais e as de seus membros.

Escaparia à compreensão do cidadão comum que o governo federal, símbolo maior do poder republicano, deixasse de assumir as responsabilidades dessa seara – ao menos dessa seara – no distrito de sua sede. Ofenderia a lógica da repartição de competências que o governo federal, embora suas instituições de cúpula requeiram condições especiais de segurança e mobilizem interesses em escala superior, deixasse de fazer uso direto de meios e recursos próprios para esses fins no distrito de sua sede. Em circunstâncias históricas de polarização político-partidária, a possibilidade de coabitação de forças políticas opostas na cúpula do governo local e na do governo federal poderia – na perspectiva de plena autonomia do primeiro nas matérias relativas à defesa da ordem jurídica e à manutenção da ordem pública – criar dificuldades de toda sorte ao segundo: podem-se imaginar desde discordâncias sobre segurança de prédios federais e definição de áreas de segurança até a nomeação de Procurador-Geral de Justiça com visão de política criminal oposta à do governo federal e disposto a lançar mão dos instrumentos hermenêuticos cabíveis para fazer valer seus pontos de vista.

O Distrito Federal não é, em suma, unidade federada equiparada ou equivalente a qualquer outra. Conta com o que José Afonso da Silva chama de *autonomia tutelada*, pois o Constituinte incumbiu à União a organização e a manutenção de todo o aparato distrital de segurança pública e defesa da ordem jurídica – Polícias Civil e Militar, Corpo de Bombeiros Militar, Ministério Público, Justiça e Defensoria Pública. Incumbiu a União, ademais, privativamente, de legislar sobre a organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal, e previu que lei *federal* disporá sobre a utilização, pelo governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

Os Territórios, por sua vez, constituem descentralizações administrativas da União com projeção territorial. Não são entes federativos. Servem à necessidade de presença material do governo central em determinadas porções do território, seja para garantir a presença do Estado em face de fatores externos (e.g., necessidade de ocupação e dinamização de área de fronteira) ou internos (e.g., necessidade estratégica de desenvolvimento institucional em região empobrecida de Estado igualmente carente).

O fato de não existirem, hoje, Territórios Federais é mera contingência. A Constituição disciplina, no § 2º do art. 18, sua criação e dispõe, no art. 33 de modo central e em outros dispositivos de forma esparsa, sobre múltiplos aspectos de sua vida institucional. Circunstancia e reitera que, nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, haverá Justiça de primeira e segunda instâncias, Ministério Público e Defensoria Pública, *todos federais*, em óbvia decorrência do caráter federal dos próprios Territórios. Fica claro, portanto, que o Constituinte nunca pensou em descartar a existência dos Territórios. Ressalte-se que há mais de vinte projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de criar Territórios Federais. Se as atuais necessidades de ajuste fiscal subordinam os interesses estratégicos que poderiam levar à aprovação desses projetos, o quadro futuro pode não ser o mesmo.

O Distrito Federal e os Territórios foram concebidos como *unidades funcionais à União*, aquele com autonomia tutelada, estes integrados na União com natureza autárquica. A forma federativa do Estado brasileiro assenta, entre várias outras engrenagens, nos

mecanismos constitucionais de convivência da União com o Distrito Federal, que garantem o pleno funcionamento dos Poderes da União em sua sede.

3 A posição constitucional do MPDFT

O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios foi concebido pelo Constituinte de 1988 como um dos quatro ramos do Ministério Público da União, ao lado do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Militar – é o que prevê o art. 128, I, “d”, da Carta Política. A pertinência federal do MPDFT também é afirmada pelo art. 21, XIII, da Constituição, que prevê como competência da União organizar e manter o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; pelo art. 22, XVIII, que atribui à União competência privativa para legislar sobre a organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; e pelo art. 33, § 3º, que prevê a existência de membros federais do Ministério Público nos Territórios Federais que abriguem mais de cem mil habitantes.

O Constituinte originário não poderia ter sido mais claro: quis o MPDFT como instituição federal e assegurou seu desiderato tanto na repartição de competências entre os entes federativos quanto no desenho institucional do Ministério Público da União. A opção decorre das naturezas jurídicas específicas tanto do Distrito Federal quanto dos Territórios.

A obra do Constituinte originário dialoga com as gerações futuras, porque se pretende permanente. Supõe não apenas o Brasil de hoje, premido pela necessidade de ajustes estruturais, mas também o Brasil de amanhã, em que a necessidade de presença material do governo central no Distrito Federal seja mais evidente do que hoje (basta pensar em situações de crise de segurança pública) ou surja a necessidade de presença federal maciça e organizada em parte do território (como poderia ocorrer na hipótese de agravamento e transbordamento de conflitos internos em países vizinhos). A pertinência do MPDFT à União, como de resto a da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, faz parte do concerto estrutural, estratégico e de longo prazo da Federação brasileira.

José Afonso da Silva escreve esclarecedoras linhas a respeito do assunto:

“Nos Estados, a técnica das substituições eventuais, no caso de impedimento do Governador e do Vice ou na hipótese de vacância de ambos os casos, consiste em se estabelecer, na Constituição estadual, que serão chamados sucessivamente ao exercício do cargo o Presidente da Assembléia e o Presidente do Tribunal de Justiça. Essa solução não pode ser inteiramente acolhida no Distrito Federal [...] não cabe outorgar ao Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal essa prerrogativa pela simples razão, adiante referida, de que esse Tribunal não integra a estrutura do Poder governamental do Distrito Federal” (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 555-556).

Ao tratar do Poder Judiciário no âmbito do Distrito Federal, é ainda mais explícito o constitucionalista:

“[...] o Poder Judiciário *no* Distrito Federal, em verdade, não é dele, pois, nos termos do art. 21, XIII, compete à União *organizar e manter* o Poder Judiciário *do* Distrito Federal: ‘do’ no texto constitucional não indica uma relação de pertinência, mas de simples localização, significando aquele que atua no território da unidade federada. Se é à União que cabe organizar e manter é que o órgão é dela, embora destinado ao Distrito Federal” (op. cit., p. 556 – grifos originais).

Suas conclusões sobre as Funções Essenciais à Justiça no Distrito Federal vão no mesmo diapasão:

“Constituem-se, como nos Estados, do Ministério Público do (no) Distrito Federal, da Defensoria Pública do (no) Distrito Federal e da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. As duas primeiras instituições são também organizadas e mantidas pela União no Distrito Federal (art. 21, XIII). Não são dele, portanto. Por isso é que, como dissemos, cabe à União legislar sobre sua organização (art. 22, XVIII). Conseqüentemente, o art. 128 insere o Ministério Público do Distrito Federal no Ministério Público da União [...]” (op. cit., p. 556).

A Lei Orgânica do Distrito Federal ratifica essas conclusões ao prever como Poderes Distritais apenas o Executivo e o Legislativo e excluir o Judiciário da linha sucessória do Executivo². A lógica que preside a inexistência de Judiciário e Ministério Público organicamente integrados no Distrito Federal está positivada na lei distrital maior.

4 Conseqüências administrativas e funcionais do caráter federal do MPDFT

As atribuições do MPDFT são estruturalmente nacionais e contingentemente locais. A atuação exclusivamente local que hoje caracteriza esse ramo do MPU pode criar, para quem não tem presentes as peculiaridades federativas do Distrito Federal, a ilusão de ótica de um órgão com vocação distrital. A relevância nacional e a repercussão federativa da defesa da ordem jurídica no Distrito Federal já foram, contudo, objeto de ponderação neste estudo e servem como explicação e justificativa da atual posição institucional do MPDFT.

A existência de órgãos federais com atribuições predominante ou exclusivamente locais ou regionais não tem no MPDFT seu único exemplo, nem é peculiaridade de nosso federalismo. A *Tennessee Valley Authority* (TVA), criada pelo governo de Franklin Roosevelt com o objetivo de fomentar a atividade econômica em uma das mais empobrecidas regiões do EUA à época, ilustrou a possibilidade jurídico-constitucional, mesmo na mais descentralizada federação do mundo, de criar-se ente federal com atribuições exclusivamente regionais.

² “Art. 93. Em caso de impedimento do Governador e do Vice-Governador, ou de vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da chefia do Poder Executivo o Presidente da Câmara Legislativa e o seu substituto legal. [...]”

Art. 94. Vagando os cargos de Governador e Vice-Governador do Distrito Federal, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga, devendo os eleitos completar o período de seus antecessores, na forma do art. 81 da Constituição Federal.”

Mais do que isso: revelou a existência de situações nas quais não é possível dissociar o interesse nacional da dimensão local.

O modelo da TVA foi seguido no Brasil, com a criação das superintendências regionais de desenvolvimento, que hoje subsistem na Amazônia e no Nordeste na forma institucional de agências executivas, isto é, autarquias federais de regime especial. Não há dúvida de que, apesar de suas atribuições serem exclusivamente regionais, a atuação dessas entidades tem repercussão nacional, na medida em que o desenvolvimento regional beneficia a todo o país. Isso basta para justificar seu caráter federal.

Poder-se-ia cogitar, ainda, de contingências que viessem a reduzir a dimensões locais o escopo territorial de atuação de órgãos federais cuja atuação é, hoje, nacional. Se o interesse em prol do qual tais órgãos atuam seguisse sendo nacional, não haveria por que destituí-los de sua posição federal.

Há, por fim, exemplos de órgãos federais exclusivamente locais de atuação predominantemente local, mas cuja natureza nunca se pôs em discussão. Basta pensar nas Universidades Federais, nos Hospitais Federais, nos Museus Federais e na Biblioteca Nacional. Isso ocorre porque sempre é e sempre foi lícito à União atuar em qualquer escala ou dimensão – o critério deve ser a relevância federativa de sua atuação.

Como instituição federal e ramo do MPU, o MPDFT está sujeito, em sua organização e na conformação do estatuto de seus membros, à lei federal. Trata-se de elementar premissa jurídico-administrativa. Raciocínio diverso conduziria a curiosa situação, na qual, por exemplo, as delegacias regionais dos Ministérios estariam sujeitas à legislação dos estados em que tivessem sede, ou o quadro de pessoal da Biblioteca Nacional teria seu estatuto regido pela legislação do Estado – ou do Município – do Rio de Janeiro.

5 O novo inciso XI do art. 37 da Constituição – lapso legislativo ou fraude à Constituição?

Seria lícito à União renunciar à parcela da vida institucional do Distrito Federal cuja organização e manutenção o Constituinte originário lhe outorgou? A federação brasileira comportaria a hipótese de o governo central sujeitar-se a contingências locais em matérias como a aplicação da lei e a manutenção da ordem, tão intimamente relacionadas com o princípio da autoridade, peça-chave de legitimação do exercício do poder? A renúncia pela União a essa parcela da vida institucional do Distrito Federal não seria fator de desequilíbrio e desestabilização das relações entre os dois entes federativos? Seguiria existindo um *Distrito Federal* após tal renúncia?

Ou a nova redação do inciso XI do art. 37 da Constituição da República incorreu em lapso quanto à compreensão da natureza do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça no Distrito Federal, ou parece querer dar resposta superficial ao menos a algumas dessas indagações. Ou o Constituinte reformador previu três tetos para o Distrito Federal (i) por repetição mecânica da tendência a legislar para o Distrito Federal do mesmo modo como para os estados, ou (ii) porque imaginou que, com base em falsa percepção de paralelismo, poderia submeter órgão federal a disciplina específica de órgãos estaduais, ou

ainda (iii) porque quis inserir na estrutura orgânica *do* Distrito Federal o Poder Judiciário e o Ministério Público que até agora a União organiza e mantém *no* Distrito Federal.

É mais provável que a primeira opção seja verdadeira. Embora seja regra de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis, a experiência tem demonstrado queda acelerada na qualidade lingüística e na coerência normativa dos textos legislativos mais recentes. A doutrina e a jurisprudência dão exemplos de vários casos em que não há saída interpretativa fácil para textos legislativos produzidos no último decênio, com longos segmentos de leis tendo sido considerados letra morta ou recebido interpretação corretiva.

Se a segunda opção é verdadeira, cabe ressaltar o equívoco da premissa de que partiu o Constituinte reformador. É falso o paralelismo entre, de um lado, o Poder Judiciário e o Ministério Público que *pertencem aos estados* e, de outro lado, o Poder Judiciário e o Ministério Público que *funcionam no Distrito Federal*, porque estes últimos são instituições federais com dúplice finalidade constitucional: foram instituídas *para* o Distrito Federal e também *para* os Territórios Federais – seu escopo constitucional é *nacional*; sua dimensão local é *contingente*.

Se a premissa é equivocada, a conclusão é teratológica: é obviamente incompatível com o princípio federativo a heteronomia que o Constituinte reformador teria previsto ao sujeitar o quadro de pessoal de um órgão federal a regras destinadas a incidir em âmbito estadual, e não à regra aplicável à espécie em âmbito federal. Se isso fosse possível, o Constituinte reformador poderia também submeter, por conta das necessidades de ajuste fiscal, o quadro de pessoal das universidades federais aos limites de remuneração vigentes nos estados em que cada uma delas se situasse.

A terceira opção incorreria em autêntica fraude à Constituição. O Constituinte reformador, além de renunciar à possibilidade constitucional de criação de Territórios, porque não se concebe que pudessem existir Territórios sem Justiça e suas Funções Essenciais providas pela União, estaria renunciando a praticamente todos os mecanismos constitucionais de contrapeso federal à autonomia do Distrito Federal. Seria a primeira vez na história do país e na experiência federativa mundial, que não traz exemplos de Estados federais cujos governos centrais tenham sede em ente federativo com grau de autonomia comparável à do Distrito Federal brasileiro. A comparação leva a indagar se a renúncia pela União à competência de organizar e manter a Justiça e o Ministério Público que funcionam no Distrito Federal – na medida em que se trata de mecanismo constitucional que lhe permite tutelar a autonomia do Distrito Federal – seria compatível com o *princípio federativo* e com o *modo de ser* da federação brasileira.

Com uma única penada, cairia por terra a idéia do Constituinte originário, expressa em múltiplas disposições constitucionais, de criar instituições federais para exercerem o Poder Judiciário e as Funções Essenciais à Justiça nos entes territoriais que houvessem de manter relação de tutela funcional com a União. Ressalte-se que tal penada não faria referência a nenhuma dessas disposições, pois não há, no texto da proposta de emenda, revogação expressa de nenhuma delas.

6 A leitura certa das linhas tortas – proposta de interpretação corretiva do novo inciso XI do art. 37

Há ao menos uma solução exegética capaz de preservar os propósitos do Constituinte originário para as relações federativas entre a União e o Distrito Federal e para a posição institucional do Poder Judiciário, do Ministério Público. Essa solução prescindiria de considerar letra morta o disposto no novo inciso XI, superaria a miopia institucional tendente a aplicar àquele conjunto de órgãos federais o “subteto judiciário estadual” e não lhe daria nova inserção federativa. O princípio de exegese a utilizar seria o de que antinomias não se presumem; o método seria o sistemático; o resultado seria restritivo do alcance da nova disposição.

Deve-se entender que a regra dos subtetos estaduais somente poderá ser eficaz no Distrito Federal em relação aos Poderes distritais propriamente ditos: o Executivo e o Legislativo. *Na medida em que a própria Constituição da República estabelece que o Poder Judiciário e o Ministério Público que funcionam no Distrito Federal são instituições federais cuja finalidade não se esgota em sua atuação distrital, fica claro que não existe algo na linha de um “Poder Judiciário do Distrito Federal” ou de um “Ministério Público do Distrito Federal”.* A respeito deste último, a Carta não poderia ser mais explícita em seu art. 128 quanto à pertinência federal e ao escopo dúplice. *Em relação a essas duas instituições, sua explícita pertinência federal e seu escopo de atuação transcendente ao Distrito Federal as inserem entre os Poderes e Funções Essenciais à Justiça da União, o que lhes torna aplicável o teto federal unificado do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal.*

As peculiaridades federativas do Distrito Federal sempre devem nortear a interpretação de normas a ele relativas, sobretudo diante da tendência legislativa de estender-lhe indiscriminadamente a disciplina das questões estaduais. *A atitude hermenêutica apropriada diante dessa tendência deve partir da premissa de que sempre está implícita, em todas as normas que atribuem tratamento ao Distrito Federal igual ao dos estados, uma cláusula implícita de extensão condicionada, como se nessas normas sempre estivesse escrita a locução “no que couber e apenas no que couber”.* Deixar de lado essa precaução exegética, que apenas parece trivial, pode ser alternativa de custo federativo alto.

No que diz respeito à Justiça e ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, as várias disposições constitucionais originárias que tratam dessas duas instituições revelam mecanismo federativo de estirpe federal. A própria Lei Orgânica do Distrito Federal está estruturada em torno desse mecanismo. A pertinência desse *modus essendi* encontra amplo amparo no direito comparado.

Impõe-se, portanto, seja por simples raciocínio de direito administrativo, seja em face de considerações constitucionais sobre a Federação brasileira, a conclusão de que *não cabe* aplicar o novo subteto judiciário à Justiça e ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, instituições federais e de relevância federativa.

PERÍCIA: SUA RELEVÂNCIA NOS PROCESSOS EM GERAL E NA ATUAÇÃO DO MPU

*Menildo Jesus de Sousa Freitas**

1 Introdução

A perícia é instrumento essencial para nortear a tomada de decisões e/ou julgamento, quer seja no âmbito do Judiciário, quer seja em procedimentos administrativos, e até entre particulares, nos casos de mediações e arbitramentos, tratando-se de tema técnico e/ou científico que requeira elucidação de fato ou fatos ligados à formação de profissional devidamente habilitado. Neste artigo, buscamos demonstrar a relevância da perícia, partindo de uma visão geral e histórica, para, depois, particularizá-la como instrumento auxiliar na missão institucional do Ministério Público da União, demonstrando-se por meio de alguns trabalhos de perícia contábil realizados no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Não temos, no entanto, a pretensão de esgotar o assunto.

2 Histórico

Achados históricos revelam a existência da perícia desde os primórdios da civilização, ainda que de forma intuitiva, dadas as características patriarcais daquelas sociedades, cujo líder exercia de forma cumulativa as atribuições de juiz, legislador e executor. Da Índia se tem notícia, por intermédio de registros, da figura do árbitro que era eleito pelas partes, desempenhando a tarefa de perito e juiz simultaneamente.

No antigo Egito e na Grécia, com o nascimento e desenvolvimento das instituições jurídicas, quando necessário, recorria-se a pessoas que detivessem conhecimento especializado.

No Direito Romano, a figura do perito ficou plenamente caracterizada, ainda que associada à figura do árbitro, dispondo acerca do laudo como se fosse a própria sentença, dado o seu valor probatório. Mas foi somente na Idade Moderna que o perito se desvinculou da figura do árbitro: “A partir do século XVII, criou-se definitivamente a figura do perito como auxiliar da justiça, e perito extrajudicial, permitindo assim a especialidade do trabalho judicial” (SÁ, 1997, p. 13).

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1939, arts. 208 e 254, tratava da perícia, regulando-a, dispondo sobre a forma de nomeação pelo juiz e indicação pelas partes.

Atualmente, a Lei n. 5.896, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil em vigor, dispõe acerca da perícia e do perito em seus arts. 145, 146, 147 e 421 a 439, e sobre a inspeção judicial, que poderá ser assistida por perito, no art. 441.

* Menildo Jesus de Sousa Freitas é Analista Pericial em Contabilidade, do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, especialista em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestrando em Ciências Contábeis com concentração em Contabilidade Empresarial e professor da Faculdade Milton Campos/MG.

No âmbito do Ministério Público da União, a perícia, ou, mais precisamente, o cargo de Perito, está devidamente consolidado. Inicialmente, por meio da Lei n. 8.628, de 19 de fevereiro de 1993, que, no inciso II do art. 2º, caracteriza-o como a atividade especializada na realização de perícias e exames necessários às atividades institucionais, cujo requisito é formação superior nas diversas áreas que cita: Contabilidade, Engenharia, Biologia etc. Posteriormente, por intermédio da Lei n. 10.476, de 27 de junho de 2002, tratou-se do desmembramento das carreiras de Analista e Técnico, incluindo os peritos na primeira, mantendo-se, como não poderia deixar de ser, a exigência de curso superior.

3 Definição

A palavra perícia tem origem no latim *peritia*, que significa conhecimento, experiência.

Podemos dizer, sem receio de estarmos extrapolando, que a perícia é inerente ao espírito humano, investigador por natureza, nunca se contentando com o que lhe é posto à frente, seja pela natureza, seja pelos seus semelhantes; por isso mesmo, a perícia pode se revestir ou buscar guarida em qualquer área do saber humano: “[...] a perícia é o testemunho de uma ou mais pessoas técnicas, no sentido de fazer conhecer um fato cuja existência não pode ser acertada ou juridicamente apreciada, senão apoiada em especiais conhecimentos científicos ou técnicos” (D’ÁUREA, 1953, p. 134).

4 Tipos de perícia

Várias são as situações em que não se pode prescindir da perícia, dado o especializado conhecimento exigido na elucidação de questão posta em julgamento, sendo sempre requerida onde reside a dúvida, necessária, portanto, para elucidação de situação, coisa ou fato.

4.1 Perícia judicial

É aquela que tem toda uma especificidade regradada pela lei, mais precisamente o Código de Processo Civil, que dispõe no seu art. 420 que a prova pericial consistirá em exame, vistoria e avaliação. A perícia judicial, ainda com base no citado diploma legal, art. 145, poderá ser determinada de ofício pelo juiz, quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico, cabendo ao perito, nomeado dentre profissionais com formação superior, o encargo de assistente do juiz. Trata-se verdadeiramente de um ônus, com observância obrigatória dos ritos e prazos ditados pela lei.

A perícia judicial, no que concerne ao desempenho das atribuições dos peritos do Ministério Público da União, pode ocorrer de duas formas:

- a) quando o Ministério é parte da lide, ou seja, atua como órgão agente, cabe-lhes o encargo de peritos assistentes do Ministério Público, denominação que é prevista no inciso I do § 1º do art. 421 do Código do Processo Civil, devendo-

se observar fielmente os ritos e prazos estabelecidos no código, manifestando-se por meio do competente laudo;

- b) quando o Ministério não é parte da lide e atua como órgão interveniente ou comumente denominado fiscal da lei, cabe aos peritos, dado o interesse público, sempre que necessário, manifestarem-se dentro da sua área de formação ou conhecimento, auxiliando o Membro no deslinde de questão ou questões específicas, manifestando-se mediante o competente parecer técnico.

4.2 Perícia administrativa

É aquela realizada em atendimento a demanda administrativa ou estatal, podendo se dar no curso de um procedimento investigatório policial, ou não, parlamentar ou meramente administrativo, cujas autoridades requisitantes do trabalho pericial têm poder jurisdicional que lhes é delegado pela lei. Em todos os casos, assemelha-se à perícia judicial, podendo o procedimento resultar, se e quando necessário, no ajuizamento da ação competente (civil, penal etc.), fazendo-se uso do trabalho pericial realizado como prova.

Aqui se enquadra o trabalho do perito do Ministério Público, quando o MP, em atendimento ao disposto na Constituição Federal, agindo dentro das suas funções institucionais, abre o competente procedimento administrativo. Para tanto, expede notificações requisitando informações, documentos para instruí-lo ou efetua diligências. Quando do atendimento ao requerido e da respectiva juntada de documentos, necessita-se, na maioria das vezes, dada a especificidade do teor dos documentos requisitados ou da situação, coisa ou fato, de manifestação do perito, devidamente fundamentada nos seus conhecimentos técnicos ou científicos. O mesmo ocorre quando das diligências. Muitas vezes se faz necessária a presença do perito, em decorrência da especificidade do assunto, coisa ou fato a ser devidamente elucidado.

4.3 Perícia arbitral

A perícia arbitral não decorre da intervenção do Poder Judiciário, ou seja, as partes em litígio buscam a solução da pendência por intermédio de uma pessoa estranha ao caso, o árbitro, que pode ser um perito ou se valer do trabalho deste. A lei confere-lhe valor de perícia judicial, mas sua natureza é extrajudicial, já que cabe às partes em litígio dispor livremente sobre as regras que deverão ser aplicadas quando do arbitramento.

A Lei n 9.307, de 23 de setembro de 1996, também chamada de Lei da Arbitragem, outorga às pessoas capazes de contratar o poder de valer-se da arbitragem para resolver litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, podendo, a critério das partes, instituir o chamado procedimento arbitral, tudo devidamente acertado por meio da convenção de arbitragem, descrita na cláusula compromissória, ou pelo compromisso arbitral.

Por intermédio da cláusula compromissória, as partes se dispõem a submeter ao juízo arbitral as questões que possam surgir no cumprimento ou descumprimento de um

contrato, desde que este contenha cláusula que assim o determine, desonerando-se os órgãos do Poder Judiciário do conhecimento da matéria e conferindo-se o poder jurisdicional para tanto ao(s) árbitro(s) escolhido(s) pelas partes.

Com o advento da lei, tornou-se obrigatório o cumprimento da cláusula compromissória, desde que inserida nos contratos. Caso uma das partes não se disponha a cumprir o compromisso firmado, ou seja, não queira submeter o litígio ao juízo arbitral, a parte interessada na resolução da questão por meio da arbitragem, como originariamente contratado, poderá acionar o Poder Judiciário para compelir a parte resistente a cumprir o que foi formalmente convencionado.

É importante frisar que, para que as partes submetam a solução do conflito à arbitragem, é necessário que este esteja afeto ao direito patrimonial disponível; assim sendo, não se incluem no âmbito do direito disponível as questões relativas a direito de família, principalmente ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos etc.), aquelas relativas ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas a direito penal, entre tantas outras, uma vez que essas matérias estão fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contratantes, sendo-lhes imposta a vontade soberana do Estado.

5 Objetivo da perícia

O principal compromisso que deve ter o perito é com a busca da verdade, ou seja, lançar luz sobre a obscuridade da dúvida. Toda perícia é demandada em função de dúvidas ou incertezas acerca de determinado assunto, cabendo ao perito, por conseguinte, considerando-se a especificidade do objeto da lide, dentro de sua área de formação e conhecimento, aplicado de maneira científica, auxiliar o juiz, parte ou partes, prestando todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, utilizando-se dos meios necessários para o desempenho do seu encargo, como disposto no Código de Processo Civil, art. 429, ou seja, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruindo o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras peças.

6 Dos atributos do perito

Dentre tantos e importantes atributos que deve possuir o perito, podemos citar alguns mais importantes, que se aplicam a qualquer perito, independentemente da sua área de atuação ou formação:

- a) *Saber técnico-científico* – além do requisito legal do registro no respectivo órgão de fiscalização do exercício profissional, hoje está plenamente definida a exigência de que o perito tenha formação universitária; mas não é só isso, exige-se dele, também, o saber técnico-científico da matéria em discussão, requisito necessário para que possa aprofundar-se cientificamente na interpretação do

fato do qual detém a especialidade, visando levar até os autos a verdade real, da qual resultará a qualquer das partes a adequada aplicação da justiça no processo judicial ou extrajudicial. O saber técnico-científico requer do perito a educação continuada. Ele deve aprimorar-se sempre, perseguindo a melhor forma de apresentação do estudo da matéria objeto da ciência, além de estabelecer uma adequada fundamentação científica ao seu laudo ou parecer.

- b) *Vivência profissional* – é fundamental. A perícia versa sempre sobre matéria de fato, que muitas vezes não é atingida pelos conhecimentos teóricos puros de uma ciência, resultando dessa condição a integração entre conhecimento teórico e experiência profissional. A teoria define padrões de comportamento profissional, porém, a prática os torna pessoais, ou seja, dois peritos podem, sobre um mesmo evento, ter duas interpretações distintas. Existem práticas grosseiras, que saltam à vista até de leigos, entretanto, também existem práticas bastante sutis, que mesmo o perito encontra dificuldades em detectar, daí a extrema necessidade do equilíbrio e do bom senso, advindos da vivência profissional exigida de um perito.
- c) *Perspicácia e sagacidade* – conforme conceituação do *Dicionário Aurélio*, tem-se que essas duas palavras exprimem a qualidade profissional do perito relativa a sua capacidade de observação e concentração para identificar adequadamente o objeto de estudo, examinando, analisando, estudando profundamente, sem permitir desenvolver o trabalho de forma superficial.
- d) *Índole criativa e intuitiva* – embora fruto do íntimo dos seres humanos, em alguns desenvolvida e aprimorada de forma mais evidente, não implica dizer que o profissional que objetiva tornar-se um perito despreze tais particularidades.
- e) *Independência* – o perito deve evitar e denunciar qualquer interferência que possa constrangê-lo no desempenho de seu mister, não podendo, em hipótese alguma, subordinar sua apreciação a qualquer fato, pessoa, situação ou efeito que possam comprometer sua independência.
- f) *Sigilo* – deve-se guardar sigilo do que for apurado durante a execução de seu trabalho, quer por questão de ordem funcional ou ética; a primeira, demandada pelo órgão ou instituição à qual pertença; a segunda, pelo conselho de classe à qual esteja vinculado. A divulgação só será permitida quando houver obrigação legal de fazê-lo. O dever de observar o sigilo perdura, mesmo depois da entrega do laudo ou parecer.
- g) *Respeito ao limite de competência* – não pode nem deve o perito aceitar encargo que extrapole ou fuja do âmbito da sua formação ou conhecimentos. Deve abster-se sempre de manifestar-se acerca de ato ou situação que não lhe compete, tendo em vista a especificidade de conhecimento e/ou formação que são requeridas. Assim, por exemplo, não pode o engenheiro falar de Contabilidade ou o contador falar de Engenharia, tampouco o economista falar de Contabilidade, sendo verdadeira a recíproca.

7 Da forma de manifestação do perito

A manifestação do perito pode dar-se de duas formas: por intermédio da emissão de laudo ou de parecer.

- a) *Laudo* – é o documento formal, previsto no art. 421 do Código de Processo Civil, ao qual se atribui tal denominação nas perícias judiciais. É a peça escrita em que o perito se manifesta, de forma circunstanciada, clara e objetiva, acerca dos estudos, observações e diligências realizadas, critérios por ele adotados, resultados obtidos, cientificamente fundamentados e suas conclusões acerca da situação, coisa ou fato. Quando o Ministério Público é parte da lide, pelas definições e normas aplicáveis, cabe a elaboração e emissão de laudo.
- b) *Parecer técnico* – é a peça formal, escrita, resultante do trabalho do perito, quando chamado a emitir opinião acerca de outro laudo, documento, coisa ou fato, atrelado a determinado fato ou fim específico, resultando, por conseguinte, na emissão de opinião devidamente circunstanciada. Quando o Ministério Público atua como órgão interveniente, ou quando órgão agente na fase de procedimento administrativo, cabe o parecer técnico.

8 Alguns exemplos da atuação do perito contador do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região

A atuação do perito contador na Procuradoria Regional teve início em 1996, resultante de nomeação advinda do concurso público realizado em 1993. A manifestação do perito contador ocorre tanto quando da atuação da Regional como órgão interveniente quanto como agente; no segundo caso, tanto na fase administrativa quanto judicial.

8.1 Como órgão interveniente

O perito emite parecer técnico, auxiliando os Membros na elucidação de questões contábeis e/ou administrativas, dado o interesse público, quer pela discussão da matéria ou pela qualidade das partes (entes públicos das três esferas administrativas, suas fundações e autarquias), manifestando-se acerca das alegações lançadas nos recursos (Agravo de Petição, Recurso Ordinário, Ação Rescisória etc.). O trabalho não se resume simplesmente na manifestação do que está sendo discutido ou peticionado pelas partes, mas abrange todo o estudo dos autos, e, sempre que é detectado qualquer erro, principalmente quando envolve e/ou resulta prejuízo ao Erário, tudo é relatado de forma minuciosa, visto que, quando possível e admissível, o Membro, invocando interesse público requer que se proceda à correção necessária, geralmente de cálculos. O resultado desse anônimo trabalho é grandioso, principalmente quando se consegue reverter uma situação irregular e injusta que resultaria em prejuízo para o Erário e, em última instância, para todos nós contribuintes.

Com objetivo de ilustrar este trabalho, quando da atuação do Ministério Público como órgão interveniente, citamos parecer técnico emitido por ocasião da análise dos

autos 879/01, recurso de agravo de petição, em que eram partes a Universidade Federal de Viçosa, como agravante, e A. W. B. de C. e outros, na condição de agravados, no qual a instituição de ensino superior público alegava erro na aplicação dos juros de mora devidos e no valor arbitrado a ser pago ao perito oficial, nada mais.

Pela detida análise dos autos como um todo, com ênfase nos cálculos homologados, identificamos que o valor apurado pelo perito que atuou no feito, homologado pelo juízo, com a aquiescência do ente público, após manifestação de seu contador geral, sem que este tenha tido acesso à memória dos cálculos, uma vez que não fora juntada aos autos, alcançou a cifra absurda de R\$ 1.683.008,51, a valores de setembro de 2000, em virtude dos equívocos cometidos quando da sua feitura.

Em decorrência de decisão proferida em recurso de revista, imprimindo modificação na sentença original, foi determinado que o perito efetuasse novos cálculos, para que aplicasse o índice relativo à Unidade de Referência de Preço (URP), de abril e maio de 1988, proporcional a 7 dias, ou seja, 7/30 do índice original (cheio), de 19,16%, com repercussão nos meses de junho e julho, de forma não-cumulativa. Em nosso parecer, tomando alguns dos agravados como exemplo, efetuamos cálculos em estrita consonância com a decisão citada, colhendo os valores de salários pagos das fichas financeiras juntadas aos autos. Sobre os valores apurados, fizemos incidir a correção monetária e juros de mora devidos até 30 de setembro de 2000, mesma data dos cálculos oficiais, para fins de comparação e, ao final, obtendo – exemplificando com apenas o caso de um dos agravados – a seguinte situação:

Mês/ano	Salário pago	Índice devido	Salário devido	Diferença
Mar./88	125.630,70	0%	125.630,70	0
Abr./88	125.630,70	3,77% (7/30 de 16,19%)	130.379,54	4.748,84
Mai./88	125.630,70	3,77% (7/30 de 16,19%)	135.307,89	4.748,84
Jun./88	147.842,18	0%	135.307,89	0
Jul./88	173.980,67	0%	135.307,89	0

Atualização dos valores devidos em abril e maio de 1988 para 30.9.2000:

Abril/88 - Cz\$ 4.748,84 x 0,014164 = R\$ 67,26;
 Maio/88 - Cz\$ 4.748,84 x 0,012027 = R\$ 57,11.
 Total devido BRUTO em 30.9.2000 R\$ 124,37

Aplicação de juros, desde a inicial até 30.9.2000 (109,45%)

R\$ 124,37 x 2,0945 = R\$ 260,49.

TOTAL DEVIDO BRUTO EM 30.9.2000 ao agravado M. M. L. = R\$ 260,49 (duzentos e sessenta reais e quarenta e nove centavos).

TOTAL BRUTO APONTADO COMO DEVIDO PELO PERITO em 30.9.2000, fl. 502 = R\$ 9.778,95 (nove mil, setecentos e setenta e oito reais e noventa e cinco centavos).

Diferença maior indevida: R\$ 9.778,95 – R\$ 260,49 = R\$ 9.518,46.

Quando da decisão do recurso, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, com base no nosso parecer técnico juntado aos autos, determinou o refazimento dos cálculos, para que estes pudessem espelhar com absoluta fidelidade o comando da sentença exequenda, pois, segundo o que consta da referida decisão, a execução nada mais é que a efetividade do direito reconhecido na fase cognitiva. Eventual discrepância deve ser corrigida, sob pena de violação à *res judicata*, acolhendo, na íntegra, a arguição *ex officio* suscitada pelo MPT. Do referido Acórdão, destacamos:

“[...] Assim, estamos acordes com a decisão prolatada nos embargos (f. 526), e no parecer do douto *parquet* (f. 545, “b”), no sentido de que o equívoco não se verifica quanto à forma de apuração dos juros de mora, que obedeceu ao disposto no art. 39 da Lei n. 8.177/91. Mas, sim, como explicado no substancioso parecer da douta PRT, devidamente acompanhado dos cálculos realizados pela Astec – Assessoria Técnica Pericial da Procuradoria do Trabalho da 3ª Região, na forma de apuração dos créditos afetos aos exequentes, que não obedeceu ao comando exequendo”.

Como se pôde observar no processo acima referenciado, o valor apontado como devido pelo perito oficial atingiu o montante de R\$ 1.683.008,51 (um milhão, seiscentos e oitenta e três mil, oito reais e cinqüenta e um centavos), a valores de setembro de 2000. Efetuando-se os cálculos para apuração dos valores efetivamente devidos, em consonância com o que dispunha a sentença, ainda que considerado o grande número de reclamantes envolvidos, não se chegou a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

8.2 Atuando a Regional como órgão agente

O trabalho do perito diz respeito à análise dos procedimentos administrativos ou judiciais, resultando em parecer técnico, no primeiro caso, ou laudo, no segundo, buscando assessorar os Membros na elucidação de questões contábeis e/ou administrativas. A título de exemplo de atuação, pode-se citar investigação de denúncia acerca da prática muito comum da utilização da Justiça do Trabalho como mero órgão de homologação das rescisões contratuais.

O § 1º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, determina que toda rescisão contratual firmada por empregado com mais de um ano de serviço só será válida quando efetuada com assistência do respectivo sindicato ou perante autoridade do Ministério do Trabalho. No ensejo de burlar o respectivo dispositivo legal, determinadas empresas forçam os empregados de um modo geral, mas especialmente aqueles inseridos na condição descrita acima, ou seja, aqueles que contam com mais de um ano de serviço, a proporem reclamações trabalhistas, visando, principalmente, fugir da obrigatoriedade do acompanhamento do sindicato ou do Ministério do Trabalho. Proposta a reclamatória, esta geralmente resulta em um *acordo*, pagando-se muito aquém do que efetivamente seria devido, além de contar com a homologação da Justiça do Trabalho.

No auxílio do deslinde da questão narrada, cria-se planilha e respectivo gráfico fazendo-se uso de métodos quantitativos simples, conseguindo-se provar se está ocorrendo

ou não a utilização da Justiça como órgão homologador de rescisões (acordos), dada a incidência, constância ou não do fato, demonstrado pelos números.

A pessoa jurídica investigada é intimada a apresentar, geralmente abrangendo o período de dois anos:

- a) cópias do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), instituído pela Lei n. 4.923/65, que trata do registro permanente de admissões e dispensa de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O Caged é utilizado para a elaboração de estudos, pesquisas, projetos e programas ligados ao mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que subsidia a tomada de decisões para ações governamentais. O Caged é emitido e entregue mensalmente pelas empresas, descrevendo informações importantes para o deslinde da questão aqui abordada: nomes dos empregados demitidos, data de admissão e de demissão, motivo da demissão;
- b) cópias dos Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho (TRCT), frente e verso, para verificação, quando for o caso, da homologação efetuada nos termos da lei, consubstanciada por meio do carimbo apostado no verso do Termo;
- c) cópias das atas e outros documentos afins, referentes aos processos trabalhistas.

Consulta-se, também, o Tribunal Regional do Trabalho, para que informe o número de processos envolvendo a pessoa jurídica investigada.

Do cruzamento das informações, monta-se uma planilha, da qual constarão os nomes dos empregados demitidos no período, as datas de admissão e demissão, com o correspondente tempo de serviço e a necessidade de homologação ou não, prevista na lei, além de se demonstrar quantitativamente as ocasiões em que se buscou o Judiciário para efetuar acordos. Com intuito de ilustrar essa atuação, citamos um dos muitos procedimentos investigatórios em que atuamos, emitindo parecer técnico, e que, após efetuar a apuração advinda do cruzamento de informações, elaborando planilha e respectivo gráfico, concluímos que, das demissões dos empregados que contavam com mais de um ano de serviço, 38% tiveram seu acerto rescisório efetuado perante a Justiça do Trabalho e 50% não foram devidamente homologadas como previsto em lei. Abaixo, transcrevemos o quadro-resumo e o gráfico relativos aos resultados obtidos.

TABELA 1

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
 PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO
 Assessoria Técnico-Contábil – ASTEC

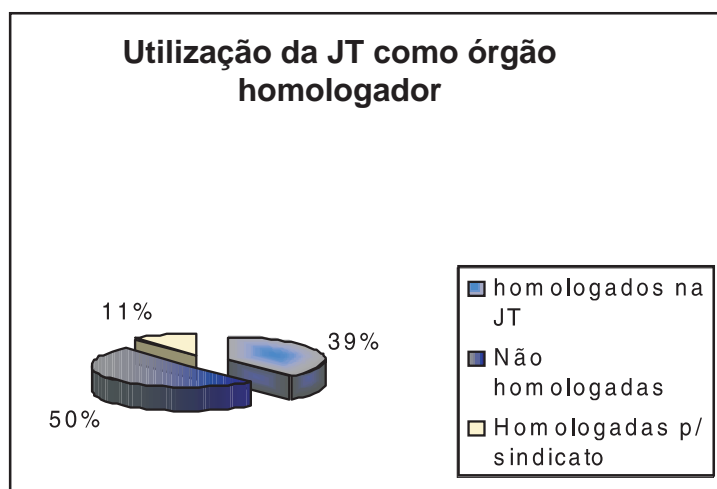
PI 203/2003

Quadro resumo

Período analisado com base nos CAGED juntados – abril de 2002 até fevereiro de 2003.

	total de demissões informadas	empregados com mais de um ano de serv. (§ 1º do art. 477 CLT)	homologados na JT	não homologadas	homologadas p/ sindicato
Números absolutos	67	36	14	18	4
Percentual em relação aos empregados com mais de um ano		100%	39%	50%	11%

FIGURA 1



Com a criatividade apoiada nos conhecimentos de matemática e estatística elementar, consegue-se, por intermédio da perícia, auxiliar na resolução da questão muito comum que é a lide simulada, como demonstrado pela transcrição do parecer técnico, quadro e figura acima.

Da investigação realizada administrativamente, igual ao caso ilustrativo, pode resultar um Termo de Compromisso, cuja fiscalização do cumprimento dar-se-á por meio de novas análises documentais e elaboração de parecer, ou, quando da recusa da pessoa jurídica investigada em assinar o Termo de Compromisso, no ajuizamento da ação competente.

9 Considerações finais

Ficou cabalmente demonstrada a importância do trabalho pericial, trabalho este que requer, de quem o realiza, além do esmero e observância das normas quando da elaboração e apresentação dos resultados obtidos, um profundo conhecimento da área onde irá atuar e se manifestar, além de certos atributos essenciais inerentes a todo e qualquer perito, independentemente da sua área de formação. O profissional não deve estar só habilitado, devidamente registrado no Conselho de Classe, mas deve buscar incessantemente o aperfeiçoamento, quer seja por meio da realização de cursos e/ou congressos, pesquisa, estudos, de tal sorte que se mantenha sempre atualizado, no processo que se pode chamar de educação continuada.

Especificamente no caso do Ministério Público, o quadro de excelentes profissionais que atuam como peritos é grande, mas ainda não é suficiente e precisaria ser ampliado. A área de atuação abrange os mais variados campos de conhecimento do saber humano, ocorrendo em todos os ramos dessa Instituição e em todo o território nacional, ainda que os exemplos trazidos para ilustrar a atuação do perito, no presente artigo, tenham se restringido a um ramo específico, o Ministério Público do Trabalho, e à Ciência Contábil.

Bibliografia

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Lei n. 9.307, de setembro de 1996. *Lex – Coletânea de legislação e jurisprudência*, São Paulo, v. 60, n. 5, p. 2199-2206, 1996.

COSTA, Armando Cassimiro et al. (Comp.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

D'AUREA, Francisco. *Revisão e perícia contábil*. Rio de Janeiro: Nacional, 1953.

PIRES, Marco Antônio Amaral. Perícia contábil. *Contabilidade Vista e Revista*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, mar. 1999.

SÁ, Antônio Lopes de. *Perícia contábil*. São Paulo: Atlas, 1997.

< www.trt.gov.br > . Acesso em: 15 jun. 2003.

PODER CONSTITUINTE

*Paulo Thadeu Gomes da Silva**

Introdução

A teoria constitucional parece unânime em afirmar que a idéia de Poder Constituinte foi articulada por Emmanuel Joseph Sieyès. Citações comprobatórias podem ser encontradas nos livros respectivos. Toma-se por construído e ainda válido um conceito que, pelo fato mesmo de não se discutir a respeito de sua evolução semântica, já não consegue ser descrito por sua função na sociedade moderna, o que se percebe quando se tenta refletir sobre a função do sistema jurídico e sobre como é possível a existência do Poder Constituinte na modernidade.

Vaca sagrada da teoria constitucional, por exemplo, é a idéia de direito fundamental, dela decorrendo a dificuldade que chega mesmo a impedir o aprofundamento – ou abstração – da própria teoria, quando se tenta dela mesma tratar. E aqui a discussão prévia a respeito de Poder Constituinte se manifesta como um compulsório antecedente, de modo que é desta noção que se pode aprofundar ou não o nível de reflexão teórica sobre as chamadas cláusulas pétreas em face do aumento da complexidade social.

O tema é de fundamental relevância para a teoria constitucional, a qual, frisa-se, encontra-se patinando em compilações de diversos autores, sem o aparecimento de uma idéia original sequer na consecução de colaborar para a adequação dos sistemas à complexidade da sociedade moderna.

Trabalha-se, consciente ou inconscientemente, portanto, com uma idéia pré-moderna, senão medieval, de Poder Constituinte, representada em sua titularidade pelo Terceiro Estado, e pretende-se validar essa idéia na sociedade moderna. Por certo, isso ainda ocorra tendo em vista, sempre e sempre, a emissão de juízos de valor, quando se coloque na pauta de reflexão tema como o do Poder Constituinte; talvez aconteça porque nunca se tenha refletido sobre isso. O método, quando existe, ainda é iluminista, forjado na melhor tradição (?) de se apontar o que é bom e o que é ruim¹; talvez se se lançasse mão de outro método, mais adequado à descrição da sociedade moderna, se conseguisse alcançar resultado mais satisfatório. Vale dizer, não se trata mais dos direitos, mas, sim, da teoria tomada a sério.

* Paulo Thadeu Gomes da Silva é Procurador Regional da República, especialista em Sistemas de Administração dos Direitos Humanos (Institut International d'Administration Publique, Paris, França), mestre em Direito do Estado (PUC/RJ) e doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP).

¹ Muita vez a insuficiência teórica se manifesta em forma de desabafo: ver, assim, VITAL MOREIRA. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 261-290; outra vez, segundo Niklas Luhmann: “Die scharfe Trennung von Rechtsfragen und politischen Fragen ist in vielen Staaten des Weltsystems unüblich, und es hilft wenig, die dort praktizierten Problemlösungen dann als ‘korrupt’ zu bezeichnen” (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999. v. 2, p. 806).

Descrever é obrigatório antecedente de um suposto conseqüente traduzido em propor, normatizar. Para o exato cumprimento dessa tarefa, há a necessidade de se utilizar um método mais adequado: aquele que ainda contenha como figura central de sua articulação um conceito medieval não pode, porque não consegue, ser um método suficiente ao que se propõe, que é, tautologicamente, descrever. Insistindo-se no erro, a teoria constitucional, aos trancos e barrancos, continuaria tentando descrever a sociedade moderna mediante um conceito medieval. Paradoxo que será adiante analisado.

Portanto, o objetivo deste trabalho é, em primeira mão, tentar descrever a evolução semântica do conceito de titular do Poder Constituinte para, em segunda mão e já no crepúsculo, tentar refletir teoricamente sobre a sua manifestação na sociedade moderna.

Na consecução desse objetivo, propõe-se a substituição do conceito de Nação pelo de sociedade moderna, e do de sociedade diferenciada por classe pelo de sociedade diferenciada funcionalmente, o que leva à substituição do conceito de Poder Constituinte originário pelo de Poder Constituinte evolutivo.

O Terceiro Estado

A teoria do Poder Constituinte que nasce na sociedade moderna é a proposta por Emmanuel Joseph Sieyès, no livro denominado *A constituinte burguesa*²? Embora nascida nos albos da sociedade moderna, não significa que em tempo anterior não tivesse havido Constituição. Por isso mesmo é que não se pode vincular a idéia moderna de Poder Constituinte à de Constituição³.

A Antigüidade teve a sua e mesmo no Medievo havia a noção, não moderna, de Constituição⁴. Portanto, sem Poder Constituinte em sua acepção moderna. Com efeito, não é demais lembrar que o *Instrument of Government*, de 1653, outorgado por Cromwell⁵, foi criado antes da obra do famoso Abade, paradoxo que sempre se descreveu pela ausência de Constituição escrita, mas ao mesmo tempo como origem do constitucionalismo.

Em outro enfoque, o Terceiro Estado de Sieyès parece encontrar seu predecessor na figura dos *popolani*, conforme escreve Quentin Skinner:

“A causa fundamental dessa erosão das liberdades republicanas deve-se procurar nas divisões de classe que começaram a se aprofundar a partir dos princípios do século XIII. O avanço do comércio deu proeminência a novas classes de gente, ‘gente nuova’, como se dizia, que logo enriqueceram comerciando nas cidades e na ‘contada’, ou campo, dos arredores. Contudo, a

² Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

³ Melhor escrito por Paulo Bonavides: “Cumprir todavia não confundir o Poder Constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra de sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 120).

⁴ Para uma descrição minuciosa da matéria, ver FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino. 1999.

⁵ Ver JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 29.

despeito de sua crescente riqueza, esses ‘popolani’ não tinham voz nos conselhos governantes de suas cidades, que continuavam sob o firme controle das famílias dos magnatas mais antigos. À medida que essas divisões se agravavam, vieram a gerar um inquietante aumento da violência cívica, com os ‘popolani’ se batendo por reconhecimento, enquanto os magnatas lutavam para conservar seus privilégios oligárquicos. A primeira investida nessa batalha geralmente proveio dos ‘popolani’, privados que eram de seus direitos cívicos”⁶.

Portanto, o mesmo Terceiro Estado, lutando por seu reconhecimento como classe que deveria participar das decisões de governo, só que não na França, mas na Itália e alguns séculos antes.

No livro de Sieyès encontra-se patente a idéia de que o Poder Constituinte deve ser identificado com a Nação. Entretanto, bom que se deixe claro, a Nação, por sua vez, era identificada com o então chamado Terceiro Estado, ou seja, a classe representada como burguesia. Contudo, a pergunta feita pelo mesmo Sieyès, transformada em título do livro no original francês, e representada pela frase *O que é o Terceiro Estado?* ainda carece de uma melhor resposta que possa ser obtida por meio de uma descrição. Aqui neste estudo trabalha-se com a evolução semântica⁷ dessa designação.

O termo “Terceiro Estado” traz consigo uma marca bastante distintiva, pois que não se fala ainda em classe, ao menos na França e na Alemanha. Já na Inglaterra, o termo que se impôs foi mesmo o de “classe” e seria impensável a sua substituição pelo equivalente de seus continentais vizinhos europeus. Assim, *estate* não teria um significado equipolente a *état* ou *Stand*. Conforme escreveu Norbert Elias:

“É característico das diferenças entre o desenvolvimento britânico, por um lado (para mencionar apenas um exemplo), e o desenvolvimento alemão, por outro, que em inglês o termo ‘estate’ (estado), como expressão para designar um tipo especial de estratificação social, soa antiquado e é difícil de manejar, porque outros significados da palavra (bens de raiz, propriedades fundiárias etc.) adquiriram destaque em seu uso corrente, de preferência à designação de um estrato social específico (como na referência aos três estados: clero, nobreza e povo). Na Alemanha, o termo correspondente ‘Stand’ permaneceu em uso comum. De fato, por muito tempo, as pessoas preferiram falar de ‘Mittelstand’ (‘estado médio’), em vez de ‘Mittelklasse’ (‘classe média’). O primeiro soa estranho aos ouvidos ingleses, o segundo aos ouvidos alemães”⁸.

⁶ *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 45.

⁷ Neste trabalho utiliza-se semântica com o seguinte significado: “La semántica es el patrimonio conceptual de la sociedad. En términos sociológicos, es posible definir la semántica con referencia a los conceptos de sentido y comunicación. En síntesis, la semántica es aquella parte de significados de sentido condensados y reutilizables que está disponible para la emisión de la comunicación. La evolución de la semántica es proporcional al desarrollo de los medios de difusión de la comunicación e a la mutación de la estructura de la sociedad” (BARALDI, Claudio. *Semántica. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 143-145).

⁸ *Os alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989. p. 125-126. Na evolução semântica do termo “estado” no lugar de “classe”, na Alemanha, parece ter ele sido empregado até 1848, data em que Karl Marx e Friedrich Engels, em seu famoso panfleto intitulado *Manifesto Comunista*, iniciam o texto da seguinte forma: “Die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft ist die Geschichte von *Klassenkämpfen*” (*Das Kommunistische Manifest*. Trier:

Norbert Elias não quis dizer com isso que a palavra *estate* em inglês não tivesse significado estado como ordem; apenas ressaltou que o significado da palavra que permaneceu foi aquele ligado a outro diferente de uma classe. Hobsbawm endossa a tese⁹.

Pode-se concluir, do que vem de ser escrito, que a noção de classe ou de estratificação social ainda não era de uso corrente na sociedade pré-moderna, embora já indicasse a sua forma de diferenciação.

A teoria de Sieyès, embora tenha inaugurado a moderna construção de Poder Constituinte, em realidade limitou os participantes dessa construção, dela excluindo aqueles que não pertencessem ao Terceiro Estado, ou seja, o Quarto Estado, mais comumente chamado de *sans-culottes*¹⁰. A Nação, portanto, não seria o povo, porém apenas determinada classe¹¹ nele delimitada, apesar de o mesmo Sieyès, em algumas passagens de seu opúsculo, referir-se à Nação como sinônimo de povo e, a este, como sinônimo do Terceiro Estado. Havia como que um esforço do teórico visando a significar o Terceiro Estado como aquele compreendido na vida ordinária, simples, comum. São dele as seguintes palavras: “É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum”¹².

Matava-se, com essa idéia, dois coelhos com uma única cajadada: por um lado agradava-se ao povo pelo uso da linguagem coloquial e por outro distinguia-se o Terceiro Estado, ordem comum, dos outros dois estados, clero e nobreza, ordens privilegiadas. Essa diferença mesma foi utilizada como antagonização entre direito comum e direito de privilégios.

Se é correto alinhar o pensamento de Sieyès sobre o que queria significar com a expressão Terceiro Estado nos moldes aqui traçados, não é menos certo afirmar que a idéia de Poder Constituinte vinha representada pela noção de Assembléia Nacional, na qual predominaria o interesse comum em detrimento do interesse pessoal. Esse interesse comum, que demandaria o direito a sua própria proteção – escapismo utilizado talvez pela já difícil arte de tratar ontologicamente do termo –, pertence ao cidadão comum, que possui o direito à eleição dos deputados e à elegibilidade, portanto, vantagens comuns que não violam a lei.

O Terceiro Estado, de sua vez, integrava a instituição denominada Estados Gerais.

Schriften aus dem Karl-Marx-Haus, 1995. p. 3 – grifou-se). A substituição, na Alemanha, de um termo pelo outro é constatada por Karl-Heinz Hillmann: “Die soziale und politische Bedeutung der Ordnungskategorie Stand ist mit der Industrialisierung und mit den durch das Bürgertum eingeleiteten gesellschaftlich Strukturwandlungen fast völlig aufgehoben worden” (*Wörterbuch der Soziologie*. Stuttgart: Kröner Verlag, 1994. p. 837). De todo modo, mesmo Sieyès, ao menos uma vez, se refere à classe: “O Terceiro Estado esperava inutilmente do concurso de todas as classes a restituição de seus direitos políticos e a plenitude de seus direitos civis” (op. cit., p. 130).

⁹ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 87.

¹⁰ Conforme Patrice Higonnet, “Existia em Paris, antes de 1789, uma população pobre. À pergunta ‘o que é um *sans-culotte*?’ , um primeiro documento, de maio de 1793, respondeu com referência ao aspecto social: ‘É um ser que anda sempre a pé [...] e que vive com muita simplicidade com sua mulher e seus filhos, se os tiver, no quarto ou no quinto andar’ (Sans-culottes. *Dicionário crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 411). Na pintura, confira-se o quadro de Pelizza da Volpedo, “Quarto Estado”.

¹¹ Embora se possa hoje afirmar que naquela época “estado” era sinônimo de “classe social”, não havia essa identificação originariamente, conforme se extrai dos verbetes “Classe” e “État” e das definições a eles atribuídas por Diderot e D’Alembert, em sua *Encyclopédie*, 1751-1772, Marsanne, França: REDON, versão CD-Rom.

¹² Op. cit., p. 72.

Os Estados Gerais

Na França, e naquela época, já havia a previsão dos Estados Gerais, em que os três estados se faziam representar; entretanto, essa representação nada tinha do significado que possui a representação política da sociedade moderna¹³, além do que essa instância de poder não se reunia de há muito. E Sieyès pregava exatamente a necessidade de se substituir esse foro pela Assembléia Nacional, pois nesta a representação dos cidadãos seria mais fiel ao corpo eleitoral, tendo em vista que ela se realizaria por cabeça e não por ordem, como era a anterior prática. Uma melhor descrição dos eventos então ocorridos pode ser encontrada em Jacques Godechot¹⁴.

Havia uma ligação direta entre a idéia de Terceiro Estado como ordem componente dos Estados Gerais, vale dizer, a terceira ordem. Terceiro Estado, então, era uma classe social representada pela burguesia da época e os Estados Gerais eram uma Assembléia.

Não possuíam o sentido de Estado na sua acepção moderna, até porque os Estados Gerais existiram em um tempo em que o território, embora não sendo mais a *polis* dos antigos nem o feudo dos medievais, ainda carecia de significar o que atualmente representa a instituição Estado para o sistema político. Quem deles traça um perfil completo e resumido é Perry Anderson¹⁵:

“Os ‘estados do reino’ representavam habitualmente a nobreza, o clero e os burgueses das cidades, e estavam organizados seja numa assembléia diretamente tricursal, seja num sistema um pouco diferente de duas câmaras (magnatas e não-magnatas). Tais assembléias existiram praticamente em toda a Europa ocidental, com exceção do norte da Itália, onde a densidade urbana e a ausência de suserania feudal inibiram, naturalmente, a emergência delas: Parlamento na Inglaterra, *États-Généraux* na França, *Landtage* na Alemanha, Cortes em Castela ou Portugal, *Riksdag* na Suécia, etc. Além de seu papel essencial como fontes fiscais do Estado medieval, os Estados preenchiam outra função crítica na organização política feudal. Eles eram expressões coletivas de um dos princípios mais profundos de hierarquia feudal no seio da nobreza, o dever do vassalo prestar não apenas ‘auxilium’, mas também ‘consilium’ ao seu suserano: [...*omissis*]”.

¹³ Conforme Ran Halévi, “Desde o fim da Idade Média até a Revolução, o ato de *representar* sempre conservaria o sentido muito restritivo que lhe reconheciam ao mesmo tempo os governantes e os governados: o povo, mediante delegação, mas sem intermediário, apresentava ao rei o espelho de seu reino, enviando-lhe seus desejos, queixas e advertências. Um ato que caracteriza a própria natureza do Antigo Regime, no qual o indivíduo só dispunha de existência política através de suas ligações orgânicas: a ordem, o corpo, a comunidade, o privilégio. ‘Representar’, antes de 1789, não implicava forçosamente, portanto, representatividade, nem mesmo eleição. Era, antes de mais nada, entrar em comunhão, transmitir, operação à qual a designação de deputados permanecia estreitamente subordinada, constituindo apenas o *reconhecimento* dos atributos que qualificam tal ou qual indivíduo para levar aos Estados as reivindicações de suas comunidades” (Estados Gerais. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 53).

¹⁴ *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF Flammarion, 1995. p. 21-22.

¹⁵ *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 45.

A par das diferenças existentes entre as instituições denominadas Estados Gerais e Assembléia Constituinte, não seria exagero afirmar a correlação manifestada entre elas, seja sob a forma de reunião, seja sob a forma de deliberação.

Segue daí a necessidade de descrição do antecessor ao sucessor.

Dos Estados Gerais à Assembléia Constituinte

E foi no dia 17 de junho que o Terceiro Estado se proclamou Assembléia Nacional Constituinte, a qual só começou a trabalhar após o dia 6 de julho, sempre tendo em mira a Constituição como um contrato negociado entre os deputados e o rei. Em 14 de julho, ocorreu a Tomada da Bastilha; em 4 de agosto, a Assembléia votou a abolição do regime feudal e de todos os privilégios e, após muita querela sobre a inserção da palavra *Deus* no preâmbulo do texto, no dia 26 de agosto a mesma Assembléia publicou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo o texto constitucional sido publicado apenas em 3 de setembro de 1791.

O Poder Constituinte, na teoria de Sieyès, materializou-se na elaboração de uma declaração de direitos e de uma Constituição, documentos feitos pela Assembléia Nacional: documentos escritos, caracterizadores de um processo de positivação que hoje já não mais se explica apenas pela escritura da norma, e constituintes do Estado moderno, melhor dito, do Estado da sociedade moderna.

Esse feito teórico mascara um problema que, para aqueles a quem apraz observar a sociedade moderna lançando mão de confusos conceitos representados por termos como “conservador” e “progressista”, está ligado ao conservadorismo das posições ainda hoje assumidas pelos teóricos da representação, os quais, trabalhando com o conceito medieval de titular do Poder Constituinte, acabam por ligá-lo à Nação e, por consequência, à monarquia, como de fato laborou a Assembléia de 1791, depositando a chave do cofre nas mãos do rei¹⁶.

Como se percebe, o problema não é pequeno e, por isso mesmo, não de fácil solução. Reside ele na insuficiência conceitual da teoria constitucional, pois que, ao mesmo tempo em que é correto asseverar que os conceitos de “estado”, “classe” e “estrato” sofreram uma evolução semântica, por causa do aumento da complexidade social, reconhece-se hoje a sua inadequação para descrever a sociedade moderna. Vale dizer, classe burguesa e

¹⁶ Ver, especialmente, o art. 1º do Capítulo IV da Constituição Francesa de 1791. Talvez por isso não tenha sido de todo sem sentido o que aconteceu a Sieyès, conforme relata Keith Michael Baker: “Se a Constituição do ano III não seguiu em todos os seus pormenores as propostas de Sieyès, pelo menos partilhou de sua vontade de salvaguardar o governo representativo, protegendo-se ao mesmo tempo das consequências da teoria da soberania nacional. O que se seguiu é coisa bem conhecida. Durante o Diretório, como parecia cada vez mais difícil manter a unidade de ação sem a ‘ação única’, o homem que acabara de propor a criação de um júri encarregado de proteger a Constituição participou dos Golpes de Estado de 18 Frutidor, de 22 Floreal e de 30 Prairial. No 18 Brumário, presidiu à transferência de poder que colocava Napoleão Bonaparte à frente do Estado. Foi essa uma das grandes ironias da Revolução Francesa: o teórico cujos escritos haviam feito eclodir o drama revolucionário foi o mesmo que precipitou o fim desse drama” (Sieyès. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 338).

classe trabalhadora, classe dominante e classe dominada não são mais distinções aptas e suficientes à descrição da sociedade moderna exatamente porque a complexidade social engloba distinções outras que não mais apenas aquelas: a distinção sistema–ambiente, por exemplo, o que vai dar na admissão do marco teórico traduzido na representação da sociedade moderna como uma sociedade diferenciada não mais por estamento, classe, estrato, mas sim por funções.

Uma tentativa, neste trabalho, de destrinçar o problema é traduzida pela análise da dimensão temporal das estruturas – neste caso, da estrutura representada pela expectativa normativa –, e não mais apenas material ou social. Essa análise temporal realiza-se de duas maneiras: a) primeiro, descreve-se, na medida do possível, a evolução semântica do termo em estudo, o que já foi feito linhas atrás; b) depois, conceitua-se “tempo” para, então, c) analisar-se o problema apresentado em sua perspectiva temporal, o que implica discutir conceitos como o de Poder Constituinte e sua (in) capacidade de vincular o futuro.

Tempo

O tempo, ou a temporalidade, no direito, vem utilizado no plural, vale dizer, há temporalidades jurídicas. Gerhart Husserl classificou em três as temporalidades jurídicas: o Poder Executivo trata do presente, o Judiciário do passado e o Legislativo do futuro¹⁷.

A par dessa classificação, há outras. Contudo, para os fins deste trabalho, essa menção é suficiente.

A classificação de Husserl não é errada, entretanto, não parece ser a mais adequada a descrever a temporalidade jurídica da sociedade moderna.

Neste passo impõe-se esclarecer o conceito de sociedade moderna, que aqui é adotado na acepção de sociedade diferenciada funcionalmente, e não mais por segmentos ou estratos.

No dizer de Claudio Baraldi, *verbis*:

“Las formas de la diferenciación se distinguen del modo en el que se trazan los límites entre sistemas parciales y sus entornos al interior de la sociedad. Son el resultado de la combinación de dos diferencias fundamentales: a) la diferencia sistema/entorno; b) la diferencia igualdad/desigualdad, relativa a la relación entre los sistemas parciales y con referencia al principio de su formación. En el curso de la evolución de la sociedad, cuatro formas de la diferenciación han desarrollado la función de estructura: la diferenciación en sistemas parciales similares (segmentación); diferenciación centro/periferia; diferenciación jerárquica de estratos; diferenciación funcional. [...*omissis*]. En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con

¹⁷ *Recht und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955. Uma análise bastante interessante, porém sob outro enfoque: ELIAS, Norbert. *Du temps*. Paris: Fayard, 1996.

base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones”¹⁸.

Se a referência de sociedade é essa descrita acima, então, de forma necessária, a aderência a um conceito de tempo tem que ser realizada àquele que seja o mais adequado à sociedade moderna¹⁹.

Nas sociedades não-modernas, havia uma idéia de tempo diferente da que existe na sociedade moderna. Na pena de Giancarlo Corsi:

“La tradición ha interpretado el tiempo como movimiento, entendido a su vez como unidad de la diferencia entre antes y después. Los horizontes temporales de las sociedades anteriores a la moderna coinciden con la distinción entre tiempo y eternidad. La eternidad indica la posición divina, por la cual todos los tiempos son simultáneos; la eternidad garantiza que todo acontecerá según la voluntad de Dios. La eternidad se distingue del tiempo finito de la existencia, que posee un inicio y un fin, cuyo sentido le viene dado sólo sobre el trasfondo de la eternidad”.

E continua:

“En la sociedad funcionalmente diferenciada el movimiento se sustituye por la idea del presente y los horizontes temporales primarios se vuelven los del pasado concluido y del futuro incierto, abierto y contingente, en el cual el sistema puede operar múltiples proyecciones de presentes posibles”²⁰.

No que pertine a este trabalho, é de se destacar a contingência do futuro, que está aberto, sendo que tudo pode ser de outra maneira, inclusive a comunicação.

Essa idéia se liga a uma outra, também própria da sociedade moderna, que é a de direito positivo ou de positividade do direito. Com efeito, direito positivo é o direito mutável, ao contrário do direito natural, este sim imutável, como a noção de futuro ligado à eternidade.

Direito positivo, então, é aquele que se manifesta na sociedade na qual o futuro é contingente; ele, então, também o é.

¹⁸ Diferenciación de la sociedad. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 59-61.

¹⁹ Conforme Jacques Le Goff, “O tempo medieval privilegia o passado” (Tempo. *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. São Paulo: Imprensa Oficial SP/EDUSC, 2002. p. 535). Talvez por isso a memória, no Medievo, possuísse tantos significados e o direito antigo prevalecesse sobre o novo.

²⁰ Tempo. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 156-157. A concepção de tempo na sociedade moderna pode também ser descrita na frase de Eugène Ionesco: “Vouloir être de son temps c’est déjà être dépassé” (Notes sur le théâtre et pages de journal. *Notes et contre-notes*. Paris: Éditions Gallimard, 1962. p.193-194 e 196-200).

Para melhor se entender a idéia, de novo a pena de Giancarlo Corsi:

“El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna, cuya función es mantener estables las expectativas aun en caso de que resulten vanas. La función del derecho se refiere a la dimensión temporal de la comunicación y no tanto a la dimensión social: a través del derecho no se garantiza la integración de los individuos y tampoco el control social sus comportamientos. Las normas sin embargo garantizan una delimitación de lo que puede esperarse en el tiempo y en este sentido limitan la libertad y separan claramente entre lo que es aceptable y lo que no es: con la norma la sociedad trata de hacer posible un futuro que en sí es inseguro”²¹.

Disso resulta que o direito tem por função estabilizar as expectativas normativas. Expectativas são condensações de referências de sentido que demonstram o que indica e como se delineia uma determinada situação. Têm a função de orientar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento diante da complexidade e da contingência do mundo.

Expectativas normativas são aquelas contrafáticas, que resistem aos fatos mesmo que estes demonstrem que a expectativa foi frustrada. Não é porque alguém cruzou o sinal vermelho que a norma vai mudar para permitir esse tipo de conduta. Para o tratamento da frustração o direito dispõe da sanção.

O problema está em que a norma constitucional não comina, ela própria, uma sanção para o seu descumprimento. Sua frustração, assim, permanece sem tratamento e, o que é de fato perverso, prolonga-se no tempo. Contudo, remanesce a necessidade de adaptação dessa norma. Por isso, o direito é mutável, é positivo. Essa idéia está ligada à dimensão temporal das expectativas normativas, que, por sua vez, são as estruturas do sistema jurídico.

Essa adaptação, no caso de uma norma constitucional que não tenha efetividade, que cause, portanto, frustração, tem que ser feita pelo Poder Constituinte derivado, fixado na Constituição pelo Poder Constituinte originário, pois, conforme já escrito, em geral não há sanção estabelecida como tratamento para a desilusão gerada pelo descumprimento desse tipo de norma – difere-se, dessa forma, do descumprimento de uma norma penal.

A atuação do Poder Constituinte derivado torna-se problemática, a partir do momento em que o Poder Constituinte originário, ao criar uma Constituição, rompe com o passado²², porém vincula o futuro.

Portanto, vincula a própria atuação do Poder Constituinte derivado, que vai ter que atuar para tratar das frustrações de expectativas normativas causadas pelo descumprimento das normas constitucionais, como que engessado sob o aspecto formal e sob o material, ainda que essa atuação se realize em um futuro aberto, contingente, no qual tudo pode ser de outra maneira, em que não há a menor possibilidade de se encapsular o futuro.

²¹ Derecho. *Glosario...*, cit., p. 54.

²² Sobre o absoluto rompimento com o passado, que parece não ocorrer quando da elaboração de uma Constituição, ver Jorge Luis Borges (A muralha e os livros. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Globo, 1999. v. 2, p. 9-11).

Essa contingência do futuro é característica da própria realidade – pense-se, por exemplo, na extraordinária fragmentação da legislação previdenciária como forma ou produto dessa contingência –, que, por sua vez, é o resultado de uma seleção entre muitas possibilidades, é apenas uma parte do que é possível e, por isso mesmo, observar a realidade é algo muito improvável. Portanto, o que vai garantir o sistema jurídico – e a própria Constituição – contra a contingência dessa seleção é a sua estrutura, ou seja, as expectativas normativas, as quais não podem, por isso mesmo, ser objeto de frustração que se prolonga no tempo sem tratamento, vale dizer, sem adaptação.

Quando o Poder Constituinte originário fixa a Constituição e vincula o futuro por meio do estabelecimento de normas denominadas eternas, acaba por reduzir as possibilidades a serem selecionadas sempre tendo em vista a necessidade de se reduzir complexidade na sociedade moderna.

Como registro histórico, destaque-se que a discussão sobre a vinculação de gerações posteriores por aqueles que fazem a Constituição já se manifestou na história constitucional, envolvendo Hume, Paine, Jefferson e Madison²³. Contudo, naquela ocasião não se abordou o problema da vinculação de um futuro contingente na sociedade moderna, ainda que a Constituição jacobina de 1793 – não aplicada – dispusesse em seu art. 28 que “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”²⁴.

Por outro lado, não parece ser o caso de se pensar na tensão criada entre esses poderes traduzida na rigidez do texto constitucional²⁵. Sob o aspecto da forma, não se percebem maiores problemas na atuação do Poder Constituinte derivado, ao menos com relação à discussão aqui desencadeada. Pode-se, por exemplo, descrever esse problema como um problema de auto-referência²⁶. Contudo, essa rigidez formal não guarda pertinência temática com a idéia de vinculação do futuro pelo Poder Constituinte originário. No limite,

²³ Ver HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *Passions & Constraint*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995. p. 134-177.

²⁴ Conforme GODECHOT, Jacques, op. cit.

²⁵ Adere-se aqui à sutil idéia lançada por Luiz Alberto David Araujo, para quem: “12. Entendemos rigidez constitucional como a possibilidade de alteração da Constituição por um processo especial e mais difícil do que o processo de elaboração da lei ordinária. Rigidez está ligada à idéia de possibilidade de alteração. A sua impossibilidade (cláusula pétrea) escapa do campo conceitual da rigidez” (Característicos comuns do Federalismo. BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 46). Essa noção pode ser encontrada em Paolo Biscaretti di Ruffia (*Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 220) e em Jorge Reinaldo A. Vanossi (*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 183). Por causa disso não se concorda com a idéia expressa no artigo de José Eduardo Faria intitulado “Direitos adquiridos e rigidez constitucional” (jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2003, p. 2).

²⁶ Ver ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 47-82. Jorge Reinaldo A. Vanossi parece não ter entendido o alcance da idéia lançada por Alf Ross, pois, ao comentar o problema, assim escreveu: “Vamos a referirnos brevemente a este *divertimento* (sic) lógico, que el autor estima como ‘un difícil problema de derecho constitucional’” (*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 1, p. 236-237). No sistema científico da sociedade moderna as teorias auto-referenciais são as consideradas universais, conforme Niklas Luhmann (*Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1987. p. 9).

a rigidez formal pode se manifestar como um obstáculo no ganho de um recurso que é, de per si, escasso, qual seja, o próprio tempo²⁷.

Por isso, nessa sede de reflexão, o problema a ser descrito reside na vinculação do futuro sob o aspecto material, por meio da qual se limita a atuação – e, portanto, a adaptação das expectativas normativas – do Poder Constituinte derivado.

Antes que se lance a grave acusação de revisionismo à proposta, esclarece-se que não se trata de opor resistências à idéia de cláusula pétrea; aqui, apenas, se está a descrever o problema, e ele de fato existe, ainda que a teoria constitucional não reflita sobre ele, ainda que ela nada ofereça para sua solução²⁸.

A descrição aqui empreendida põe de manifesto a existência de dois problemas básicos, quais sejam: a) a vinculação do futuro, que é contingente na sociedade moderna, criada pela atuação do Poder Constituinte originário ao estabelecer normas com vida eterna²⁹; b) a característica de imutabilidade dessas mesmas normas que nega, frontalmente, a qualidade de direito positivo da sociedade moderna³⁰.

Direito positivo

Para se compreender o primeiro problema, parece ser produtivo tomar como ponto de partida que a Constituição só poderá preservar-se da forma da contingência temporal ao não vincular o futuro ou mitigar essa vinculação³¹; consegue, dessa maneira, tratar das frustrações causadas pelo descumprimento da norma constitucional – que, em realidade, é a não-concretização da expectativa normativa –, pois que, não dispondo do mecanismo da sanção, poderá acionar o Poder Constituinte não mais derivado, mas já o evolutivo; além disso, cumpre com sua função, que é a de conferir duração à expectativa³².

²⁷ Aqui é obrigatória a menção às várias reformas processuais e à criação da súmula vinculante no direito brasileiro, todas no sentido de se ganhar tempo, frise-se, recurso escasso na sociedade moderna. Em uma abordagem sociológica, ver Anthony Giddens, ao analisar o tempo-geografia de Hägerstrand: “2. A finitude da duração da vida do agente humano como um ‘ser para a morte’. Esse elemento essencial da condição humana dá origem a certos parâmetros demográficos inevitáveis de interação no tempo e no espaço. *Por essa razão, senão por outra, o tempo é recurso escasso para o ator individual*” [grifou-se] (*A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131).

²⁸ O problema já foi detectado por Denis Baranger: “Le temps est une des formes, la principale peut-être, de la contingence contre laquelle la constitution doit se préserver” (*Temps et Constitution. Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 30, p. 52, 2000). A questão vai desembocar na pergunta pelo futuro da própria Constituição.

²⁹ Conforme Pinto Ferreira: “Por isso mesmo, as constituições estabelecem via de regra um conteúdo mínimo, inviolável e intangível, consignado como o cerne ou a essência da constituição, aquilo que Wittmayer, na sua *Weimarer Reichsverfassung* (p. 40), indica como o espírito da obra constitucional” (*Da Constituição*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956. p. 107).

³⁰ Essa idéia vale tanto para as normas que se inserirem no conceito de cláusula eterna, inclusive e especialmente as denominadas de programáticas, quanto para aquelas que não se enquadrarem nesse parâmetro, v.g., o artigo 192 da Constituição brasileira em vigor, que após quase quinze anos de existência foi revogado em sua integralidade pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

³¹ Ainda que, como escreve Luhmann, a norma, ao lado da propriedade e do risco, vinculem o futuro.

³² Especificamente com relação a essa idéia, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 2.

Por esse argumento não se vincula o que não é vinculável, o futuro, que é aberto, e sempre se poderá lançar mão do mecanismo mais adequado à estabilização das expectativas normativas e, por conseguinte, à redução de complexidade.

Para se compreender o segundo problema, é necessário o esclarecimento do que vem a ser direito positivo.

Muito se escreve sobre o assunto e pouco se esclarece sobre ele. Fruto de preconceito que parece vir desde o início do *Novecento* com a formulação kelseniana e que rebentou em extraordinária *vulgata* do tema, semeada em ambiente no qual todos são capazes de lançar juízos críticos contra o termo, condenando-o como causador dos mais variados e horrorosos feitos da sociedade³³, mas incapazes, ao mesmo tempo e paradoxalmente, de descrevê-lo de forma mais adequada à sua compreensão, é o direito positivo o direito da sociedade moderna.

O direito positivo surge na sociedade moderna não apenas como legislação, a qual, de sua vez, não se manifestou apenas na modernidade. Tomado na conta de fruto de decisão, o direito positivo teve seu significado ancorado em diversos fatores: lei escrita, instrução do processo, separação entre o cargo e a pessoa, entre desobediência e o desejo de mudanças, entre resistência e oposição, institucionalização de processos políticos e um aumento de casos para se decidir³⁴.

É de autoria de Niklas Luhmann a noção de positividade:

“Em termos mais estritos pode-se falar de positividade – no sentido do direito enquanto totalidade – somente quando o próprio estabelecimento do direito, ou seja, a decisão, tornou-se base do direito”³⁵.

Entretanto, é o mesmo autor que vai afirmar que o conceito de positividade não é mais suficiente a descrever o direito positivo; em seu lugar, oferece a idéia de clausura de operação do sistema jurídico³⁶.

O sistema jurídico, nessa abordagem, reproduz-se com base única e exclusivamente em seus próprios elementos, vale dizer, não se reproduz com base em elementos do sistema econômico ou do sistema político, ainda que estejam todos eles acoplados estruturalmente e que se interpenetrem: o sistema jurídico é, então, autopoietico³⁷.

³³ Ver COMPARATO, Fábio Konder. Experiência totalitária do século XX: lições para o futuro. In: NOVAES, Adauto (Org.). O avesso da liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 279-288. Não seria mais produtivo indagar-se a respeito da falência do projeto iluminista?

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 234.

³⁵ Idem, p. 236.

³⁶ *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 38-41.

³⁷ Admitir essa concepção de sistema não significa excluir a possibilidade de que a mudança estrutural desse mesmo sistema seja, em determinadas sociedades e em específicos casos, conferida pelo ambiente. Luhmann mesmo, em seu livro *Teoría política en el Estado de Bienestar* (Madrid: Alianza Universidad, 1997. p. 59), admite que as sociedades em desenvolvimento ainda não se diferenciaram totalmente por funções; contudo, a diferenciação funcional segue sendo a marca principal e distintiva da sociedade moderna, pois se é verdade que existe avião dotado da mais alta tecnologia, não é menos certo o fato de que, na área rural das sociedades pós-industriais, ainda se prefira andar a cavalo. Para uma análise das sociedades ditas em desenvolvimento, ver LUHMANN, Niklas. Causalità nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; GIORGI, Raffaele de. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999. p. 95-129. Ao fim e ao cabo, confira-se o que pode fazer um sistema jurídico “desdiferenciado” funcionalmente na pessoa do juiz Azdak, em *O círculo de giz caucasiano*, de Bertolt Brecht.

A análise temporal da estrutura do sistema jurídico que é a expectativa normativa é diferente, portanto, daquela levada a efeito com relação ao sistema político: para a constatação, basta observar-se a configuração do tempo em ambos os sistemas, sendo a do jurídico muito mais prolongada do que a do político.

Isso põe de manifesto que não é errado pensar, conforme escreve Niklas Luhmann, “que a legislação se converte em um mecanismo importante de compensação do tempo para a sociedade em seu conjunto”³⁸.

Essa menção sobre a legislação é relevante para os fins deste trabalho, pois é ela, a legislação, que vai dominar a evolução do direito, baseada anteriormente sobre a diferença entre texto e interpretação.

Neste passo já há condições de se problematizar a idéia de Poder Constituinte evolutivo.

Poder Constituinte evolutivo

A idéia de poder em uma sociedade diferenciada funcionalmente tem que ser aquela inerente à sociedade moderna³⁹. Para guardar coerência metodológica, neste trabalho se lança mão da noção de poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado, formulada por Niklas Luhmann.

Sistema social moderno é comunicação. Nesse sistema manifestam-se vários meios de comunicação simbolicamente generalizados. Estes devem ser entendidos como:

“estructuras particulares que aseguran probabilidades de éxito a la comunicación, porque transforman en probable el hecho improbable de que una selección de Alter sea aceptada por Ego. Tales medios son el poder (o poder/derecho), la verdad científica, el dinero (o propiedad/dinero), el amor, el arte, los valores”⁴⁰.

Neste passo já é possível formular uma noção de poder. Conforme Niklas Luhmann, *verbis*:

“Los médios de comunicación simbólicamente generalizados tienen un sistema de referencia necesario: la sociedad, y también en esto se comparan con el lenguaje. [...*omissis*]. El poder es un factor universal para la existencia societal, establecido en el mundo de la experiencia viviente”⁴¹.

³⁸ *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 427.

³⁹ A temática do poder se conhece desde a sociedade arcaica e mesmo na Antigüidade. Sintomático é que, por exemplo, em *Prometeu acorrentado*, de Ésquilo, tenha sido ele, o Poder, um personagem decisivo no cumprimento da sentença proferida por Zeus contra Prometeu, exatamente porque este último tinha levado alguma esperança aos humanos.

⁴⁰ BARALDI, Claudio. Medios de comunicación simbólicamente generalizados. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996. p. 106.

⁴¹ *Poder*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1995. p. 127.

Portanto, poder na sociedade moderna já não pode mais ser tomado na conta de ser detido apenas por uma classe ou um estrato – ou Nação, como quis Sieyès⁴²; sua referência é a sociedade, pois, sendo um meio simbolicamente generalizado, permite que a comunicação se realize nessa mesma sociedade, que, por sua vez, é um sistema, no qual há vários sistemas parciais, entre eles o jurídico, o qual, por isso mesmo, produz comunicação jurídica.

Isso sendo correto, então há a possibilidade de se concluir que o poder é necessário ao mundo da vida em uma sociedade diferenciada funcionalmente.

Se a função do sistema é estabilizar as expectativas normativas, utilizando-se para isso do poder, então o Poder Constituinte vai ter que cumprir essa mesma função⁴³; constituinte, aqui, é conceito que traduz a redução de complexidade, o que vai produzir, paradoxalmente, o aumento dessa mesma complexidade.

Para cumprir essa função, o Poder Constituinte de redução/aumento de complexidade⁴⁴ não pode mais ter como titular a Nação ou classe que o valha, mas, sim, a sociedade diferenciada funcionalmente, além do que, também relevante, não pode mais ser tido na conta de originário, desde que se pense que a evolução não permite afirmar que houve algum começo, no caso, início do direito.

Nessa proposta de descrição, uma vez considerado o Poder Constituinte evolutivo como o mais adequado a cumprir a função que lhe é atribuída na sociedade moderna, não se pode mais falar nem de Nação como sua titular, uma vez que é a própria sociedade que se toma como referencial – no final das contas, é a sociedade que se auto-observa em segundo grau –, nem de originário como sendo sua qualificação, pois que assumir uma postura evolucionista implica descartar qualquer possibilidade de começo.

Conforme escrevem Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi:

“Prima di tutto è il caso di ricordare che tutti i sistemi autopoietici effettuano le loro operazioni sempre nel loro presente che di volta in volta è attuale. Anche la rete ricorsiva delle operazioni ha luogo nel presente sulla base delle condizioni e delle possibilità di raccordo che sono disponibili al presente. Per l’operazione (e questo vale anche per la comunicazione, se deve essere una operazione autopoietica), allora, non c’è mai un inizio, perchè il sistema, per poter riprodurre le sue operazioni a partire dai suoi propri prodotti, deve sempre aver già avuto un inizio, e allo stesso modo non c’è mai una fine, perchè ogni ulteriore operazione viene prodotta in vista di ulteriori operazioni”⁴⁵.

⁴² Sobre a dificuldade em se conceituar Nação, veja-se Francesco Rossolillo (Nação. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. v. 2).

⁴³ Nelson Saldanha, em *O Poder Constituinte* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 103), escreve sobre uma certa intenção jurídica do Poder Constituinte; mais produtivo seria descrever a função jurídica desse poder, que, pelo fato mesmo de ser jurídica, confere à Constituição um caráter jurídico, traduzido na idéia de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, e não na de estatuto jurídico do fenômeno político.

⁴⁴ Vale dizer, na sociedade moderna a Constituição é apenas o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, pois já não se trata mais de fazer uma Constituição como alternativa ao caos, conforme Hamilton (Paper n. 9. *The Federalist Papers*. New York: A Mentor Book, 1961. p. 71), mas sim como condição de possibilidade da ordem social.

⁴⁵ *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999. p. 180. Tome-se o conceito de presente de Novalis: “O presente é o diferencial da função futuro/passado” (*Fragments de Novalis*. Lisboa: Assírio & Alvim, 2000. p. 115).

Se não há início nem fim, não há se pensar na idéia de evolução associada à de progresso, pois, de acordo com o que escreve Niklas Luhmann: “a evolução não é um processo que se dirige para uma meta, mas sim um produto colateral não intencionado: um resultado epigenético que simplesmente se dá”⁴⁶.

O direito evolui porque é a sua transformação o resultado direto da diferença entre variação e seleção que se reproduz incessantemente. A variação ocorre com relação aos elementos do sistema jurídico, que são as decisões jurídicas; a seleção se manifesta com relação às estruturas do mesmo sistema, que são as expectativas normativas; a estabilização é a unidade do sistema que se reproduz autopoieticamente.

A variação, portanto, assume a função de mutação do direito, enquanto a seleção, a de determinar qual conceito é o que corresponde ao direito.

De posse desses conceitos básicos da teoria luhmanniana a respeito de evolução, pode-se empreender uma descrição do que venha a ser Poder Constituinte evolutivo.

Evolutivo, para este estudo, é qualidade daquilo que evolui, vale dizer, do sistema jurídico, evolução essa que depende da evolução do sistema político, sede na qual se manifesta o Poder Constituinte.

Esses dois sistemas estão acoplados estruturalmente pela Constituição, que é quem vai permitir a interpenetração de um sistema no outro: um sistema não pode existir sem o outro.

Assim é que um Poder Constituinte evolutivo deve sempre atuar para cumprir sua função de reduzir a complexidade da sociedade moderna, ainda que, paradoxalmente, aumente essa mesma complexidade.

Complexidade é aqui tomada na conta de uma unidade que indica o fato de que nem todos os elementos de dita unidade podem estar simultaneamente em relação com eles mesmos, impondo-se, por isso mesmo, sempre uma seleção desses elementos para que se atualizem as relações entre os mesmos elementos.

A interpretação que se faz dessa idéia é a de que a atuação do Poder Constituinte evolutivo não significa emendar a Constituição para adaptá-la a um mundo melhor, contrariando frontalmente qualquer possibilidade de se adaptar o texto constitucional a uma idéia iluminista de evolução como progresso, senão que a adaptação far-se-á apenas como adequação a um mundo mais complexo, no qual a sociedade, ao mesmo tempo em que inclui, paradoxalmente, também exclui⁴⁷.

Nesse sentido, o problema maior parece residir nas normas constitucionais que impõem tarefas ao Estado, indicativas de programas finalísticos, típicos do sistema político e não do jurídico⁴⁸.

⁴⁶ *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 268-269.

⁴⁷ Exemplo claro disso que vem de ser escrito foi a experiência vivida na Rússia revolucionária, onde a flexibilização da lei do divórcio levou a uma crise de falta de moradia. Pense-se, também, no tão novo e já clássico exemplo do “lancer de nain” que, ao mesmo tempo em que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, cria mais um desempregado.

⁴⁸ A dogmática constitucional atual trabalha com a proposição de se reparar o dano causado pela omissão inconstitucional: isso pouco ajuda, pois a situação de fundo continuará a mesma, buscando-se a solução, no caso concreto, para o problema na via de proteção pela indenização. Vale dizer, os excluídos, no atacado, continuarão a ser excluídos, embora atendidos no varejo.

A busca do pleno emprego é exemplo sintomático do paradoxo existente na norma, pois, a par da impossibilidade fática de se atingir essa meta, aí vem positivada a busca da plena exploração do trabalho pelo capital, vale dizer: em 1848, lutava-se pelo fim dessa exploração, enquanto, atualmente, faz-se do incremento dessa mesma exploração anteriormente combatida o cavalo de batalha – agora jurídico!!! – na luta contra o desemprego, na concretização de justiça social, termo este que, de resto, ainda não se conceituou de forma inequívoca⁴⁹.

Descrever essas situações pode custar aos crédulos a dor da constatação de que a sociedade moderna é apenas complexa, e não mais “avançada” que as sociedades pré-modernas⁵⁰.

Sentimento maior de desconforto é causado pela necessidade de se descrever, problematizando, temas considerados sagrados pela teoria constitucional.

Talvez, por isso, nada se escreva sobre o fato de que a norma constitucional preceituou como cláusulas pétreas apenas os direitos e garantias individuais, não incluindo aí os direitos sociais; talvez o problema se insira na positivação de programas finalísticos, próprios do sistema político, e não somente de programas condicionais, estes sim afetos ao sistema jurídico; talvez, se se começasse, em uma perspectiva sociológica, a considerar os direitos fundamentais como instituições, transferindo o campo de análise do jurídico para o político, ter-se-iam resultados mais produtivos de investigação, além de se continuar a ponderar os bens em conflito mediante o uso de argumentos *ad hominem* e *ad hoc*⁵¹.

Entretanto, esse último tópico é matéria para um outro trabalho.

Remanesce, contudo, sempre e sempre, a possibilidade de que, mediante a atuação de um Poder Constituinte evolutivo, a Constituição preserve-se da contingência do futuro, positivando em seu texto normas cujo descumprimento não cause decepção na sociedade, ao mesmo tempo em que poderá ela, a Constituição, seguir seu curso, conforme escreve Niklas Luhmann, dirigindo a palavra na primeira pessoa⁵².

Conclusão

Este artigo não se propôs a apresentar soluções para problemas; aqui se quis apenas descrever a atual situação teórica em que se encontra o assunto focado no direito constitucional.

⁴⁹ Ver, nesse sentido, HAYEK, Friedrich A. *Le mirage de la justice sociale. Droit, législation et liberté*. Paris: PUF, 1995. 2.

⁵⁰ A consideração das normas programáticas como arcabouço do porvir poderia se classificar como antítese da afirmação de que a sociedade moderna é apenas complexa.

⁵¹ Parece que a filosofia moral aposta todas as suas fichas na mutação constitucional pela interpretação. Seria bom que ela explicasse como é possível a situação dos presos da Base de Guantanamo após o julgamento, por uma Corte norte-americana, pelo qual se entendeu que a eles, presos, não se aplica a lei daquele país, muito menos a lei internacional: seria essa a *original intent* dos pais fundadores?

⁵² *Constitution. Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 22, p. 113, 1996.

Essa situação peca pela inexistência de uma teoria descritiva que consiga, mediante conceitos, ao menos tentar responder à pergunta: como é possível a manifestação do Poder Constituinte na sociedade moderna?

Uma das possibilidades de se responder a essa indagação foi demonstrada neste trabalho, no qual foi utilizada a teoria luhmanniana como método de análise.

O sentido, então, condensa-se a partir da idéia de Poder Constituinte evolutivo, o mais adequado a reduzir a complexidade da sociedade moderna, que é diferenciada funcionalmente.

O levar a cabo esse Poder Constituinte evolutivo pode representar, muita vez, o uso de uma razão nem um pouco sábia ou iluminista, tendo em vista mesmo a necessidade de redução da atual complexidade da sociedade mundial e a completa inexistência de um paradigma teórico que dê conta de oferecer condições de possibilidade à realização de pelo menos algumas das utopias transformadoras, v.g., justiça social: a realidade não é mais “ontologizável” ou, de outra forma, adeus Nova Jerusalém.

Os eventos assim acontecem porque são assim, mesmo aos olhos daqueles que consideram o otimismo moralmente superior ao pessimismo; contudo, para ambos, o futuro está aberto, e qualquer tentativa de encapsulá-lo será vã, como as esperanças colocadas por Prometeu na cabeça dos humanos ou, cientificamente observando, como se ainda houvesse a possibilidade de se teorizar sob a influência de um *wishful thinking*.

Bibliografia

- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Característicos comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BAKER, Keith Michael. Sieyès. In: FURET, François; OZOUF, Mona (Orgs.). *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- BARALDI, Claudio. Diferenciación de la sociedad. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Semántica. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- BARANGER, Denis. Temps et Constitution. *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 30, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

- BORGES, Jorge Luis. A muralha e os livros. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Globo, 1999. v. 2.
- BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Experiência totalitária no século XX: lições para o futuro. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CORSI, Giancarlo. Derecho. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- . Tiempo. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.
- CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999.
- DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999.
- DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean Baptiste Le Rond. *Encyclopédie*. França: Marsanne, 2000. CD-Rom.
- DI RUFFIA, Biscaretti. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- ELIAS, Norbert. *Os alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- . *Du temps*. Paris: Fayard, 1996.
- FARIA, José Eduardo. Direitos adquiridos e rigidez constitucional. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2003.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GODECHOT, Jacques. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF Flammarion, 1995.
- HALÉVI, Ran. Estados Gerais. In: FURET, François; OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- HAMILTON, Alexander. Paper n. 9. *The federalist papers*. New York: A Mentor Book, 1961.
- HAYEK, Friedrich A. Le mirage de la justice sociale. *Droit, législation et liberté*. Paris: PUF, 1995.
- HIGONNET, Patrice. Sans-culottes. In: FURET, François; OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

- HILLMANN, Karl-Heinz. Stand. In: *Wörterbuch der Soziologie*. Stuttgart: Kröner Verlag, 1994.
- HOBBSAWM, Eric. J. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *Passions & Constraint*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.
- HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.
- IONESCO, Eugène. Notes sur le théâtre et pages de journal. *Notes et contre-notes*. Paris: Éditions Gallimard, 1962.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LE GOFF, Jacques. Tempo. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jena-Claude (Orgs.). *Dicionário Temático do Ocidente Medieval*. São Paulo: Imprensa Oficial SP/EDUSC, 2002. v. 2.
- LUHMANN, Niklas. Causalità in Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999.
- . Constitution. *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, Paris: PUF, n. 22, 1996.
- . *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995.
- . *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999.
- . *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- . *Poder*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1995.
- . *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1987.
- . *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- . *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 1997.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1999.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Das Kommunistische Manifest*. Trier: Schriften aus dem Karl-Marx-Haus.
- MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NOVALIS. *Fragmentos de Novalis*. Lisboa: Assírio & Alvim, 2000.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Da Constituição*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.

ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto et alii (Orgs.). *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

VANOSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. I.

"DEFENDANT CLASS ACTIONS" O GRUPO COMO LEGITIMADO PASSIVO NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NO BRASIL

*Ronaldo Lima dos Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Previsão no direito norte-americano. 2.1 Procedimento geral. 3 Possibilidade do grupo no pólo passivo na atual legislação processual civil brasileira – A controvérsia doutrinária. 4 A problemática do alcance dos efeitos da coisa julgada em ação coletiva proposta contra o grupo. 5 Dissídio coletivo – A experiência brasileira do grupo como legitimado passivo. 6 A Convenção Coletiva de Consumo e convenções e acordos coletivos de trabalho – O grupo como credor e devedor de obrigações contraídas extraprocessualmente. 7 *Defendant class actions* no Anteprojeto do Código Modelo para a Ibero-América. 8 Conclusões.

1 Introdução

Tornou-se lugar-comum na doutrina processual brasileira a afirmação de que nosso sistema de tutela coletiva – consagrado pela conjunção das Leis n. 7.347/85 e 8.078/90 – inspirou-se no modelo norte-americano das *class actions*¹ – ações de classe judiciais, dotadas de procedimentos específicos, por meio das quais uma ou várias pessoas atuam no processo defendendo os seus direitos e interesses e os de todas aquelas pessoas que se encontram em uma mesma ou similar situação jurídico-material².

Esse sistema tem origem na *equity* inglesa, mais propriamente no *Bill of Peace*, já presente no século XVII, procedimento pelo qual se permitia que uma pessoa pudesse demandar em nome de uma classe ou grupo de pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica, estando todas submetidas aos efeitos da decisão³. Nos Estados Unidos, foi concebido a partir dos estudos sobre a *group litigation* de Joseph Story, juiz da Suprema Corte Americana no período de 1811 a 1845, que motivou o surgimento da primeira regra escrita relacionada com as *class actions*, a *Equity Rule 48*, de 1842⁴. Esse modelo foi

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho em São Paulo (PRT/2ª Região); mestre e doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professor universitário.

¹ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover: “Adaptando os esquemas do Direito norte-americano a um sistema de *civil law*, sem olvidar – é claro – a realidade de nosso país, o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 792). V., também: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 732.

² HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos e difusos*. Navarra: Aranzadi Ed., 1999. p. 447-448.

³ SANTOS, Ronaldo Lima. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – perante a Justiça do Trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 235.

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63-66.

regulamentado pela *Federal Equity Rule* 38, de 1912, mas com aquisição de formato definitivo com a regulamentação advinda pela Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure* (Código de Processo Civil de âmbito Federal) – instituído em 1938, mas com alteração da *Rule 23* em 1966.

A *Rule 23* (a) menciona os requisitos necessários para o exercício da ação coletiva:

“Rule 23 (a) Prerequisites to a Class Action: One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that the joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or act common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”⁵.

Os requisitos apontados são cumulativos, isto é, todos devem estar presentes para a admissão da ação como uma *class actions*. Após o preenchimento dos requisitos enumerados, a ação deverá enquadrar-se numa das hipóteses da *Rule 23* (b), que constituem espécies de *class actions* traçadas pelo legislador:

“Rule 23 (b): ‘Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or (2) the party opposing the class has acted or refused to act grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or (3) the court finds that the questions affecting on individual members and that a class action is superior to the other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action”⁶.

⁵ Regra 23 (a): Pressupostos para uma *Class Action*. Um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados, como partes representantes, em nome de todos, apenas se (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) os pedidos ou defesas das partes representantes forem típicos pedidos ou defesas da classe, e (4) as partes representantes protegerem eficaz e adequadamente os interesses da classe.

⁶ Regra 23 (b): *Class Actions Maintainable*. Uma ação pode ser apreciada como uma ação de classe se os pressupostos da subdivisão (a) estiverem satisfeitos e, além disso: (1) a propositura de ações separadas, por ou em face de

A tripartição das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious* – baseada na natureza do direito discutido –, originariamente presente na redação de 1938, não foi recepcionada pelas *Federal Rules* de 1966, que concederam tratamento unitário às *class actions*, conhecidas genericamente como *plaintiff class actions*. Embora presente o tratamento geral conferido pelas *Federal Rules* de 1966, a doutrina norte-americana, com base nos elementos legais, distingue entre dois tipos básicos de *class actions*: *injunctions class actions* e *damages class suits*, conforme o pedido encerre, respectivamente, uma obrigação de fazer ou não fazer ou o ressarcimento de um dano.

A principal característica das tradicionais *class actions* é a representação da classe no pólo ativo da demanda coletiva, isto é, como parte autora. Ao seu lado, está prevista a legitimidade passiva do grupo, hipótese conhecida como *defendant class actions*. É desta última que trata o presente trabalho.

2 Previsão no direito norte-americano

A possibilidade de a classe ser demandada vem prevista no início da *Rule 23* (a), ao dispor que “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if...” (um ou mais membros da classe podem demandar ou ser demandados como partes representativas em nome de todos somente se...).

Embora, nos Estados Unidos, o emprego das *defendant class actions* não tenha a dimensão das demais espécies de demandas coletivas, pelo julgado do Caso *Smith vs. Swarmstedt*, de 1853, a Suprema Corte já reconhecia a possibilidade de o grupo ser demandado:

“The rule is well established, that where the parties interested are numerous, and the suit is for an object common to them all, some of the body may maintain a bill on behalf of themselves and of the others; and a bill may also be maintained against a portion of a numerous body defendants, representing a common interest”.

O Caso *American Steel & Wire Co. vs. Wire Drawers’ & Die Maker’s Unions*, julgado no Estado de Ohio, em 1898, também constitui um antigo registro de representantes

membros da classe, possa vir a criar risco de (A) decisões inconsistentes e variáveis em relação aos membros da classe, que estabeleçam incompatíveis padrões de conduta para a outra parte; ou (B) decisões relativas aos membros da classe que, por motivos de ordem prática, prejudiquem os interesses dos membros ausentes, ou substancialmente dificultem ou impeçam que estes protejam seus interesses; ou (2) a ação envolver uma *injunction* ou *declaratory relief*, referente à conduta da parte contrária, com relação a todos os membros da classe; ou (3) a Corte considerar que as questões de direito ou de fato, comuns aos membros da classe, predominam sobre quaisquer questões relativas aos mesmos individualmente, e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia. As questões pertinentes às decisões incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a persecução ou defesa de ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer processo, relativo à lide, já começado por ou em face dos membros da classe; (C) a conveniência ou a inconveniência de concentrar as causas num específico foro; (D) as dificuldades normalmente encontradas no processamento de uma ação de classe.

de toda uma classe como legitimados passivos em demanda contra ela proposta. *In casu*, os líderes sindicalistas de uma greve operada na American Steel & Wire Co. foram aceitos como representantes de toda a classe dos grevistas em ação proposta pela empresa para obter uma ordem que vinculasse a todos os grevistas, obrigando-os a não obstem as atividades de não-grevistas ou trabalhadores substitutos, apesar de somente os líderes figurarem no pólo passivo da demanda. Entendeu a Corte que os efeitos da decisão atingiriam a todos os sujeitos da classe⁷.

Já no início do século XX, o Caso Supreme Tribe of Ben-Hur vs. Cauble prenunciava uma situação de *class actions*, na medida em que todos os membros de uma organização de beneficência estavam sujeitos à observação e cumprimento do julgado, que apreciou o controle à disposição dos fundos da instituição⁸.

A inserção da possibilidade de uma *class representative* no pólo passivo de uma demanda proposta contra a classe nas *Federal Rules* de 1966 foi seguida por grande parte das leis processuais civis dos estados norte-americanos que também passaram a prever as *defendant class actions* em seus estatutos. Assim como sucede com as *class suits*, cujas normas são praticamente as mesmas na lei federal e nos estatutos estaduais, o procedimento das *defendant class actions* segue uma relativa uniformidade.

2.1 Procedimento geral

De modo geral, o procedimento das *defendant class actions* equivale às regras previstas para as *plaintiff class actions*, sendo comum a regulamentação conjunta de ambas as espécies, como se extrai da *Rule 23 (a)* da *Federal Rules of Civil Procedure*; porém, a diversidade de posição jurídica do grupo na lide enseja que as *defendant class actions* adquiram alguns aspectos peculiares:

- a) A prova dos elementos demonstradores do preenchimento dos requisitos da *Rule 23 (a)* para a formação da convicção judicial que concederá ou não a *certification* – admissibilidade da demanda como *class actions* –, que nas *plaintiff class actions* concerne ao grupo autor, nas *defendant class actions* é do autor que demanda contra um dos *class members*.
- b) Nas *defendant class actions* há a inversão inicial da assinalação da representatividade adequada do membro demandado para atuar pela classe – *class representative*. Enquanto nas *class actions* tradicionais a indicação da dimensão da representatividade é realizada voluntariamente pelo demandante – *class member* –, nas *defendant class actions* o autor da demanda, com interesses contrários aos da classe demandada, é que terá a faculdade de assinalar a representação adequada.

⁷ YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987. p. 244, apud MENDES, op. cit., p. 68.

⁸ FRIENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MULLER, Arthur. *Civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West, 1999. p. 739, apud MENDES, op. cit., p. 69.

- c) A possibilidade de o demandante indicar a *adequacy representation* exige maior acuidade dos Tribunais nas *defendant class actions*, tendo em vista que essa circunstância possibilita a formação de conluio entre o demandante e um suposto *class representative* para a obtenção de decisão judicial contrária aos interesses de uma pluralidade de pessoas não-presentes na lide, como também não se torna rara a situação em que o demandante indicado como detentor da *adequacy representation* venha a negar ou opor-se a tal situação. Em ambos os casos, o Tribunal terá ampla faculdade de adotar as medidas adequadas para proteção dos *class members* ausentes; dentre elas, podem-se destacar: 1) criar subclasses, com definição mais precisa das questões comuns a cada uma e daquelas passíveis de defesa pelos interessados; 2) instar o demandante à designação de outro membro da classe para colaborar com o representante ou substituí-lo; 3) determinar a notificação dos demais membros; 4) denegar a *certification*⁹; como também 5) determinar ao nomeado que permaneça no pólo passivo da demanda, se entender que este possui capacidade e possibilidades de defender o interesse em disputa¹⁰.
- d) As *defendant class actions*, como as ações de classe tradicionais, também se caracterizam pela produção do efeito *collateral estoppel*, qual seja, a possibilidade de o demandante fazer valer e impor o respeito às questões comuns e ao resultado do processo a todos os membros da classe, ainda que não tenham participado da relação jurídica processual que se desenvolveu.

3 Possibilidade do grupo no pólo passivo na atual legislação processual civil brasileira – A controvérsia doutrinária

A legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, consagra expressamente a legitimidade ativa dos *enti esponenziali* para atuar em juízo na tutela de direitos transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – do grupo, categoria ou classe de pessoas representadas (Leis n. 7.347/85 e 8.078/90).

No pólo passivo de uma demanda coletiva – ação civil pública ou ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos – pode figurar qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado, mas dotado de capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido, concreta ou potencialmente, para a lesão a um interesse transindividual.

A questão acirra-se quando se indaga da possibilidade de o grupo, categoria ou classe de pessoas ser demandada coletivamente, na pessoa de seu representante, com os efeitos jurídicos da decisão estendendo-se para todos os componentes do grupo.

⁹ HIDALGO DE CAVIEDES, op. cit., p. 484.

¹⁰ Essa possibilidade de manutenção do demandado que nega a condição de representante adequado, que, num primeiro momento, parece irrazoável, é coerente com o sistema das *class actions* americanas, no qual o *class representative* deve ter interesse direto na demanda, tendo, assim, sua própria esfera jurídica atingida.

Na doutrina processualista prevalece, atualmente, o entendimento no sentido de negar-se legitimidade passiva ao grupo¹¹. A ilação resulta da interpretação sistemática de diversos dispositivos legais que disciplinam a propositura de ações coletivas, na qual se observa expressamente a outorga da legitimação para o grupo atuar no pólo ativo da ação coletiva. Ricardo Barros Leonel esclarece esse entendimento ao deduzir que

“Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletivas, e não em resposta a ações propostas (art. 5º da Lei n. 7.347/85; art. 3º da Lei n. 7.853/89; art. 1º da Lei n. 7.813/89; art. 91 da Lei n. 8.078/90 e art. 29 da Lei n. 8.884/94, que, ao usar a expressão ‘poderão ingressar em juízo’, deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei n. 8.069/90 que, ao utilizar a expressão ‘para ações cíveis fundadas em interesses coletivos’, deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é a ativa). Daí a impossibilidade de reconvenção em ação coletiva, pois a coletividade figuraria como demandada na ação reconvenicional”¹².

Pedro da Silva Dinamarco acresce que, diferentemente do norte-americano, que adota rígido controle *ope judicis* da representação adequada, devido ao fato de a coisa julgada coletiva, independentemente do resultado da demanda, atingir a todos os representados, no sistema brasileiro a representação é apurada *ope legis*, sem verificação da real representação adequada no caso concreto¹³.

Pedro da Silva Dinamarco também diferencia as hipóteses em que a coisa julgada formada contra a associação, em situação em que esta atua na defesa de interesses próprios, atinge indiretamente seus associados, da situação em que a presença da associação no pólo passivo implica o perfazimento de coisa julgada em relação aos associados. Cita como exemplo as conhecidas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público em face das torcidas Mancha Verde e Independente, para a consecução judicial de sua extinção, cuja procedência gerou reflexos em seus associados, embora estes não tenham sido diretamente atingidos pela coisa julgada formada na aludida demanda¹⁴.

Hugo Nigro Mazzilli adota posição peculiar, pois, embora não admita a legitimação passiva das associações para substituir a categoria representada (salvo por deliberação da assembléia), defende a legitimação no pólo passivo de órgãos estatais para substituírem uma coletividade de pessoas, com formação de coisa julgada somente na hipótese de benefício à classe representada¹⁵.

¹¹ Nesse sentido: MAZZILLI, op. cit., p. 215-217; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 269; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551, p. 11, apud MAZZILLI, op. et loc. cit.; ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 354.

¹² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 206.

¹³ DINAMARCO, *Ação civil pública*, cit., p. 269.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 271-272.

¹⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 218.

Ada Pellegrini Grinover demonstra entendimento favorável à legitimidade passiva do grupo representado. Lembra a jurista que o § 2º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública possibilita a habilitação dos co-legitimados como litisconsortes de quaisquer das partes, autor ou réu, de modo que a demanda também pode ser proposta contra o representante da classe, que, igualmente, figurará no pólo passivo da demanda. Demonstra, também, que o representante pode figurar como parte em convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC), cuja lide por ela suscitada terá duas categorias, cada uma em um dos pólos da demanda.

A autora não se olvida dos problemas fático-jurídicos decorrentes dessa posição, apresentando como proposta a inversão da regra dos efeitos da coisa julgada da LACP e do CDC. Desse modo, na hipótese de ação coletiva movida contra a classe ré, para a defesa de direitos difusos e coletivos, a sentença de procedência contra a classe, em que se reconhece a insuficiência da defesa coletiva, não faria coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra outro co-legitimado; no caso de direitos individuais homogêneos, eventual sentença favorável não impediria o ajuizamento de ações individuais por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor; por final, estando presentes classes nos dois pólos da demanda, a solução seria o tratamento igualitário das classes, com a adoção da coisa julgada *erga omnes*, sem qualquer temperamento¹⁶.

Rodolfo de Camargo Mancuso, embora não instrumentalize com detalhes processuais sua posição, inclina-se pela possibilidade de legitimidade passiva do grupo¹⁷.

Pedro Lenza, após descrever e analisar a posição de diversos juristas sobre o tema, admite a propositura de ação coletiva contra a classe, ressaltando que, nessa hipótese, “a autoridade da coisa julgada coletiva, de modo geral, não poderá prejudicar a coletividade, sejam os titulares de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos”¹⁸.

Situação parecida à brasileira ocorre na legislação espanhola. Ao analisar a possibilidade, na legislação espanhola, de atuação do grupo no pólo passivo de ação reconvenicional, proposta pelo demandado na ação coletiva em que o grupo é o autor, Joaquim Silgueiro Estagnan, após demonstrar que o art. 7.3 da LOPJ reconhece a legitimação processual ativa do grupo, pondera que essa previsão não constitui obstáculo à legitimidade do grupo em ação reconvenicional; maior problema, para o autor, é que a negativa de ação reconvenicional contra o grupo equivale a ocasionar um desequilíbrio para o demandado. “Por tanto, la cuestión no estriba tanto en si el grupo puede o no ser reconvenido – lo que no es posible por lo ya apuntado –, sino más bien si el gestor legitimado por sustitución puede serlo respecto de su pretensión colectiva”. O autor entende cabível a reconvenção sempre que o demandado ostente uma pretensão contra o grupo mesmo, conservando o ente representativo sua mera condição de substituto (o autor considera que a legitimação coletiva dá-se a título de substituição processual)¹⁹.

¹⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 6-9, 2002.

¹⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 145.

¹⁸LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 203.

¹⁹SILGUERO ESTAGNAN, Joaquim. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dikinson, 1995. p. 359-360.

Sem embargo das posições negativistas, adotamos entendimento pela possibilidade da presença do grupo, por seu representante, no pólo passivo de uma demanda coletiva, com base nas disposições normativas das ações coletivas e em diversas hipóteses fáticas da presença do grupo em juízo no pólo passivo de uma demanda coletiva.

Além dos argumentos levantados por Ada Pellegrini Grinover a respeito da possibilidade legal de o grupo participar como litisconsorte de quaisquer das partes – passiva ou ativa –, prevista no § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, e da faculdade de contrair obrigações a seus representados por meio da Convenção Coletiva de Consumo, situamo-nos nas experiências do processo trabalhista, nas quais, há muito, o grupo pode figurar no pólo passivo de uma ação coletiva – dissídio coletivo – cuja decisão abrange a todos da categoria indistintamente, sem maiores discussões processuais. Além disso, a experiência mundial, em diversos ordenamentos jurídicos, dos acordos e convenções coletivas, demonstra a ampla capacidade de atuação dos *enti esponenziali* para a tutela da classe representada, situação equivalente à possibilidade da fixação de convenção coletiva de consumo pelos representantes dos grupos, que atuam como signatários.

Essa última hipótese demonstra claramente a possibilidade de o grupo constar no pólo passivo de uma demanda, pois, diante de determinada controvérsia a respeito da Convenção celebrada, nos pólos ativo e passivo de uma eventual demanda para solucioná-la deverão figurar os *enti esponenziali*, sendo que os efeitos da decisão atingirão a todos os membros da classe representada.

A hipótese é semelhante ao caráter substitutivo do dissídio coletivo em relação a uma negociação coletiva frustrada, sendo, *in casu*, que o Tribunal do Trabalho terá a faculdade de impor normas e condições de trabalho a todas as categorias representadas.

4 A problemática do alcance dos efeitos da coisa julgada em ação coletiva proposta contra o grupo

Embora a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, tenha sido o primeiro estatuto jurídico em nosso país a consagrar a utilização da ação civil pública para a defesa de direitos da sociedade, ao prever a sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 3º, inciso II), foi em 24 de julho de 1985, com a publicação da Lei n. 7.347/85, que se deu o marco fundamental na tutela dos interesses transindividuais, cuja complementação para a formação de uma verdadeira esfera coletiva de proteção processual deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.073/90). Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, deu-se o passo mais relevante para a instauração de uma esfera coletiva de proteção processual. Esse instrumento, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, definiu uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção, como a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses metaindividuais (art. 81, incisos I, II e III), a tutela processual de direitos individuais homogêneos (arts. 91 e seguintes), a determinação do alcance e efeitos da coisa julgada nas lides coletivas (art. 103, incisos I, II e III), a litispendência entre as lides individuais e as coletivas com o mesmo objeto (art.104).

A conformação dessa jurisdição coletiva, embora prevesse a possibilidade de o grupo atuar no pólo passivo de uma demanda coletiva (§ 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/85), deu total ênfase ao disciplinamento das principais questões pertinentes ao grupo como legitimado ativo, de modo que, atualmente, sente-se a dificuldade de operacionalização, por falta de instrumentos processuais específicos, de demandas propostas contra a classe, a disciplinar a formação, os efeitos e o alcance da coisa julgada, os poderes do juiz para aferir a *adequacy representation* do demandado ou as providências na hipótese de negativa dessa condição pela entidade-ré etc.

Assim, por falta de disposições especiais específicas, a inversão das regras do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública preconizada por Ada Pellegrini Grinover, embora brilhantemente construída, pressupõe a aplicação analógica da coisa julgada, o que pode inviabilizar a sua aplicação em sede processual. Nesses casos, o melhor seria a coisa julgada limitar-se estritamente às partes presentes na demanda, ou a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de representatividade adequada do demandado – hipótese esta também admitida pela autora.

Na hipótese de demanda proposta por certa empresa em face do IDEC, objetivando a declaração de licitude de determinada cláusula padrão, Pedro Lenza admite a formação da coisa julgada ao aduzir que

“Julgada procedente a ação, ou seja, entendendo o magistrado no mérito que a cláusula não é abusiva, a coisa julgada abrangerá todos os legitimados ativos do art. 82 do CDC que não mais poderão promover nova (a mesma) ação coletiva. Na medida em que, aparentemente, a cláusula objeto do processo, no exemplo formulado, não beneficia os consumidores, já que restringe um direito, mesmo que dentro da lei, a decisão não impedirá que qualquer consumidor proponha a sua ação individual, questionando, no caso específico, novamente, a aludida cláusula”²⁰.

Resta saber: se a ação proposta contra a classe não faz coisa julgada contra os indivíduos, qual o interesse em se conceder legitimidade passiva ao grupo, se o autor da demanda ficará privado de garantias que assegurem a observância do julgado?

Ora, não se pode negar a força de um provimento jurisdicional proferido em ação coletiva proposta contra o representante da classe sobre eventuais ações individuais que seriam propostas por seus membros contra o autor da demanda coletiva. Embora as esferas coletivas e individuais não se confundam, é certo que a decisão em relação à primeira pode influir na segunda e mesmo inibir a propositura de demandas individuais, ante a visão prospectiva da possibilidade de seu insucesso quando existente precedente desfavorável em eventual ação coletiva, circunstância que libera o autor da demanda contra o grupo de gastos de tempo e recursos com a defesa em diversas ações individuais.

Por outro lado, a praxis forense tem reconhecido que a procedência da demanda proposta contra o grupo legitimado repercute, ainda que indiretamente, na esfera jurídica

²⁰ LENZA, op. cit., p. 203.

coletiva e/ou individual de seus membros. Nos casos das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público contra as torcidas organizadas, com a decretação de sua extinção, seus ex-associados foram impedidos de ingressar nos estádios de futebol trajando vestimentas que se reportassem às associações extintas.

Aliás, no campo das relações de trabalho, não tem sido rara a propositura de ação civil pública contra sindicatos, nos casos de greve em serviços essenciais, com a conseqüente imposição judicial de obrigação de fazer – colocar percentual mínimo de trabalhadores em atividade – a ser cumprida por toda a categoria, com cominação de multa diária para o caso de descumprimento. Não há como negar que, embora a pessoa jurídica do sindicato fique responsável pela multa em caso de descumprimento, a obrigação é dirigida à categoria, devendo, por ela, ser efetivada.

Uma outra questão refere-se à negativa da condição de representante adequado da classe pela entidade demandada. Como vimos, no direito norte-americano, os Tribunais possuem amplos poderes para salvaguardar os interesses dos membros ausentes, inclusive com determinação da manutenção do demandado no pólo passivo da demanda ou a sua substituição. No direito brasileiro, em face da ausência de norma específica, ao verificar a inadequação da entidade arrolada para representar os membros da classe, deverá o julgador extinguir o processo sem julgamento do mérito. A hipótese seria semelhante aos casos de dissídio coletivo em que se constata que o sindicato (suscitante ou suscitado) não constitui o legítimo representante da categoria suscitada.

5 O dissídio coletivo – A experiência brasileira do grupo como legitimado passivo

O Brasil adotou a solução estatal de conflitos individuais e coletivos por meio da atuação do Poder Judiciário. O conflito individual é solucionado pela reclamação trabalhista, pela qual a lide – envolvendo um ou mais empregados perfeitamente identificados de um lado e empregador do outro – é resolvida mediante aplicação da lei ao caso concreto.

Já os conflitos coletivos são solucionados por meio de ações judiciais denominadas “dissídios coletivos” e ajuizadas perante os Tribunais Trabalhistas. Essas demandas dão solução ao conflito mediante aplicação do poder normativo, o qual consiste na faculdade conferida aos Tribunais do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho, respeitadas as condições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. Encontra previsão no art. 114 da Constituição Federal de 1988, que trata da competência da Justiça do Trabalho.

Entende-se por dissídio coletivo “o processo que vai dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio do pronunciamento do Poder Judiciário, criando novas condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica”²¹.

Não se coaduna com o enfoque e a dimensão deste trabalho um estudo aprofundado do dissídio coletivo, mas apenas destacar alguns aspectos relevantes para a compreensão da matéria do grupo como legitimado passivo, embora já tenhamos constatado, no item

²¹MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 532.

anterior, alguns aspectos dessa realidade processual peculiar e da sua semelhança com as ações coletivas.

O dissídio coletivo nasceu com o fim precípua de substituir eventual negociação coletiva frustrada e impedir a permanência de um conflito de acentuada dimensão social. Assim, em princípio, tem como meta a fixação de normas e condições de trabalho não pactuadas livremente pelas partes conflitantes. Reconheceu-se, no entanto, a possibilidade de propositura de dissídio coletivo, não para a fixação de condições de trabalho, mas para dirimir questão quanto à aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica.

Assim, delinear-se duas espécies de dissídios coletivos: os de natureza econômica ou de interesses e os de natureza jurídica. Os primeiros têm, como objeto, a fixação de normas e condições de trabalho, além das normas legais existentes no ordenamento jurídico. Os segundos, por sua vez, têm como meta dirimir controvérsia a respeito da aplicação ou interpretação de acordo coletivo, de convenção coletiva, de sentença normativa ou de preceito legal restrito à categoria em conflito.

Com base na tríplice divisão das ações de conhecimento em declaratórias, constitutivas e condenatórias, pode-se dizer que o dissídio coletivo de natureza econômica tem natureza jurídica constitutiva, visto que cria (constitui) normas e condições de trabalho, ao passo que o dissídio coletivo de natureza jurídica tem natureza declaratória, uma vez que visa à prolação de um provimento jurisdicional com o intuito de esclarecer ou interpretar o conteúdo de determinada norma coletiva.

A instauração de dissídio coletivo constitui prerrogativa das entidades sindicais (art. 857 da CLT). Na ausência de sindicato representativo da categoria profissional ou econômica, poderão suscitar-lo a federação e, na falta desta, a confederação respectiva (parágrafo único do art. 857 da CLT).

Também poderão suscitar dissídio coletivo as empresas envolvidas num conflito a elas limitado ou quando da ausência de entidade sindical que as represente.

Em havendo dissídio de greve e na falta de entidade sindical, a comissão de negociação formada por trabalhadores poderá suscitar dissídio coletivo (art. 5º da Lei n. 7.783/89).

Também na hipótese de paralisação do trabalho, poderá a instância ser instaurada pelo Ministério Público do Trabalho (art. 856 da CLT; art. 129, II, da CF/88; art. 83, I, VIII, IX, da LC 75/93; art. 8º da Lei n. 7.783/89)²².

Podem figurar no pólo passivo do dissídio coletivo todas as entidades que possuem legitimação ativa, com exceção do Ministério Público do Trabalho. Assim, o respectivo sindicato da categoria econômica ou a(s) empresa(s) empregadora(s) têm legitimidade para figurar no pólo passivo de dissídio suscitado pelo sindicato da categoria profissional. Quando instaurado por sindicato da categoria econômica, tem legitimidade passiva o

²² A legitimidade ativa conferida ao presidente do Tribunal do Trabalho encontra-se derogada pela Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes públicos, da ordem jurídica, dos serviços relevantes (art. 129 da CF/88). Além disso, a Lei n. 7.783/89, posterior à redação do art. 856 da CLT, não previu, em seu art. 8º, a legitimidade ativa do presidente do Tribunal para a instauração da instância em caso de greve.

respectivo sindicato da categoria profissional ou, na sua falta, federação ou confederação responsável ou a comissão de trabalhadores da Lei n. 7.783/89.

No dissídio suscitado pelo Ministério Público do Trabalho, na hipótese de suspensão do trabalho, ambas as partes conflitantes figurarão no pólo passivo da demanda.

A sentença normativa abrange toda a categoria (art. 8º, III, da CF/88) representada pelo sindicato profissional ou econômico e todos os empregados de uma ou mais empresas na hipótese de conflito coletivo particularizado. A sentença, assim, tem eficácia *ultra partes* (art. 103, II, da Lei n. 8.078/90), pois é limitada à categoria ou grupo de trabalhadores envolvidos.

Diferentemente das sentenças proferidas nas ações civis públicas e nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, nas quais a coisa julgada forma-se, respectivamente, *secundum eventum litis e in utilibus*²³, na hipótese de dissídio coletivo, tanto a sentença favorável quanto a desfavorável, parcial ou totalmente, à categoria fazem coisa julgada.

No entanto, releva notar que, diversamente das demais ações coletivas, o dissídio coletivo, em geral, não possui natureza condenatória, salvo quanto às custas do processo, pois, como asseverado, a decisão terá natureza constitutiva ou declaratória, não havendo possibilidade de imputação de obrigação aos membros da categoria; esses, entretanto, estarão vinculados à observação do conteúdo constitutivo ou declaratório da decisão proferida.

Mas, particularmente nas hipóteses de greve em serviços essenciais, o dissídio coletivo vem tendo caráter condenatório, à medida que os Tribunais do Trabalho determinam à categoria profissional em litígio a manutenção de um percentual mínimo dos serviços, a fim de atender às necessidades inadiáveis da comunidade. A sistemática é semelhante à que se processa nas ações civis públicas, ou seja, paralelamente à obrigação de fazer imputada à coletividade, há a cominação de *astreintes* diária para os casos de descumprimento da determinação judicial.

6 A Convenção Coletiva de Consumo e as convenções e acordos coletivos de trabalho – O grupo como credor e devedor de obrigações contraídas extraprocessualmente

Há muito não constitui novidade, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de um ente representativo aperfeiçoar instrumentos jurídicos com caráter normativo para todos os representados. A experiência iniciada nas relações de trabalho com a possibilidade da elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho (arts. 513, alínea “a”, e 611 e s. da CLT; art. 7º, inciso XXVI, da CF/88) ganhou forma no Direito Civil com a inserção da Convenção Coletiva de Consumo no ordenamento jurídico brasileiro (arts. 107 e 108 do CDC).

²³ No primeiro caso – *secundum eventum litis* –, na hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas, não se operará a coisa julgada, podendo qualquer interessado propor outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16); no segundo, *in utilibus*, a decisão proferida na ação coletiva tem eficácia *erga omnes* (art. 103, III, da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor), apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (*in utilibus*); na hipótese de improcedência do pedido, os interessados, que não tiverem intervindo no processo, poderão propor ação individual (art. 103, § 2º, do CDC).

Sem perquirirmos as diversas correntes doutrinárias que versam sobre a natureza jurídica desses instrumentos, é fato que por eles são fixados direitos e obrigações a todos os membros representados pelos seus signatários. É o grupo atuando como credor e devedor de obrigações, o que equivale, *mutatis mutandis*, a compor o pólo ativo e passivo, concomitantemente, de uma relação obrigacional.

Em ambas as hipóteses, as controvérsias decorrentes desses instrumentos são levadas ao Judiciário por meio de demanda em que se contrapõem interesses de dois grupos distintos, sendo que um deles deverá compor o pólo passivo da demanda e a decisão será de observância obrigatória pelos representados de cada ente. Nos casos das relações de trabalho, o órgão judicial, por meio do dissídio coletivo, age como substituto das partes, fixando as disposições e elaborando o instrumento coletivo no lugar das partes.

7 *Defendant class actions* no Anteprojeto do Código Modelo para a Ibero-América

A quarta onda da problemática do acesso à justiça poderia ser mencionada como a busca de uniformização, nacional e internacional, das normas disciplinadoras das ações coletivas. Esse movimento vem adquirindo grande espaço com o processo de globalização e regionalização operante no mundo atual. Representante dessa tendência é a Proposta de Código Modelo ou Tipo de Processo Civil para a Ibero-América.

Embora não caiba nesse pequeno estudo uma análise aprofundada desse instrumento internacional, no que pertine ao nosso objeto de trabalho vale ressaltar a preocupação dos autores do anteprojeto do Código Modelo²⁴ com o disciplinamento das demandas coletivas propostas contra o grupo, como legitimado passivo. A denominada “ação coletiva passiva” vem prevista no Capítulo VI do anteprojeto:

“Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 31. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2º do art. 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º).

Art. 32. O Ministério Público deverá intervir necessariamente no processo como fiscal da lei.

Art. 33. Quando o bem jurídico a ser tutelado for de natureza indivisível, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 34. Quando o bem jurídico a ser tutelado for de natureza divisível, a coisa julgada não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual”.

²⁴ A proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América foi apresentada nas Jornadas de Montevideu, de outubro de 2002, sendo de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

A “ação coletiva passiva” presente na Proposta de Código Modelo idealiza-se pela existência das *defendant class actions* do direito norte-americano, ao prever expressamente a possibilidade de propositura de demanda contra o grupo, categoria, classe ou coletividade de pessoas. Abrange tanto os interesses essencialmente transindividuais (difusos e coletivos), como os acidentalmente transindividuais (individuais homogêneos).

Embora a Proposta faça referência à imunidade das pretensões individuais dos membros do grupo aos efeitos da coisa julgada da ação coletiva quando o objeto for divisível (art. 34), também na hipótese de interesses indivisíveis a coisa julgada não obstará as pretensões individuais, pois, nesse caso, a imunidade das pretensões individuais resulta da natureza das coisas, uma vez que, em se tratando de interesses difusos e coletivos, sempre as pretensões individuais poderão ser deduzidas em juízo, independentemente do resultado da ação coletiva. Pedro da Silva Dinamarco pondera nesse sentido ao apontar que “Em qualquer hipótese, o indivíduo jamais estará impedido de propor sua ação individual, com fundamento em direito exclusivamente seu – e não da coletividade”²⁵.

O autor, no seu estudo sobre as ações coletivas passivas na Proposta de Código Modelo, assinala uma série de dúvidas suscitadas pela Proposta e de omissões nela contidas, que serão oportunamente objeto de debates. Por ora, vale transcrever suas seguintes ilações:

“(a) dentro do possível, deve-se permitir nessas ações coletivas passivas tudo aquilo que é permitido nas ‘tradicionais’, em que a coletividade é representada no pólo ativo, em razão do princípio supremo da isonomia; e (b) o ‘código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata’ (art. 35)”²⁶.

8 Conclusões

O sistema processual brasileiro das ações coletivas inspirou-se no sistema das *class actions* norte-americanas, que foi instituído, com as devidas adaptações à nossa realidade, em nosso ordenamento, pelo conjunto formado pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90.

Embora o legislador tenha dado enfoque à atuação ativa do grupo, a análise das disposições normativas das ações coletivas e as diversas hipóteses fáticas da presença do grupo em juízo no pólo passivo de uma demanda coletiva demonstram a possibilidade de demanda contra o grupo, como representante da classe atingida.

A experiência das ações civis públicas propostas na pessoa do sindicato contra atos da categoria e a dinâmica dos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho, bem como a elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho, constituem um repertório fático-jurídico que demonstra que a complexidade da matéria não impossibilita a imediata adoção de demandas coletivas passivas, embora necessárias algumas adaptações para viabilizar a sua operacionalização sem violação de direitos fundamentais, como a observância dos

²⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *As ações coletivas passivas no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. [Artigo ainda não publicado.]

²⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *As ações coletivas...*, cit.

princípios da legalidade, do contraditório, do devido processo legal e do respeito à coisa julgada.

A admissão das demandas coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro requer uma interpretação sistemática das disposições normativas, sendo o mais importante a adoção da regra de interpretação traçada no art. 35 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, que preconiza a interpretação “de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata”.

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*. São Paulo: LTr, 1991.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *As ações coletivas passivas no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. [Artigo ainda não publicado.]

HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos e difusos*. Navarra: Aranzadi Ed., 1999.

FRIEENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MULLER, Arthur. *Civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West, 1999. Apud MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 3-12, 2002.

———. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M. *Class actions and other multi-party litigation: cases and materials*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Ronaldo Lima. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – perante a Justiça do Trabalho*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquim. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dikinson, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551. Apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987. Apud MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

RELAÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL DA MORADIA

*Sidney Pessoa Madruga da Silva**

1 Introdução

Nas sociedades contemporâneas, sobretudo na América Latina, onde, historicamente, os processos de desenvolvimento tiveram por base modelos econômicos voltados aos interesses de uma burguesia dominante e do capital externo, e nos países do Terceiro Mundo, os reflexos, muitas vezes perversos, advindos das inevitáveis e profundas conseqüências da *globalização*¹, como também do influxo de políticas econômicas de desenvolvimento adotadas, com sustentáculo no *neoliberalismo*, o direito à moradia traduz-se numa *essencialidade*, vindo a amparar fortes movimentos sociais em busca da garantia de sua concretização.

No caso brasileiro, tomemos como exemplo o Movimento dos Sem-Terra e o Movimento dos Sem-Teto, com reflexos na área rural e urbana, respectivamente, que trazem a lume, através do desencadeamento de terríveis tensões sociais, a realidade sofrida, desvelada de forma amarga e despudorada, do “quase-cidadão”, na busca desenfreada por um mínimo espaço habitável. Isto, sem adentrarmos no problema das inúmeras favelas espalhadas pelos grandes centros urbanos, que, de forma igual, traduzem, *per se*, o déficit habitacional existente nas metrópoles brasileiras².

Veja-se que, a nossa intensa desigualdade de renda implica distanciar o Brasil do cenário mundial em termos de justiça distributiva mínima razoável, tornando-a, sob esse contexto, uma experiência inata, visto que, como assinalado por Ricardo Henriques³,

“As origens históricas e institucionais da desigualdade brasileira são múltiplas, mas sua longa estabilidade faz com que o convívio cotidiano com ela passe a ser encarado, pela sociedade, como algo natural. A desigualdade tornada experiência natural não se apresenta aos olhos de nossa sociedade como um artifício. No entanto, resulta de um acordo social excludente, que não reconhece

* Sidney Pessoa Madruga da Silva é Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado da Bahia, Coordenador do Núcleo Estadual da ESMPU/BA, mestrando em Direito Público – UFBA.

¹ Na área jurídica, chama a atenção o fato de que a transnacionalização dos mercados redundou numa interconexão entre sistemas econômicos, sociais e políticos, vindo a refletir-se em vários ramos do Direito. Sob esse enfoque, a *globalização* da economia tende a gerar várias implicações no constitucionalismo moderno, seja por meio de uma tendência à *desconstitucionalização* de direitos sociais, seja por meio de reformas constitucionais – principalmente nos países em via de desenvolvimento, que adotam Constituições calcadas num modelo de bem-estar social, como o Brasil – que se voltam para uma menor atividade intervencionista e regulatória do Estado.

² Cf. estudo sobre o “Déficit Habitacional no Brasil 2000”, elaborado pela Fundação João Pinheiro, por intermédio do Centro de Estatística e Informações (CEI), em parceria com a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República (SEDU/PR), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (Projeto PNUD-BRA-00/019-HABITAR BRASIL-BID. Disponível em: <<http://www.pbqp-h.gov.br/deficit2000/deficit-cap1%20e%202.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2002).

³ *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n. 807 – IPEA. p. 05.

a cidadania para todos, onde a cidadania dos incluídos é distinta da dos excluídos e, em decorrência, também são distintos os direitos, as oportunidades e os horizontes”.

Portanto, hodiernamente o acesso à habitação, a um espaço físico condigno destinado a moradia, faz-se pujante, exigindo dos poderes públicos, em todas as suas esferas, a implementação de políticas públicas governamentais destinadas a atender a esses urgentes reclames sociais.

A Emenda Constitucional n. 26/2000, emanada via *competência* do órgão reformador, alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal, para nela incluir o direito à moradia no elenco dos direitos sociais. No entanto, como direito essencial, mais precisamente como direito fundamental, como adiante irá se evidenciar, o direito de moradia já emanava do texto constitucional, seja como – o primeiro, note-se – elemento intercalado de composição do salário mínimo do trabalhador urbano e rural objetivando suprir suas, e de sua família, necessidades vitais básicas (CF/88, art. 7º, VI), seja quando englobado na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que prevê a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, nos termos do art. 23, IX, da Constituição da República.

A *constitucionalização*, ou positivação do direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º da nossa Constituição Social, surgiu em decorrência da exigência de sua – que na prática ainda se apresenta deveras retraída – efetivação jurídico-constitucional e social. É o que se extrai da parte final do conteúdo da justificação da emenda constitucional em apreço⁴, na qual se observa, inclusive, que, lamentavelmente, sua origem surgiu mais em função de uma exigência internacional, à época, do que por força de reivindicações de cunho social interno, *verbis*:

“As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira ‘chaga social’ para grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento de moradia como a célula básica, a partir da que se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia, o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação”.

2 Acepção e abrangência

Morar é o querer habitar, é o querer residir permanentemente. Traduz, em outras palavras, o *animus* de permanecer (elemento subjetivo), em definitivo, num determinado

⁴ *Diário do Senado Federal*, 19 jun. 1996, p. 10244.

lugar, numa determinada habitação (elemento objetivo). No morar encontramos a idéia básica de habitualidade, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, segundo José Afonso da Silva⁵.

O mesmo autor vai mais além⁶. Diz que o direito à moradia não só se restringe à faculdade de ocupar uma edificação. Exige uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto, que garanta a privacidade familiar, ou seja, uma habitação digna e adequada, como prevêem a Constituição portuguesa e a espanhola, respectivamente.

Eis aí um dos aspectos da efetivação jurídico-constitucional e social do direito à moradia.

Não se tenha em mente que, o direito de moradia, destina-se a prover, exclusivamente, um padrão mínimo de qualidade de vida. Não, não se reduz a tão pouco. É na sua inter-relação com o conceito de cidadania e, sobretudo, de dignidade da pessoa humana, sob a ótica constitucional, isto é, perante princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, II e III), a que alude o preâmbulo de nossa Lei Maior, que deve ser contextualizado.

Nesse aspecto, J. J. Gomes Canotilho⁷ acentua que a normatização expressa de direitos sociais, econômicos e culturais não trata apenas de reconhecer o direito a um “*standard* mínimo de vida”, pois sublinha que o *status* social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais como saúde, habitação, ensino. *Mutatis mutandis*, vemos aí o direito de moradia como prestação jurídico-constitucional e social do Estado brasileiro.

Na perspectiva da cidadania (CF/88, art. 1º, II), revela-se como atributo do homem-político, aquele participante da vida estatal (CF/88, art. 5º, LXXVII), que detém prerrogativa de ser representado e ouvido politicamente.

Sob a acepção da dignidade humana, abstraindo-se desta o seu conceito *fixista*, filosoficamente sobrecarregado, como quer J. J. Gomes Canotilho⁸, tomada, pois, na sua máxima acepção valorativa, isto é, como um dos valores supremos da ordem constitucional (por isso inserido nos fundamentos da República – art. 1º, I, da CF/88), é o direito à moradia o direito do homem à ocupação de um espaço habitável, ao acesso a um *habitat* seu e de sua família. Mais do que uma necessidade, “a moradia pode ser identificada como um direito que integra o direito à subsistência, o qual, por sua vez, representa a expressão mínima do direito à vida”⁹.

A “morada” compreende o homem e sua família, tendo por finalidade essencial a proteção do ente familiar. Não fosse assim, seria um direito empobrecido, nas palavras de José Afonso da Silva¹⁰.

⁵ *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 317.

⁶ *Op. cit.*, p. 317.

⁷ *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 544.

⁸ *Op. cit.*, p. 363.

⁹ LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. *A questão habitacional no Brasil*. p. 4. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/107075.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2002.

¹⁰ *op. cit.*, p. 317, *in fine*.

3 O direito de moradia como direito social fundamental

Partindo-se da essencialidade examinada linhas atrás, é de se perquirir se o direito à moradia possui características de direito fundamental. Melhor indagando: o direito de moradia constitui um direito fundamental?

Em resposta, sobreleva adentrar, sem maiores elucubrações para não nos afastarmos do tema original em questão, no tema da fundamentalidade dos direitos.

Especificamente, o reconhecimento internacional dos países ao direito à moradia deve-se a sua inclusão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que prevê, no art. 25, que todos têm o direito a um padrão de vida adequado à saúde e bem-estar de sua família, incluindo alimentação, vestimenta, *moradia*, cuidados médicos e aos serviços sociais necessários, bem como o direito à segurança em caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice ou outras circunstâncias além de seu controle.

A Declaração de Vancouver, de 1976, é outro documento histórico que, de forma igual, obteve o reconhecimento da comunidade internacional quanto ao direito do cidadão à moradia e, ao lado de indicar aos governantes políticas públicas que visem a garantir uma melhoria progressiva da qualidade de vida e do bem-estar humano, vem reafirmar a *moradia adequada* e os serviços como um direito humano básico, apontando a responsabilidade dos governos por ações visando assegurar esse direito¹¹.

Ressalte-se, contudo, que a Declaração de Vancouver não se limitou a afirmar que o foco de todas as políticas urbanas e rurais deve ser o povo, como bem destaca o professor e sociólogo José Arthur Rios¹² em conferência pronunciada meses após a reunião do Canadá. Acrescenta o autor que

“nesses termos, a afirmativa se diluiria num liberalismo demagógico. Porque o povo, essa entidade desencarnada dos pronunciamentos a 1830, não existe na realidade urbana ou rural. O que nela se encontra são pessoas vivendo vizinhanças e comunidades, trabalhando em empresas, morando em bairros ou favelas. Daí a importância que o documento atribui às comunidades, entendidas não como vastos conjuntos e sistemas políticos, mas como os agrupamentos de base onde se tece a convivência do dia-a-dia e se articulam as solidariedades humanas mais profundas”.

¹¹ Em estudo apresentado por Maria Sílvia Barros Lorenzetti, a autora revela que “como fruto de Vancouver houve a criação do Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, sediado em Nairobi, no Quênia, que visa a manter em permanente discussão os assuntos relacionados a assentamentos humanos, além de assessorar e financiar projetos ligados ao setor urbano e habitacional em países em desenvolvimento. Duas décadas depois, assistimos à realização, em Istambul, da 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II), que reafirma, como princípios e objetivos essenciais, a moradia adequada para todos, como um direito que deve ser progressivamente assegurado, e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos. Da Conferência resultaram uma declaração de princípios e compromissos e um plano de ação global, que constituem, no conjunto, a Agenda Habitat, firmada por todos os Estados participantes” (Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/direitoria/conleg/estudos/107075>. Acesso em: 20 set. 2002).

¹² *A declaração de Vancouver e o destino das cidades*. Rio de Janeiro: Carta Mensal, 1976. p. 10.

Além da Declaração de Vancouver, outros diplomas internacionais dão ênfase ao direito de *moradia adequada*. É o caso do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³, o qual prevê em seu art. 11, *ad litteris*:

“Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia adequadas*, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento” [grifamos].

Igualmente reconhecem o direito de moradia como um direito humano a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Convenção sobre os direitos da Criança, de 1989, e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

Destarte, da leitura atenta do § 2º do art. 5º da CF/88 (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), há de se concluir que o direito à moradia incorporou-se ao sistema jurídico brasileiro por meio, também, de todas essas declarações e pactos internacionais recepcionados por nossa Constituição.

Para J. J. Gomes Canotilho¹⁴,

“há direitos fundamentais consagrados na Constituição que só pelo fato de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente fundamentais)”.

Desse modo, o direito de moradia é um *direito fundamental*, na medida em que “trata-se sobretudo de um direito da dignidade humana, de acesso à habitação, de ocupar um espaço urbano sem fragmentação, onde os frutos das políticas públicas sejam distribuídos de forma equânime favorecendo o aparecimento de um novo cidadão mais próximo do cidadão”, como retrata Rosângela Maria Gomes¹⁵.

¹³ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela antiga Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 3 de janeiro de 1976. Quase *duas décadas após*, resolve o Estado brasileiro acolher esse documento internacional, por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, com promulgação em 6 de julho de 1992.

¹⁴ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 415-417.

¹⁵ *Revisitando a moradia como um direito fundamental*. Trabalho apresentado no VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicacoes/artigos.html>. Acesso em: 20 set. 2002.

4 Direito de moradia: direito subjetivo público?

A palavra direito nos leva à dicotomia reinante entre o direito objetivo e o direito subjetivo.

Para os jusnaturalistas o *direito subjetivo* é anterior ao direito objetivo, que surgiu somente como forma de garantia, por meio da coercibilidade, daquele.

Já para os positivistas o direito objetivo deu margem à criação dos direitos subjetivos. Estes são oriundos daquele.

Discussões doutrinárias à parte, enquanto direito objetivo é o conjunto de normas de agir, de regras jurídicas, que regem de forma obrigatória o comportamento humano, vigentes em determinado momento e país, é o direito como regra (*et jus norma agendi*), o direito subjetivo, não obstante o problema de sua conceituação que sempre foi objeto de grande divergência entre os autores, é “um poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente” (poder protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual), na clássica definição de Orlando Gomes¹⁶. Vemos, portanto, de um lado aquele que tem a possibilidade de exigir uma prestação, e noutro o obrigado a cumprir essa mesma exigência.

Mas o conceito delineado possui uma função operativa e, desta feita, uma dogmática conceitual. Daí, falar-se em *direito subjetivo público*, quando no pólo passivo dessa relação jurídica temos a presença do poder estatal. Direito individual num pólo e o dever de prestar do Estado no outro. Vislumbra-se aí um exercício de competências públicas.

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes¹⁷, os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Em se tratando de direitos sociais, não resta dúvida, estamos diante de *direitos subjetivos públicos*.

Com sapiência, J. J. Gomes Canotilho¹⁸ dá à questão o contorno doutrinário necessário, ao ilustrar as possibilidades de conformação jurídica, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, dos direitos sociais, econômicos e culturais, *ad verbis*:

“Os direitos sociais como direitos subjetivos públicos é a quarta possibilidade de positivação. Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais,

¹⁶ *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 94.

¹⁷ Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, n. 14, jul. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 20 set. 2002.

¹⁸ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 432-434.

econômicos e culturais num nível constitucional, com uma dimensão subjetiva, e considerá-los como simples imposições constitucionais, donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos...

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas... Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos” [grifo nosso].

À frente, o autor lusitano adentra na discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais, como direitos privados ou como direitos subjetivos públicos, nas relações jurídicas civis, para ressaltar que

“em primeiro lugar os direitos, liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado; em segundo lugar, não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais. Por isso nada impede que eles valham como direitos subjetivos públicos na sua aplicação ao direito civil, se esta caracterização lhes trouxer uma maior dimensão prática”¹⁹.

Em havendo *direito subjetivo público* inserido numa norma de direito fundamental constitucional, pode-se exigir do Estado que tais normas, definidoras de direitos, sejam efetivadas, sejam desfrutáveis.

No caso do direito de moradia – que se consubstancia num direito social e fundamental, em face da sua inserção na Constituição jurídica –, há de ser concebido, igualmente, como um *direito subjetivo público*, e, em sendo considerado fundamental, sua existência não está atrelada à “vontade” do Estado!

O desafio, porém, é buscar sua efetividade constitucional, sua operatividade, sua concretização a partir dessa prestação positiva do Estado. A dificuldade, em outras palavras, é definir como o Estado irá criar as condições necessárias ao exercício desse direito social assegurado constitucionalmente, e por isso vinculante, propiciando ao seu titular dispor dessa prestação de índole positiva em face do poder público.

Essa preocupação é destaque na doutrina, como realçado por Ana Maria Davila Lopes²⁰, ao retratar o direito subjetivo público no contexto de direitos humanos, de direitos fundamentais, porquanto a

“existência do direito subjetivo, ainda que continue fortemente presente na normatividade do *civil law*, está perdendo respaldo teórico, sobretudo porque a originária fundamentação liberalista tem perdido, nos últimos anos, qualquer credibilidade a partir da comprovação da total ineficácia e inutilidade de muitos

¹⁹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1158-1159.

²⁰ Os direitos humanos: última tentativa de salvação do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, out./dez. 2000.

direitos subjetivos, especialmente no âmbito do direito público (direitos públicos subjetivos), devido, precisamente, à comprovação de que de nada serve ter a faculdade (ou potestade) de reivindicar ‘direitos’ se sua eficácia não está garantida pelo poder (Estado)”.

Por sua vez, J. J. Gomes Canotilho²¹, ao dissertar sobre a *efetivação dos direitos sociais*, observa que:

“o entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma “reserva possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos “recursos econômicos”, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos...”.

O que se propõe é que esse poder-dever do Estado, essa prestação positiva de índole constitucional, seja efetivado por mecanismos e políticas públicas de habitação (planos de ação e programas habitacionais e, porque não, um Ministério, como já se propala, da Habitação) realmente eficazes, dotados não só de recursos públicos, mas também privados (via incentivos fiscais, por exemplo). Políticas públicas “socializantes”, mas sob o enfoque de descentralização e obtenção de meios materiais suficientes direcionados à parcela carente da população e da acachapada classe média brasileira.

No Brasil, o *Estatuto da Cidade* constitui, sem dúvida, um dos instrumentos dessa ação governamental.

5 O Estatuto da Cidade

A propriedade privada, nos termos do art. 170, *caput*, da CF/88, constitui um dos alicerces da ordem econômica nacional, e, como tal, não pode ser estudada senão em face de sua função social.

Dessa forma, a função social é elemento integrante e constitutivo do próprio conceito de propriedade, não se admitindo, hoje, falar-se ou conceituar-se a propriedade despida de sua função social, como ressalta Livia Maria Armentano Koenigstein Zago²².

Por outro lado, a Constituição da República contempla, em seus arts. 182 e 183, os instrumentos de política de desenvolvimento urbano, mediante: o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana; o cumprimento da função

²¹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 436.

²² Uma leitura do Estatuto da Cidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 225, jul./set. 2001.

social da propriedade urbana, que deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade; as desapropriações de imóveis urbanos feitas com prévia e justa indenização em dinheiro; a possibilidade de o Município exigir do proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública; e, ainda, a instituição do usucapião urbano, que confere o título de domínio ao possuidor – homem ou mulher – de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizado para sua moradia ou de sua família, pelo período de cinco anos ininterruptos sem oposição, desde que não seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural.

Sob esse argumento constitucional, que tem o escopo de estabelecer princípios e normas específicos de política urbana, de direito urbanístico, abrangendo todo o território nacional, é que surge a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, autodenominada de Estatuto da Cidade, regulamentando os arts. 182 e 183 da CF/88 e estabelecendo normas gerais para os Municípios relativamente ao seu Plano Diretor.

Relevante instrumental legislativo, o Estatuto da Cidade é voltado, sobretudo, ao direito à moradia, por meio de uma gestão mais democrática da divisão do espaço urbano, expressando o verdadeiro exercício da democracia participativa.

Nesse aspecto, ainda que com certo atraso, a lei surgiu em boa hora, como salienta Robertônio Pessoa²³, o qual destaca, com muita especificidade, as mazelas do vertiginoso processo de urbanização brasileiro que tem gerado enormes problemas sociais, agravado nos últimos tempos por falta de uma política urbana consistente, gerando uma urbanização caótica das cidades, com enorme comprometimento da “cidadania” e da “qualidade de vida”, a saber: “inchamento” das cidades; “favelização das periferias”; ocupação caótica, não-planejada e antidemocrática dos espaços urbanos; especulação imobiliária; verticalização das cidades, com o aumento crescente do número de edifícios de apartamentos; deterioração da paisagem urbana; deterioração do meio ambiente; trânsito caótico de veículos; carência de habitação; falta de saneamento básico; falta de espaços de lazer, principalmente para as populações de baixa renda; loteamentos irregulares; inadequada utilização do solo etc.

Adiante, trazem-se à baila, nos limites do presente estudo, os principais aspectos inovadores previstos no Estatuto da Cidade.

Diretrizes gerais

Nesse tópico, irá se destacar, em apertada síntese, dentre as 16 (dezesesseis) diretrizes gerais dispostas no art. 2º da Lei n. 10.257/2001, as relacionadas diretamente ao tema em questão:

- “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

²³ Estatuto da Cidade. *Revista Consulex*, ano 5, n. 110, p. 54-55, ago. 2001.

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à *moradia*, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” [grifado].

a) *Garantia do direito às cidades sustentáveis* – É a primeira diretriz, senão a mais importante. Falar em cidade sustentável significa dizer aquela apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável etc., devendo ser ordenadas, bem regidas, sem deixar deteriorar ou degradar, em suas vias, construções, permitindo que a vida nas cidades seja o menos sofrida possível, na doutrina de Regis Fernandes de Oliveira²⁴, que ressalva que há o direito à moradia, mas não pode ela ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz etc., isto é, condições para saneamento ambiental, limpeza dos canais fluviais, canalização adequada etc. Para o jurista, o inciso I do art. 2º da Lei estabelece uma *norma* denominada *programática*, ou seja, estabelece uma ação de governo, sem dizer de onde sairão os recursos, como serão feitas as obras, a oitiva da comunidade etc. Mas, ainda assim, é uma diretriz, um vetor a ser seguido.

Note-se, desde logo, que preconizar uma “cidade sustentável” é preconizar uma *moradia adequada*, para a presente e as futuras gerações, a que se refere, como dantes mencionado, a Declaração de Vancouver.

- “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

b) *Gestão democrática das cidades* – É a participação popular nos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Verdadeira norma cogente, que obriga a participação da população ou de suas entidades representativas²⁵ (clubes de serviços, sindicatos, associação de moradores etc.).

Os arts. 43, 44 e 45 prevêm que a gestão da cidade deverá se dar de forma democrática, seja por meio de órgãos colegiados, seja em audiências e consultas públicas, conferências de interesse urbano, projeto de lei de iniciativa popular (art. 43, I a IV), ou, ainda, pela gestão orçamentária participativa (art. 44), ou, até, mediante a participação da população nos organismos gestores das regiões metropolitanas (art. 45).

Lamentavelmente, foi objeto de veto o inciso V do art. 43 de mencionado diploma legal, o qual previa o referendo popular e plebiscito, no caso de audiência pública do poder público municipal e da população nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente nocivos sobre o meio ambiente natural ou construído,

²⁴ *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 22-23.

o conforto ou a segurança da população. Ainda assim, o art. 44 (“No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”) prevê uma democratização da gestão orçamentária, com a realização de debates, audiências e consultas públicas em torno das propostas de leis orçamentárias, como *condição indispensável*, para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Essa indispensabilidade quanto à consulta popular, verdadeira *conditio sine qua non*, poderá, até, em sede de *Ação Civil Pública*, ser concedida liminarmente pelo juiz, acaso esse entender que, previamente, foi desprezada pelo poder público a discussão popular em audiência pública, como legalmente previsto. É o pensamento de Regis de Oliveira²⁶, do qual compartilhamos inteiramente. Ora, senão a própria Lei, em seu art. 53, acrescentar o inciso III ao art. 1º da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que passa a prever a responsabilidade por danos causados à ordem urbanística, ou mesmo a possibilidade da propositura de ação cautelar para a defesa da ordem urbanística (art. 54 da Lei n. 10.257/2001, que alterou a redação do art. 4º da Lei n. 7.347/85), estando aí legitimados o Ministério Público, ao lado dos demais órgãos do poder público.

- “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”.

c) *Planejamento urbano* – Aqui o legislador, mediante outro vetor de política urbana, vem se ater à “racionalidade” do uso do espaço público, vale dizer, a ocupação, a habitação ordenada dos espaços, sem que se tenha que atingir as florestas, as matas, os mananciais etc., em suma, com a preservação e manutenção do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida (CR/88, art. 225, *caput*). Para tanto, instrumento por excelência desse planejamento é o Plano Diretor, como bem destaca Robertônio Pessoa²⁷, aprovado por lei municipal e sintonizado com a legislação orçamentária do município (art. 40).

- “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

²⁶ Ibidem, p. 23.

²⁷ Op. cit., p. 55.

d) *Justa distribuição dos ônus e benefícios* – O homem-social deve arcar tanto com os benefícios advindos da convivência em um centro urbano, como também suportar as mazelas daí decorrentes. São os “bônus” e “males” da vida metropolitana. Tomemos como exemplo os benefícios e as agruras decorrentes das “obras do metrô”, causadoras de grande poluição sonora e ambiental, mas que, no fim, revertem em conforto e valorização dos imóveis que lhe são vizinhos. Em matéria tributária, é a própria afirmação da contribuição de melhoria.

O Estatuto da Cidade também dispõe sobre instrumentos de política urbana, tomando relevo:

I – *O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios* – Prevê o art. 5º da Lei n. 10.257/2001, *ad verbis*: “Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação”.

Nesse ponto, resta clara a intenção do legislador em promover, efetivamente, o aproveitamento do solo urbano para fins sociais, ainda que, para tanto, venha a compelir o seu proprietário a aproveitar o imóvel que ocupa. Trata-se de verdadeiro “constrangimento legal”, cujo objeto da ação do poder público vem a ser o imóvel não-edificado; o subutilizado e o não-utilizado.

A par da classificação legal, Regis de Oliveira²⁸ explicita que o imóvel

“não identificado é de fácil apreensão: trata-se do terreno. Sobre ele não há qualquer construção. Está sendo utilizado por alguma atividade que prescinde de edificação, por exemplo, um estacionamento. O subutilizado é aquele sobre que existe construção. Esta, no entanto, é inferior ao índice legal permitido. O imóvel não utilizado é o que, ao lado de não existir qualquer construção, não vem sendo aproveitado para qualquer atividade. Não tem o significado de abandonado, mas que não tem sido aproveitado por quem quer que seja, identificador de imóvel sem muro de fecho, com grama alta etc.”.

Note-se que, ainda que o imóvel permaneça sem o seu devido aproveitamento, ou seja, subutilizado ou não-utilizado, restará uma última providência ao poder público: a desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública, nos termos do art. 8º de mencionada Lei.

II – *Da concessão de uso especial para fins de moradia* – Como um dos instrumentos de política pública, o art. 4º, alínea “h”, da Lei n. 10.257/2001, prevê a concessão de uso especial para fins de moradia. Entretanto, os arts. 15 a 20 que a disciplinavam foram integralmente vetados pelo Presidente da República que, em seu lugar, houve por bem editar a Medida Provisória n. 2.220/01, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, além de criar o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, órgão subordinado à Presidência da República.

²⁸ Op. cit., p. 37-38.

A concessão de uso especial para fins de moradia, sem dúvida, traduz-se num instrumento de política pública, de natureza social, que visa a garantir o direito à moradia, sobretudo, à parcela pobre da população, nos termos do *caput* do art. 1º da Medida Provisória susomencionada, a qual prevê:

“aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

Nada obstante, o instrumental em questão, que desde já pode ser considerado como *direito subjetivo do possuidor*, envolve discussões de cunho jurídico, a saber: a) pode ser visto como inconstitucional por produzir efeito jurídico, de fato, idêntico ao do usucapião e, desse modo, contrariar a proibição expressa no § 3º do art. 183 da Constituição Federal, que impede se adquira imóvel público por usucapião, a despeito do reconhecimento legal da possibilidade de extinção da concessão; b) nos casos de ocupação de imóveis de domínio público de uso comum do povo, sua aplicação indiscriminada pode suscitar questionamento pela via judicial, por privilegiar a moradia de alguns, embora necessitados, em detrimento do direito difuso dos demais às funções sociais da cidade (áreas de lazer para o conjunto da população); c) ao instituir a concessão de uso especial para fins de moradia como um *direito subjetivo do possuidor*, suscetível de outorga pela via judicial na hipótese de recusa pelo poder público, a lei desnaturou o instituto jurídico da concessão de uso ao retirar a discricionariedade que é inerente à sua aplicação, pois a possibilidade de sua contratação pressupõe que o poder público municipal, quando for o caso, possa determinar onde, em que condições e em face de que interesse público concederá o uso de bem público²⁹.

A despeito de tais considerações, o que importa é que, agora, o indivíduo não mais necessita do beneplácito da Administração para a sua concessão. Satisfeitas as hipóteses elencadas no diploma em apreço, adquire o indivíduo direito à outorga, que, se recusada pelo poder público, poderá ser satisfeita pela via judicial, independentemente, ressalte-se, de esgotadas as vias administrativas ou não, como há muito vem pacificado na jurisprudência pátria. Aí está o caráter de verdadeiro *direito subjetivo público do possuidor*.

III – *Do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV)* – Em sua Seção XII do Capítulo II (arts. 36 a 38), o Estatuto da Cidade, a exemplo da Lei Orgânica do Estado de São Paulo, de 1990, institui o denominado Estudo de Impacto de Vizinhança, siglado pela própria Lei como EIV.

O exemplo que tecemos anteriormente sobre as “obras do metrô”, quando da discussão a respeito da justa distribuição dos ônus e benefícios, uma das muitas diretrizes do Estatuto da Cidade, cai como uma luva no caso presente. Imaginemos o que deverão suportar os

²⁹ Cf. Prefeitura Municipal de São Paulo. *Estatuto da Cidade*; aspectos principais. Disponível em: <www.direitoacidade.prefeitura.sp.gov.br/textos/estatuto_da_cidade_sempla.doc>. Acesso em: 20 set. 2002.

moradores (a vizinhança) de determinado bairro com o implemento das obras de construção desse sistema moderno de transporte urbano naquele local. O que se dizer dos tempos ocasionados com o levantamento dessa empreitada de enorme porte (p. ex., da “invasão” local de inúmeros operários e equipamentos, abertura de comércios clandestinos – “biroschas” –, desvalorização dos imóveis circunvizinhos, ao menos até o final da obra etc., afora a poluição ambiental e sonora antes tratada). Todas essas situações devem ser examinadas, estudadas e elencadas no EIV e, posteriormente, após publicado, colocado à disposição da comunidade ou de qualquer interessado, nos termos do parágrafo único do art. 37.

A propósito, não se poderia deixar aqui de incluir neste tópico a problemática resultante da construção de *postos de gasolina* em áreas de forte concentração populacional. Em nossas desordenadas metrópoles é mais do que comum observarmos tais estabelecimentos, que possuem outorga do poder público para ali funcionarem, espalhados em esquinas e mais esquinas de nossas ruas e avenidas. Verdadeiro absurdo (que não se repete nos países desenvolvidos) e atentatório contra a segurança e a vida da população em geral, sendo despreciando discorrer sobre eventuais catástrofes humanas e ambientais advindas de um suposto vazamento, incêndio ou explosão. Salutar seria que, com a utilização inclusive de instrumentos como o EIV, as comunidades urbanas comesçassem, finalmente, a propor ao poder público municipal que tais concessões e/ou autorizações não fossem renovadas ou, ao menos, que doravante tal só pudesse ser concebido, obrigatoriamente, em áreas afastadas ou de baixa concentração humana³⁰.

IV – *Do Plano Diretor* – Disciplinado pelos arts. 39 a 42 do Estatuto da Cidade, o Plano Diretor, conforme preceito constitucional, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (CF, art. 182, § 1º).

Além da obrigatoriedade constitucional de Plano Diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes, a Lei n. 10.257/2001 ampliou tal previsão para também considerar como indispensável às cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; aquelas onde o poder público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal (i. e., a exigência do poder público municipal sobre o proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado que promova o seu adequado aproveitamento); aquelas integrantes de áreas de especial interesse turístico; e as inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art. 41, II, III, IV e V).

³⁰ Ainda nesse aspecto, chama a atenção a Resolução n. 273/00 do Conama (a qual dispõe sobre o armazenamento de derivados de petróleo e outros combustíveis), que, apesar de considerar esses empreendimentos como “potencialmente ou parcialmente poluidores e geradores de acidentes ambientais”, reconhece, de forma textual, *serem capazes de provocar riscos e explosões decorrentes de vazamentos em áreas “densamente povoadas”!!!* Por outro lado, menos mal, prevê que a localização, construção, instalação, modificação, ampliação e operação de postos revendedores e postos de abastecimento dependem de licenciamento ambiental, sendo que o órgão ambiental exigirá para esse licenciamento alguns documentos, entre eles a declaração da prefeitura municipal ou do governo do Distrito Federal de que o local e o tipo de empreendimento ou atividade está em conformidade com o *Plano Diretor* ou similar. O que não deixa de ser uma boa oportunidade para que as comunidades possam exercer “a gestão democrática”, prevista no Estatuto da Cidade, e exigir do poder público municipal o distanciamento geográfico dessas *gasolineras*.

Tamanha a importância dada à questão, que o próprio legislador determina que os Municípios que não possuam Plano Diretor na data da entrada em vigor de referida Lei deverão fazê-lo no prazo de cinco anos (art. 50), sob pena de o Prefeito responder por *ato de improbidade administrativa*, nos termos do art. 52, o que não impede que, por outro lado, o Ministério Público, ou entidade com mais de um ano de existência, possa, via *Ação Civil Pública* ou ação cautelar, pleitear judicialmente que a Câmara Municipal seja obrigada a aprovar o seu Plano Diretor, decorrido aquele prazo (cf. arts. 53 e 54 que acresceram novas disposições à Lei n. 7.347/85).

Concluindo, observa-se claramente um evidente destaque, no Estatuto da Cidade, à função social da propriedade, que deve ser casada com os interesses sociais de melhor qualidade de vida da população de baixa renda, desenvolvendo o meio ambiente social e possibilitando uma política urbana. Dessa forma, fica evidente que os interesses tutelados por essa lei, todos de natureza pública, se enquadram perfeitamente no âmbito dos *interesses coletivos*, onde sobrelevam os interesses da comunidade aos interesses individuais ou particulares dos sujeitos, portanto, no âmbito dos chamados interesses metaindividuais, como acentua Ibraim Rocha³¹.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. [Tradução Luís Afonso Heckrt.] *Fasc. Civ.*, ano 91, v. 799, maio 2002.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direitos fundamentais e hermenêutica constitucional. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n. 7, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 39, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

———. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

———. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CESARINO JUNIOR, A. F. Ordem social na Constituição. *Revista de Direito do Trabalho*, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

³¹ Ação de usucapião especial urbano coletivo – L 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade – Enfoque sobre as condições da ação e a tutela coletiva. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Síntese, n. 15, jan./fev. 2002.

DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL 2000. Disponível em: <<http://www.pbqp-h.gov.br/deficit2000/deficit-cap1%20e%202.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais – Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, jan./mar. 1996.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional*, n. 39.

GOMES, Rosângela Maria. *Revisitando a moradia como um direito fundamental*. Trabalho apresentado no VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em:

< www2.uerj.br/~direito/publicacoes/artigos.html >. Acesso em: 20 set. 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. *Estado e ordem econômica e social*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Texto para discussão n. 807 – IPEA. p. 5.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

IBGE. Indicadores conjunturais. 1996. Disponível em: < www.ibge.net/home/estatistica/populacao/contagem/conceitos >. Acesso em: 15 set. 2002.

LOPES, Ana Maria Davila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, out./dez. 2000.

LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. *A questão habitacional no Brasil*. p. 4. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/107075.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, n. 14, jul. 2000. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 20 set. 2002.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PESSOA, Robertônio. Estatuto da Cidade. *Revista Consulex*, ano 5, n. 110, ago. 2001.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. *Estatuto da Cidade: aspectos principais*. Disponível em: <www.direitoacidade.prefeitura.sp.gov.br/textos/estatuto_da_cidade_sempla.doc>. Acesso em: 20 set. 2002.
- RIBEIRO, C. J. de Assis. *Ordem social em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Revista de Ciência Política, 1971.
- RIOS, José Arthur. *A declaração de Vancouver e o destino das cidades*. Rio de Janeiro: Carta Mensal, 1976.
- ROCHA, Ibraim. Ação de usucapião especial urbano coletivo – L 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade – Enfoque sobre as condições da ação e a tutela coletiva. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Síntese, n. 15, jan./fev. 2002.
- RUSSOMANO, Rosah. *Dos direitos sociais e de seu perfil na nova Constituição*. Revista Forense, 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- . *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- VELOSO, Zeno. Bem de família. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, jul./set. 1990, p. 204.
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. Uma leitura do Estatuto da Cidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar/ FGV, n. 225, jul./set. 2001.

RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

*Vera Nilva Álvares Rocha**

Evolução histórica do Ministério Público

Segundo Roberto Lyra, o Ministério Público, como Instituição, é obra essencialmente republicana, cuja criação data de 14 de novembro de 1890. Malgrado já existir, empiricamente, desde o Império, o seguinte comentário de Pimenta Bueno, mencionado por Lyra¹, dá a dimensão de sua precariedade institucional:

“Nosso Ministério Público, assim como quase todas as instituições, por ora é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade, inspeção e harmonia. Sofre de mais ‘lacunas graves’ nas atribuições conferidas a seus agentes, lacunas que muito prejudicam a administração da justiça. Entretanto, como a instituição está criada, ela se aperfeiçoará com o progresso crescente de nossos estudos e melhoramentos legislativos”.

Outro achado histórico de Roberto Lyra² noticia o comentário do ministro Alfredo Valladão, na Exposição de Motivos do Código de Organização Judiciária do Distrito Federal (Decreto n. 16.273/23):

“O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro acrescentaria ele – o que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado”.

Vê-se, pois, que pessoas de amplo descortino já vislumbravam intuitivamente o relevante papel que a história reservaria ao Ministério Público no futuro.

A efêmera Constituição Federal de 1934 agasalhou, pela primeira vez, o Ministério Público, elevando-o à condição de Instituição nacional com *status* constitucional, o que se aperfeiçoaria nas cartas seguintes, salvo o retrocesso representado pela Constituição do Estado Novo (1937). Inolvidável passo institucional adveio com o Código de Processo Civil de 1939 e com o Código de Processo Penal de 1941, que ampliaram significativamente as atribuições do Ministério Público. Contudo, por várias décadas, permaneceu a Instituição voltada mais para o processo penal. O grande salto viria com o advento do Código de

* Vera Nilva Álvares Rocha é Procuradora de Justiça e Diretora do Centro de Estudos do Ministério Público do Estado de Tocantins.

¹ *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 21.

² Op. cit., p. 23.

Processo Civil de 1973, que lhe consagrou todo um título (Título III – Do Ministério Público), além de inúmeras outras disposições, disseminadas por todo o corpo do Estatuto. Fora da legislação codificada, leis esparsas passaram a cominar novas e crescentes atribuições ao Ministério Público. Já o Decreto-Lei n. 7.661/45 (Lei de Falências) viria destacá-lo como órgão fundamental no processo falimentar. Igualmente, a Lei n. 1.533/51 dispunha sobre sua intervenção obrigatória no mandado de segurança. Idem, a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral), a Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), a Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos), a Lei n. 6.367/76 (Lei de Acidentes do Trabalho), a Lei Complementar n. 40/81 (LONMP), a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei n. 7.853/89 (Pessoas Portadoras de Deficiência), a Lei n. 8.069/90 (ECA), a Lei n. 8.078/90 (Estatuto do Consumidor), a Lei n. 8.625/93 (LONMP), a Lei n. 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa) e a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

O Constituinte de 1988 conferiu novo perfil institucional ao Ministério Público, ao nomeá-lo “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF/88), alçando-o à condição de uma das mais relevantes instituições da vida nacional.

Redefinição de prioridades institucionais

Nas duas décadas pretéritas, assumiu o Ministério Público volume de atribuições além de sua capacidade de desempenho. A responsabilidade social da Instituição acha-se superdimensionada, exigindo assim uma racionalização de sua atividade, escoimando resquícios incompatíveis com a eficácia que a sociedade espera de sua atuação.

Com efeito, torna-se imprescindível estabelecer prioridades, concentrando-se a força de trabalho na consecução das macroatribuições institucionais: o combate à criminalidade; a proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, do consumidor, dos hipossuficientes; a preservação do meio ambiente; a defesa do patrimônio público e a tutela de outros interesses difusos, coletivos, sociais e individuais indisponíveis.

Rápida apreciação dos termos do art. 129 da CF/88 é suficiente para se constatar a real intenção do legislador constituinte de 1988. Ao estabelecer as macrofunções institucionais, fê-lo por meio do verbo “promover”, que significa impulsionar, provocar, propor, requerer, dar causa etc. Ora, para realizar tais promoções e cumprir a vontade constituinte, deve o Ministério Público “agir”, ou seja, tornar-se o “agente” executor da ordem constitucional. Essa questão toca o referencial básico da atividade ministerial: atuar como órgão agente e interveniente, buscando o equilíbrio das funções, observando-se o peso específico de cada área. Em décadas volvidas, prevalecia a intervenção do Ministério Público no processo civil, na condição de *custos legis*, com o escopo de garantir um processo escorreito e uma sentença justa. Encarnava o *Parquet*, precipuamente, a função de “vigia da lei”. No contexto da atual ordem constitucional, quis o legislador um Ministério Público mais aguerrido, que toma as iniciativas, que promove, enfim, um “agente” das

transformações sociais. Tão firme a vontade constituinte, que inseriu um comando (inciso IX) só lhe permitindo exercer funções compatíveis com sua finalidade, sepultando de vez as funções atípicas. Daí a necessidade de se redimensionarem suas atividades, ajustando-se às suas macrodestinações constitucionais.

Acresce-se a tudo isso questão de ordem pragmática: tempo é mais que dinheiro, é vida. A sobrevivência do MP como Instituição fundamental da sociedade dependerá da eficácia com que se desincumbir das atribuições que lhe foram cometidas. O art. 37 da CF/88 inseriu mais um princípio norteador da Administração Pública: o da eficiência. Além disso, lei ordinária veio engessar sua vocação perdulária, ao estabelecer a responsabilidade fiscal. Doravante, há que se produzir o máximo despendendo o mínimo. Não pode o Ministério Público incorrer no erro do Judiciário, que cuidou mais em edificar palácios, em detrimento de sua atividade-fim, qual seja, distribuir justiça. Urge, destarte, ater-se ao essencial, buscando-se a eficácia, agora mandamento constitucional.

Mecanismos de aprimoramento da eficácia institucional

É evidente que a racionalização ou reorientação da atuação do Ministério Público no processo civil, como órgão interveniente, constitui estratégia fundamental na consecução dos objetivos finalísticos da Instituição. Contudo, não é uma panacéia para a solução do impasse institucional. Mais que suprimir atribuições ou encolher-se, importa adotar políticas organizacionais internas de maior amplitude para elevar o nível de eficiência dos órgãos de execução. Urge dotá-los de uma estrutura mínima, descentralizando funções secundárias e liberando-os para a execução de suas tarefas funcionais mais relevantes. Os recursos devem ser direcionados, prioritariamente, à consecução da atividade-fim. Administrar o tempo tornou-se fator vital. Acumular atribuições constitui aberração funcional. Deve-se reduzir ao mínimo aceitável os desvios de função. Os planos de atuação são instrumentos fundamentais para a consecução dos objetivos institucionais. Deve-se repensar o conceito de independência funcional: as instituições são movidas por objetivos fundamentais, e os órgãos que as compõem devem submeter-se aos desideratos estabelecidos; polarizar a força de trabalho, dissipando-a em esforços individuais, muitas vezes conflitantes, constitui desperdício que conduz à ineficácia. Sem essa adequação organizacional não se resolverá o dilema institucional de se alcançar a eficácia necessária para a realização de seus elevados fins sociais.

A intervenção do Ministério Público no processo civil

A proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, cujos estudos preliminares foram desenvolvidos pela Comissão Especial designada pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil (CNPGB), merece irrestrito apoio e imediata aplicação, no âmbito dos órgãos de execução. Com efeito, importa reinterpretar o conceito de interesse público, agora à luz do mandamento constitucional e também sob a ótica da eficácia legal preconizada na Carta Magna. Nesse passo, intervenções

tradicionalmente realizadas pelo Ministério Público, quase como uma rotina burocrática, devem ceder lugar à atuação ministerial como agente, na promoção de suas novas funções institucionais, conferidas pelo legislador constituinte.

Sobreleva ressaltar a duplicidade da atuação ministerial nos pareceres recursais, o que configura notório desperdício funcional. Importa desonerar-se o quanto antes de longas, cansativas e inúteis audiências, consumindo precioso tempo do órgão ministerial. Injustificável sua presença em inúmeros feitos nos quais não se vislumbra qualquer centelha de interesse público, sejam na área “cível”, de “família”, inclusive “alimentos”, procedimentos de “jurisdição voluntária”, “consumidor” (direito individual não-homogêneo) e “trabalhista”, fundados em interesses individuais disponíveis. Desnecessária, quiçá ilegal, à luz do art. 129, IX, da CF/88, a atuação do MP nos feitos patrimoniais em que sejam partes a Fazenda Pública e suas entidades, nas diversas esferas de governo. Que dizer da execução fiscal, matéria já sumulada, no sentido da desnecessidade da intervenção ministerial? Todavia, há que se atentar para as peculiaridades locais, notadamente promoções decorrentes do atendimento ao público, nas localidades onde não existe Defensor Público, em face do ônus constitucional de “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF/88).

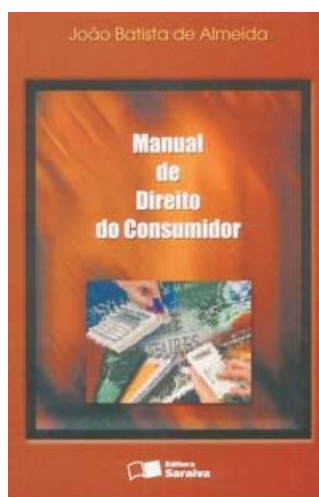
Conclusões

1. O novo perfil do Ministério Público, traçado pelo legislador constituinte e resultante de extensa gama de leis especiais, conferiu-lhe predominante função de órgão agente, cabendo-lhe inúmeras iniciativas legais, como efetivo instrumento das transformações sociais.

2. Esse superdimensionamento institucional tornou-se incompatível com atuações tradicionais, no campo da função interveniente, notadamente no bojo do processo civil, que precisam ser revistas e adequadas, à luz do interesse público e das normas constitucionais vigentes.

3. A revisão da atuação do Ministério Público no processo civil não deverá ser a única medida a ser adotada, diante das necessidades atuais, mas outras estratégias organizacionais precisam ser implementadas, para conferir a eficácia institucional devida à sociedade.

MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR



Resenha: Leonardo Roscoe Bessa*
Autor: João Batista de Almeida
São Paulo: Saraiva, 2003. 214 páginas.

“Nem sempre é fácil resumir temas jurídicos, principalmente envolvendo disciplina tão fascinante como o Direito do Consumidor”. Com essas palavras, João Batista de Almeida inicia a apresentação de sua mais recente obra: *Manual de Direito do Consumidor*, Editora Saraiva, 2003, 214 páginas. Cuida-se, como o próprio nome indica, de livro destinado, principalmente, aos acadêmicos de Direito. O objetivo do autor – “produzir um resumo de Direito do Consumidor, analisando o conteúdo essencial dessa disciplina, de forma dinâmica e descomplicada” e sem longos debates doutrinários – foi plenamente atingido.

João Batista de Almeida é autor já consagrado, um dos pioneiros no Brasil a se dedicar profundamente ao estudo e à investigação do Direito do Consumidor. Obteve o título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, em 1991 – no mesmo ano em que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) iniciou sua vigência –, ao defender dissertação intitulada *A proteção jurídica do consumidor*. Do seu extenso e qualificado currículo devem ser registrados, de passagem, alguns itens: exerce o magistério no Curso

* Leonardo Roscoe Bessa é Promotor de Justiça (Titular da Segunda Promotoria de Defesa do Consumidor, do MPDFT), mestre em Direito pela Universidade de Brasília, professor da disciplina Direito do Consumidor (pós-graduação) na Fundação Getúlio Vargas – Brasília, Diretor Regional (Centro-Oeste) do BRASILCON.

de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), integra o corpo docente da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), exerceu a Presidência do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), no biênio 2000-2002, foi membro do Ministério Público Federal, de 1984 até sua recente aposentadoria (out. de 2003), quando exercia o cargo de Subprocurador-Geral da República (com assento na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal).

Como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor é denominado *microsistema* pela doutrina, em virtude de conter disposições que visam realizar a proteção dos interesses dos consumidores sob os mais diversos aspectos: civil, administrativo, processual e penal. A Lei n. 8.078/90, ao lado de possuir relevante caráter principiológico, traça regras específicas de conduta nas diferentes áreas. A obra de João Batista de Almeida, dividida em seis capítulos, aborda todos os aspectos de proteção do consumidor na mesma seqüência apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor.

O capítulo 1 dedica-se a explicar a razão da defesa do consumidor, bem como indicar antecedentes históricos para a edição da Lei n. 8.078/90. No capítulo seguinte, além de focar as definições legais de *consumidor* e *fornecedor*, que indicam as hipóteses fáticas de incidência da lei de proteção ao consumo, o autor realiza uma abordagem dos direitos básicos do consumidor e dos princípios gerais norteadores da matéria. Os quatro capítulos restantes tratam detalhadamente das tutelas outorgadas pela lei: civil, administrativa, processual e penal.

Embora a obra seja um “resumo”, como gosta de enfatizar o próprio autor, os temas não deixam de ser enfrentados. Quase trinta páginas são dedicadas à proteção administrativa do consumidor (capítulo 4), quando, em contraste, obras doutrinárias “mais profundas” acabam “por esquecer” esse importante aspecto de proteção dos interesses do adquirente final de produtos e serviços. Na área penal, é importante consignar, o autor examina cada um dos doze tipos instituídos pela lei (arts. 63 a 74).

Em tempos pós-modernos, em que se observa a tendência de editar normas principiológicas, com cláusulas gerais, mais se avulta a importância da fundamentação dos resultados hermenêuticos. A predominância dos princípios sobre as regras intensifica, a cada dia, a existência de múltiplas *verdades jurídicas*. Cresce, portanto, a responsabilidade do operador do direito em evidenciar que o método da ciência jurídica, embora valorativo, não enseja que análises estritamente subjetivas indiquem respostas satisfatórias.

Na apresentação do livro, há a advertência de que os longos debates doutrinários serão evitados, o que não impede, na linha do que foi dito, a defesa, com fortes argumentos, de teses em questões controvertidas. Um bom exemplo pode ser extraído da análise do *direito de arrependimento*, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor para as contratações de fornecimento de produtos e serviços realizadas fora do estabelecimento comercial (por telefone, internet etc.), quando o consumidor pode, no prazo de sete dias, desistir da compra e receber a devolução do preço monetariamente atualizado.

Ao comentar o tema, o autor apresenta as seguintes considerações (p. 116): “A lei não regulamentou a questão atinente às despesas efetuadas ou prejuízos sofridos pelo vendedor durante o período de reflexão. Assim o fazendo, permite ao intérprete a conclusão

de que a devolução se dará sem qualquer dedução, pelas seguintes e inafastáveis razões: a) tratando-se de restrição ao direito de arrependimento, deveria ser expressa na lei tal dedução; b) quando pretendeu ressaltar as deduções, o legislador o fez expressamente (art. 53, § 2º), de sorte que seu silêncio nesse tema tem o significado de negar a via compensatória ou ressarcitória do fornecedor; e c) além disso, as despesas e eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor são *inerentes* à atividade comercial sob a modalidade de vendas agressivas por telefone, reembolso postal ou em domicílio. Admitir-se o contrário será desestimular o uso do direito de arrependimento, criando limitações legalmente não previstas ao consumidor, sujeitando-o a deduções que certamente serão feitas unilateralmente pelo economicamente mais forte. Em suma, o que é direito dele passaria a ser pesadelo”.

Ao final da obra (p. 205-214), o autor, dirigindo-se “para aqueles que têm interesse em aprofundar o estudo de determinados tópicos ou temas específicos”, indica dezenas de obras doutrinárias para consulta e pesquisa.

Por todas essas razões, a obra qualifica-se como relevante e agradável caminho para o conhecimento do Direito do Consumidor, sendo fortemente indicada tanto para o acadêmico de Direito como para aqueles que pretendem iniciar o estudo de tão relevante matéria.

LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU



O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Editora Brasília Jurídica – 2003 – 362 p. (ISBN: 85.7469-226-3)

José Eduardo Sabo Paes – Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

“A obra apresenta estudo sistemático da posição do Ministério Público no âmbito do Estado de Direito, iniciando-se com uma visão histórica da Instituição. IncurSIONA no direito estrangeiro, onde suas características e princípios são examinados tanto em relação a cada país estudado como em relação ao próprio Estado de Direito e sua inter-relação com os poderes Executivo, Judiciário e Legislativo”, sintetiza o autor, na apresentação do livro.



DIREITO PENAL FÁCIL

Editora Del Rey – 2003 – 387 p. (ISBN 85.7308-598-3)

Alexandre José de Barros Leal Saraiva – Promotor de Justiça Militar (MPM)

Obra de conteúdo acadêmico, apresenta objetivamente a Parte Geral do Direito Penal, com análise e comentário de correntes doutrinárias e jurisprudenciais, na visão mais atualizada desse importante ramo do Direito. Segundo o autor, a Ciência Penal é “apresentada de forma simples, objetiva, direta e eficaz, despida de preconceitos e, tanto quanto possível, próxima da realidade que cerca o operador jurídico”.

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 pequenos artigos, de autoria, preferencialmente, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. 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, com no máximo vinte 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. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete de 3 ½ polegadas, no formato RTF (*Rich Text Format*), acompanhados de prova impressa do texto, processado em *Word for Windows*, fonte *Times New Roman*, corpo 12, margem superior 3,0 cm, margem inferior 2,5 cm, margem esquerda 3,0 cm, margem direita 2,0 cm, rodapé 2,0 cm, espaçamento simples entre linhas e antes e depois de parágrafos 6 pt, em papel A4, ou por meio eletrônico, para o endereço < editoracao@esmpu.gov.br >.
- 1.4. As notas de rodapé de página devem obedecer à mesma fonte do texto, corpo 10, sem espaçamento entre linhas e com numeração progressiva.
- 1.5. A citação deverá obedecer à mesma fonte do texto, corpo 11; recuo de 2,5 cm.
- 1.6. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.7. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais há de ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico*.
- 1.8. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.9. O Conselho Editorial da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais.

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. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. 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.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos a seus autores.
- 2.8. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.